

LA PRIORIDAD DEL CONSENSO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE LIBRE EJERCICIO: EL PASO DE SMITH A FULTON

Por

OLAYA GODOY
Profª. Ayudante Dr. de la UCM
Departamento de Derecho constitucional
ORCID 0000-0002-9775-1139

olagodoy@ucm.es

Revista General de Derecho Constitucional 37 (2022)

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto la realización de un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense que resolvió el caso *Fulton*. En su examen, el Tribunal tuvo que determinar si las normas involucradas, que impactaban con fuerza en la Cláusula de Libre Ejercicio de la parte recurrente, eran neutrales y de aplicación general, de acuerdo con el (controvertido) precedente fijado en el caso *Smith*. Pese a que fue directamente interpelado sobre la necesidad de anular la doctrina fijada por *Smith* sobre la neutralidad formal, para regresar al régimen de escrutinio estricto conforme a *Sherbert-Yoder*, el Tribunal Supremo no vio la necesidad de hacerlo, y de forma ingeniosa resolvió el último caso de libre ejercicio del pasado año judicial aplicando el escrutinio estricto de conformidad con la propia doctrina *Smith*.

PALABRAS CLAVE: Libre ejercicio, neutralidad, escrutinio estricto, excepciones religiosas, doctrina *Smith*, caso *Fulton*.

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Aproximación a la protección de la libertad religiosa en USA; 2.1.- La Cláusula de Libre Ejercicio: principios generales; 2.2.- La Cláusula de Libre Ejercicio: aplicación del escrutinio estricto; 2.3.- La Cláusula de Establecimiento: principios generales; 2.4.- La Cláusula de Establecimiento: aplicación del *Lemon test*; III.- *Fulton v. City of Philadelphia* (2021): discordancia sobre la conveniencia de revisar la doctrina *Smith*; 3.1.- Antecedentes: el caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990) y la *Religious Freedom Restoration Act* (1993); 3.2.- Contexto socio-político; 3.3.- Hechos destacados e *iter procesal*; 3.4.- Planteamiento de la cuestión por la parte recurrente: interpelación directa sobre la necesidad de revisar la doctrina *Smith*; 3.5.- Posición del Tribunal Supremo: prevalencia del caso particular sobre la cuestión general de fondo; 3.6.- Votos particulares sobre la decisión de no revisar la doctrina *Smith*; IV.- Síntesis conclusiva y consideración final. Referencias bibliográficas.

ABSTRACT: The purpose of this study is to carry out a critical analysis of the Supreme Court of the United States of America ruling that resolved the *Fulton* case. In its examination, the Court had to determine whether the rules involved, which strongly impacted the Appellant's Free Exercise Clause, were neutral and of general application, in accordance with the (controversial) precedent set in the *Smith* case. Although directly challenged on the need to overturn *Smith's* established doctrine of formal neutrality, and return to strict scrutiny under *Sherbert-Yoder*, the Supreme Court saw no need to do so and cleverly settled the latter case of free exercise of the past judicial term applying the balance of strict scrutiny.

KEY WORDS: Free exercise, neutrality, equality, strict scrutiny, religious exemptions, *Smith* doctrine, *Fulton* case.

I.- INTRODUCCIÓN

Fulton v. City of Philadelphia (2021)¹, fue una de las decisiones más esperadas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos correspondientes al pasado año judicial, puesto que, además de plantear el caso concreto de exclusión de una agencia religiosa del sistema municipal de prestación de servicios de acogida, salvo que accediese a actuar y a manifestarse de forma contraria a sus creencias religiosas sobre el matrimonio, se interpeló al Tribunal sobre la necesidad de anular la doctrina fijada por *Smith* acerca de la neutralidad formal y el reconocimiento de excepciones individualizadas por motivos religiosos.

Sin ánimo de restar protagonismo al conflicto jurídico planteado, cabe destacar que la repercusión mediática del asunto se debió principalmente a dos circunstancias: el especial interés que los medios de comunicación otorgan a los casos que llegan al Tribunal Supremo por motivos religiosos², y la expectación que se había generado sobre la posición que mantendría Barrett en uno de sus primeros asuntos como Juez de la Corte³, tanto por sus creencias religiosas⁴, como por su condición de discípula de Scalia, el artífice de la doctrina *Smith*⁵.

Los nueve Jueces de la denominada Corte Roberts concluyeron, por unanimidad, que la negativa de la Ciudad de Filadelfia a contratar la prestación de servicios de acogida con una agencia católica, salvo que aceptara certificar parejas del mismo sexo como

¹ Caso *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania, et al.* 593 US (2021).

² Como destaca TEBBE, aunque los casos de religión constituyen un porcentaje reducido de los expedientes que llegan al Tribunal Supremo, se consideran muy importantes por los medios de comunicación: más del 50% de las decisiones de este tipo fueron portada de *The New York Times*, en comparación con el resto de decisiones que sólo aparecieron en primera plana un 15% de las veces. TEBBE, N., "The principle and politics of liberty of conscience", *Harvard Law Review*, vol. 135, 2021, p. 317.

³ Por todos, GREENHOUSE, L., "Justice Amy Coney Barrett's Choice. Will she join the Supreme Court's grievance conservatives?", *The New York Times*, 03.12.2020.

⁴ Al presentarse ante el Comité Judicial del Senado, la Senadora Feinstein, líder de los demócratas, inició su interrogatorio a Barrett en los siguientes términos: "Cuando uno lee sus discursos, saca una conclusión: El dogma vive intensamente en usted. Eso es preocupante". Este planteamiento no criticaba el razonamiento originalista o la interpretación textualista de Barrett, sino la potencial influencia de sus creencias religiosas en los casos que tuviera que decidir en el futuro y, por tanto, su incapacidad para ejercer con imparcialidad un cargo público por su condición de creyente comprometida. PERCIVAL, H. "The dogma lives loudly within you", *The Guardian*, 26.09.2020.

⁵ Scalia fue el principal promotor de la doctrina *Smith* argumentado que la nación estaría "cortejando la anarquía" si proporcionaba adaptaciones de las leyes generales para proteger el libre ejercicio y que "era horrible" contemplar el equilibrio judicial de los intereses religiosos frente a los públicos. Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* 494 U.S. 888-889 núm. 5 (1990).

familias de acogida, violaba la Cláusula de Libre Ejercicio de la Primera Enmienda. No obstante, no alcanzaron un acuerdo para revisar la doctrina *Smith* de forma inmediata. La Sentencia redactada por Roberts cuenta con tres Votos particulares: Barrett (al que se adhirieron Kavanaugh y, en parte, Breyer); Alito; y Gorsuch (al que se adhirieron Thomas y Alito).

Tras una exposición de los antecedentes jurídicos (3.1), del contexto socio-político (3.2) y de los hechos relevantes (3.3), el estudio que se desarrolla a continuación recoge los principales argumentos esgrimidos por el Tribunal (3.5) y el parecer que los Jueces manifestaron en sus Votos particulares (3.6). Con carácter previo se realiza una aproximación a la protección de la libertad religiosa en USA (II) prestando especial atención a la interpretación judicial de la Cláusula de Libre Ejercicio (2.1 y 2.2). Se concluye con una consideración final (IV).

II.- APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN USA

La libertad religiosa es un valor nuclear tanto en la cultura estadounidense como en su legislación⁶, no obstante, no fue contemplada en el texto original de la Constitución de 1787⁷. Su reconocimiento y protección derivan de la aprobación en 1791 de la Primera Enmienda, tras las deliberaciones de las Cámaras Legislativas⁸.

La redacción dada a la Primera Enmienda⁹, pretende garantizar los principios fundamentales de la libertad religiosa propugnados por los Padres fundadores¹⁰: libertad

⁶ Sobre la importancia de la libertad religiosa en el desarrollo del constitucionalismo estadounidense, consultar REY MARTÍNEZ, F., "La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo: la impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano", *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. 79, 2003, pp. 225-291. Y WITTE, J. Jr., "The Theology and Politics of the U.S. Religion Clauses: four Models from the Foundational Era", *Persona y Derecho*, vol. 77, núm. 2, 2017, pp. 371-401. Ambos autores coinciden al destacar que el objetivo pretendido por los Padres fundadores al establecer las garantías constitucionales de la libertad religiosa era evitar, a toda costa, el reconocimiento de alguna forma de cristianismo como religión oficial.

⁷ La Constitución de 1787 sólo hace referencia a la religión, cuando prohíbe, en la sección 3ª del artículo VI, la existencia de cualquier control o examen de tipo religioso como condición para desempeñar un cargo público.

⁸ Sobre el contenido y alcance de las deliberaciones LEVY, L., *The Establishment Clause*, MacMillan, Nueva York, 1986, pp. 77 y ss. Y WITTE, J. Jr., "The Theology and Politics of the U.S. Religion Clauses: four Models from the Foundational Era", o. cit., que señala que el debate se articuló en torno a cuatro perspectivas diferentes sobre la libertad religiosa: puritana, evangélica, ilustrada y cívico republicana.

⁹ "El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios". Traducción de la Primera Enmienda a la Constitución de USA.

¹⁰ Desde una perspectiva histórica la Primera Enmienda fue concebida como una manera de asegurar la democracia y conseguir la paz social, eliminando las discriminaciones religiosas mediante la garantía de mutua independencia entre Gobierno y religión. MORAN, G., *Protección*

de conciencia; libertad de ejercicio; pluralismo religioso; igualdad religiosa; separación Iglesia-Estado; neutralidad y no establecimiento de ninguna religión oficial por parte de la Federación ni de los Estados.

La protección de estos principios se articuló en torno a dos cláusulas intrínsecamente relacionadas: la de Libre Ejercicio y la de Establecimiento¹¹. La Cláusula de Libre Ejercicio impone prohibiciones a los Estados y al Gobierno Federal en el ámbito religioso (esto es, proscribire la restricción de las formas de ejercicio y expresión de la religión, la intervención en la práctica religiosa de las personas, la adopción de medidas discriminatorias contra la religión o por motivos religiosos, la imposición de deberes que afecten indebidamente a la conciencia de las personas, y la vulneración de la autonomía de las Iglesias). Por su parte, la Cláusula de Establecimiento consagra la separación Iglesia-Estado propugnando la neutralidad estatal (se proscriben, por tanto, las acciones del Estado y del Gobierno Federal que ordenan formas de ejercicio y expresión de una religión, las que coaccionan indebidamente la conciencia de las personas, las que favorecen una religión, y las que identifican o alían indebidamente a los Estados o al Gobierno Federal con una religión). El principio de neutralidad del Estado queda complementado por la acomodación razonable de las necesidades religiosas o excepciones individualizadas que actúa a modo de bisagra integradora de ambas cláusulas¹².

La interpretación de estas cláusulas, pese a su aparente simplicidad, ha ido perdiendo uniformidad con el transcurso del tiempo y, a partir de los años noventa, ha generado una profusa disparidad de soluciones jurídicas, tanto a nivel estatal como federal en los ámbitos legislativo y judicial, para resolver las cuestiones relativas al ejercicio de la libertad religiosa. Este debilitamiento de la Primera Enmienda, consecuencia de la desarmonía en su interpretación, permite a un sector doctrinal

de la libertad religiosa en USA, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 42.

¹¹ Tal como estaba redactada la Primera Enmienda, sus dos cláusulas sólo vinculaban al Congreso, pero no al Poder Legislativo de cada Estado. Únicamente a partir del caso *Cantwell v. Connecticut* (1940) se extenderá a los Estados la aplicabilidad de la Cláusula de Ejercicio, a través de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución adoptada en 1868. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., "La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 1985, p. 402.

¹² SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, p. 279; y MORÁN, G., "Análisis de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo norteamericano sobre materia religiosa", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 8, 1992, p. 338.

considerar que la regulación estadounidense sobre libertad religiosa se encuentra actualmente en proceso de transición¹³.

Para situarnos en el marco actual del Derecho estadounidense sobre libertad religiosa, se resumen a continuación los casos resueltos por el Tribunal Supremo que en mayor medida han perfilado el contenido y alcance del derecho¹⁴.

2.1.- La Cláusula de Libre Ejercicio: principios generales

La Cláusula de Libre Ejercicio (que protege los principios de libertad de conciencia, libre ejercicio (individual y colectivo de la religión), pluralismo religioso e igualdad de las religiones ante la Ley) constituye la columna vertebral de la regulación estadounidense sobre libertad religiosa.

La adhesión religiosa voluntaria y la prohibición de la coerción religiosa, como aspectos integrantes de la libertad de conciencia, se conciben como derechos cuasi absolutos que no pueden ser derogados¹⁵. Así lo constató el Tribunal Supremo en una serie de casos que se suceden desde *Arver v. United States* (1918) hasta *United States v. Welsh* (1970), al confirmar que la Ley federal reconoce la objeción de conciencia a los pacifistas religiosos. En la sucesión de casos desde *Des West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943) hasta *Torcaso v. Watkins* (1961), el Tribunal Supremo protegió a los demandantes de la coacción de prestar juramentos y promesas contrarios a su conciencia. En el caso *Sherbert v. Verner* (1963), el Tribunal Supremo dispensó a la demandante de tener que escoger entre actuar de forma acorde a su conciencia, o en contra, para cumplir los requisitos exigidos para acceder a una serie de beneficios gubernamentales¹⁶. Y en los casos *Lee v. Weisman* (1992) y el *Distrito Escolar Independiente de Santa Fe v. Doe* (2000), el Tribunal Supremo mantuvo la misma línea

¹³ WITTE J. Jr., "La libertad religiosa en EEUU: una perspectiva internacional", *Revista de Derecho*, vol. 8, 2019, p. 108.

¹⁴ Las referencias jurisprudenciales que se citan para perfilar el contenido de las cláusulas de libre ejercicio y de no establecimiento se han extraído, para su posterior sistematización, de los siguientes estudios: RUBIO J. I., "Crónica judicial de Derecho eclesiástico en los EEUU de Norteamérica (2019-2020)", *Ius Canonicum* LXI, núm. 122, 2021, pp. 889-923; WITTE J. Jr., "La libertad religiosa en EEUU: una perspectiva internacional", o. cit., pp. 99-122; SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", o. cit., pp. 273-295; MORÁN G., "Análisis de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo norteamericano sobre materia religiosa", o. cit., pp. 331-344; y MORAN, G., *Protección de la libertad religiosa en USA*, o. cit., pp. 105-127.

¹⁵ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., "La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano", o. cit., p. 401.

¹⁶ *Sherbert*, adventista del séptimo día, había sido despedida por negarse a trabajar en sábado en cumplimiento de las normas de su religión. Su solicitud de subsidio de desempleo había sido desestimada sobre la base de la *Unemployment Compensation Act de South Carolina*, que descalifica para ese beneficio a quienes, sin justa causa, rechazan un trabajo "disponible y apropiado" que se les haya ofrecido.

de interpretación, y protegió a las partes de la participación coaccionada en oraciones públicas y ceremonias religiosas.

El libre ejercicio (de la religión) sólo puede ser restringido para proteger los derechos fundamentales de los demás o la salud pública, la seguridad, el bienestar y la moral; la restricción, en todo caso, debe ser “acorde y proporcional” a la protección del interés pretendido¹⁷. En el caso *Testigos de Jehová v. King County Hospital* (1968), planteado contra el hospital por el auxilio médico y la transfusión de sangre realizada a favor de un menor en contra de la voluntad de los padres, que querían tratarlo sólo con la oración, como una prueba y testimonio de fe; el Tribunal Supremo concluyó que el hecho de poner en peligro la vida e integridad física de un niño desencadena automáticamente la intervención estatal, a pesar de que puedan existir otros intereses dignos de protección como son los intereses religiosos de los padres. En *Wisconsin v. Yoder* (1972) el Tribunal Supremo eximió a los *Amish* del cumplimiento de la Ley de escolarización obligatoria hasta los 16 años porque que el principio fundamental de su religión establece que para salvarse hay que vivir en el seno de una Iglesia común separados del mundo. Por tanto la educación hasta el octavo grado era conforme a sus creencias, puesto que enseñaba a los niños a leer la Biblia y a ser buenos ciudadanos y granjeros, pero la escuela superior ya no aportaba nada necesario para ellos y podía ser una mala influencia para sus hijos. Y en *Prince v. Massachusetts* (1944) matizó que los derechos de los padres para controlar la educación religiosa de sus hijos deben equilibrarse con el deber del Estado de proteger el interés superior de cada niño, declarando que un menor de edad no podía hacer proselitismo en la esquina de una calle por la noche, porque tal exigencia violaba las leyes de trabajo infantil, incluso aunque el tutor del niño considerara que tal actividad era esencial para su educación religiosa. En otras ocasiones las restricciones al ejercicio del derecho a la libertad religiosa están menos justificadas: así en el caso *Estate of Thornton v. Caldor* (1985), se anuló la Ley estatal que permitía a los empleados del sector privado elegir su día de reposo e imponía a los empleadores la búsqueda de un acomodo razonable; en el caso *Braunfeld v. Brown* (1961) se concluyó que la Ley que prohíbe las ventas el domingo no viola los derechos de los judíos sobre el sábado; y en el caso *Gallagher v. Crown Kosher Supermarket* (1961), se declaró que la Ley de cierre dominical no viola los derechos de libre ejercicio del propietario del supermercado *kosher*, ni de los clientes judíos ortodoxos, ni de los rabinos que deben inspeccionar tales supermercados según las leyes dietéticas judías.

El pluralismo religioso, como principio estructural, protege la separación Iglesia-Estado, la autonomía de las Iglesias y los denominados derechos de grupo. Los grupos

¹⁷ MORÁN G., “Análisis de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo norteamericano sobre materia religiosa”, o. cit., p. 339.

organizados con fines religiosos (culto, educación, atención social, beneficencia, etc.) tienen garantizado su derecho a operar de conformidad con sus creencias y valores religiosos, y deben gozar de un nivel de autonomía suficiente para la gestión y resolución de sus asuntos internos¹⁸. En los casos *NLRB v. Obispo Católico de Chicago* (1979) y *Obispo Presidente v. Amos* (1987), se protegieron las decisiones adoptadas por los empleadores religiosos validando su derecho a seleccionar al personal amparándose en razones de orden religioso. Para la resolución de las disputas intra religiosas (las planteadas en el seno de una comunidad de fieles) el Tribunal Supremo recurrió al denominado “test de deferencia” desde el caso *Watson v. Jones* (1871) hasta el caso *Diócesis Ortodoxa Serbia v. Milivojevich* (1976). No obstante, en el caso *Jones v. Wolf* (1979), permitió al Gobierno resolver las disputas planteadas en el seno de una comunidad de fieles que involucraban “principios neutrales” de la Ley. El Estado puede regular la actividad de los grupos religiosos sólo de forma motivada, por razones que sean necesarias y proporcionadas¹⁹. El Tribunal Supremo confirmó en varios casos la validez de la aplicación a estas entidades de la regulación general, para salvaguardar la salud, la seguridad y el bienestar [por todos, caso *Tony and Susan Alamo Foundation v. Secretary of Labor* (1985), donde la aplicación de la *Fair Labor Standards Act* no se consideró un obstáculo para el desarrollo esencial de las funciones religiosas de una fundación].

La igualdad de las religiones ante la Ley no sólo debe ser protegida, sino también fomentada por el Estado, sobre todo para garantizar la protección de las minorías religiosas²⁰. Desde el caso *Widmar v. Vincent* (1981) (que establece que cuando una Universidad estatal crea un foro público limitado, abierto a grupos de estudiantes voluntarios, los grupos religiosos deben tener “acceso igualitario” a ese foro) hasta el caso *Good News Club v. Milford Central School* (2001), (que consideró inconstitucional la exclusión impuesta por parte de la escuela secundaria pública al club de niño cristianos para reunirse en la propiedad de la escuela después de las horas escolares), el Tribunal Supremo ha reconocido a los grupos religiosos igualdad de acceso a los foros e instalaciones que están a disposición de otros grupos no religiosos “en una situación similar”. Asimismo en los casos *Agostini v. Felton* (1997), *Mitchell v. Helms* (2000) y *Zelman v. Simmons-Harris* (2002), el Tribunal Supremo reconoció el derecho de acceso a fondos públicos en igualdad, al dispensar el mismo trato a las escuelas religiosas y no

¹⁸ WITTE J. Jr., “La libertad religiosa en EEUU: una perspectiva internacional”, o. cit., p. 112.

¹⁹ WITTE J. Jr., “La libertad religiosa en EEUU: una perspectiva internacional”, o. cit., p. 112.

²⁰ RUBIO J. I., “La última aplicación de la doctrina norteamericana del “strict scrutiny” en el derecho de libertad religiosa: *Gonzales v. O Centro Espirita*”, *Ius Canonicum* XLVI, núm. 92, 2006, p. 589.

religiosas en la distribución de los servicios y materiales educativos financiados por el Gobierno, puesto que aunque nada en la Ley interna, ni en la disposiciones de la Primera Enmienda, exige que el Estado ponga a disposición de las personas privadas fondos públicos, cuando el Estado los ofrece, no puede discriminar a los reclamantes por su condición religiosa. En el caso *Mc Daniel v. Paty* (1978) se eliminaron las prohibiciones estatales que impedían a los ministros de culto el acceso a cargos políticos. Y en el caso *Watchtower Bible and Tract Society v. Village of Stratton* (2002) se prohibió el establecimiento de determinados requisitos para la obtención de autorizaciones en entidades públicas que discriminaban a los solicitantes por su condición de abogados religiosos.

2.2.- La Cláusula de Libre Ejercicio: aplicación del escrutinio estricto

El denominado régimen de escrutinio estricto se concibió como una herramienta para resolver la mayor parte de las reivindicaciones planteadas al amparo de la Cláusula de Libre Ejercicio²¹, y su estándar fue desarrollado por el Tribunal Supremo en los casos *Sherbert v. Verner* (1963)²² y *Wisconsin v. Yoder* (1972)²³. El Congreso pretendió codificarlo²⁴ en la *Religious Freedom Restoration Act* (1993)²⁵ y en la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (2000)²⁶.

²¹ En términos comparativos el escrutinio estricto sería equivalente al test de “proporcionalidad” contemplado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). No obstante, si en Europa el examen judicial para saber si las restricciones en el campo de la libertad religiosa son ajustadas a derecho pide la racionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, en el Derecho estadounidense ese análisis recibe el nombre de escrutinio estricto (*strict scrutiny*), a diferencia del examen menos exigente de la racionalidad de la medida (*rational basis test*), existiendo aún un tercero, uno intermedio entre ambos que exige al Gobierno la prueba de un interés significativo o importante (ya no apremiante como en el estricto), siendo necesario también que la medida adoptada estuviera relacionada de modo sustancial a ese interés (en lugar de pedir que se adapte estrictamente a él, como en el estricto escrutinio). RUBIO J. I., “¿Un mundo sin Smith? El minimalismo pragmático de la Corte Roberts ante la “cuestión Smith”. (*Fulton v. city of Philadelphia*, 2021)”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 57, 2021, p. 13.

²² *Sherbert v. Verner* (1963) fue el caso que marcó el inicio de una serie de casos especiales [*Thomas v. Review Board of Indiana Employment Security Division* (1981); *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida* (1987); *Frazee v. Illinois Department of Employment Security* (1989)] en los que el Tribunal Supremo dispensó a los demandantes de tener que escoger entre actuar de forma acorde a su conciencia, o en contra, para cumplir los requisitos exigidos para acceder a una serie de beneficios gubernamentales.

²³ En *Wisconsin v. Yoder* (1972) el Tribunal Supremo declaró que los niños no pueden verse obligados a participar en actividades religiosas a las que se oponen sus padres y eximió a los *Amish* del cumplimiento de la Ley de escolarización obligatoria.

²⁴ RUBIO J. I., “La última aplicación de la doctrina norteamericana del “strict scrutiny” en el derecho de libertad religiosa: *Gonzales v. O Centro Espirita*”, o. cit., p. 582.

²⁵ Ley de Restauración de la Libertad Religiosa (1993).

²⁶ Ley de Uso Religioso de la Tierra y Libertad de Culto para Personas institucionalizadas (2000).

Establece que cuando el Estado impone una carga sustancial al libre ejercicio (de la religión) de una persona, debe demostrar tres premisas²⁷: que persigue un propósito o interés necesario, apremiante o primordial; que ha utilizado la alternativa menos restrictiva para lograr ese propósito; y que no ha incurrido en discriminación religiosa al redactar o aplicar la Ley en cuestión. En ausencia de tal demostración, el Estado debe abolir la Ley o conceder a la persona afectada una exención plena de su cumplimiento (excepción individualizada).

La aplicación del escrutinio estricto como estándar del libre ejercicio religioso por parte del Tribunal Supremo favoreció a los Estados y al Gobierno Federal, que ganaron más de la mitad de los casos en que se planteó la derogación o exención por motivos religiosos²⁸. A título ilustrativo cabe destacar que en *U.S. v. Lee* (1982), el Tribunal Supremo negó a un empleador *Amish* la exención solicitada respecto del pago de impuestos de seguridad social; en *Bowen v. Roy* (1986), el Tribunal Supremo estableció que el uso estatal del número de seguridad social no viola los derechos de libre ejercicio de los nativos americanos, que en su defensa invocaron que, conforme a sus ritos y tradiciones, dicho uso perjudicaría el espíritu de su hijo; en *Lyng v. Northwestern Indian Cemetery Protective Association* (1988), el Tribunal Supremo concluyó que la construcción de una carretera a través de un sector del bosque nacional considerado como tierra sagrada por tres tribus de nativos americanos, no violaba la Cláusula de Libre Ejercicio; y en *Jimmy Swaggart Ministries v. Board of Equalization of California* (1990), el Tribunal Supremo señaló que la imposición de impuestos estatales sobre las ventas y el uso de artículos religiosos no constituye una violación de los derechos de libre ejercicio de los cruzados.

No obstante, como se expondrá más adelante con detalle, en *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990)²⁹, el Tribunal Supremo cambió su criterio sobre el régimen de escrutinio estricto, y relajó el control de constitucionalidad sobre las Leyes que gravaban la libertad de conciencia, estableciendo que la Cláusula de Libre Ejercicio no podía, por sí misma, servir de argumento para considerar una conducta basada en motivos religiosos como supuesto de excepción a la Ley si esta era “neutral y de aplicabilidad general”.

²⁷ Sobre el contenido, aplicación y evolución del escrutinio estricto RUBIO J. I., “La última aplicación de la doctrina norteamericana del “strict scrutiny” en el derecho de libertad religiosa: *Gonzales v. O Centro Espirita*”, o. cit., pp. 586 a 592.

²⁸ WITTE J. Jr., “La libertad religiosa en EEUU: una perspectiva internacional”, o. cit., p. 114.

²⁹ Realiza un análisis exhaustivo de la Sentencia IBÁN, I., “Comentario a la Sentencia de la Federal Supreme Court de los EEUU de América, núm. 88-1213, de 17 de abril de 1990 en el caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*”, *Cuadernos de Política Criminal* núm. 43, 1991, pp. 183 y ss.

2.3.- La Cláusula de Establecimiento: principios generales

La Cláusula de Establecimiento define la posición del Estado ante el factor religioso prohibiendo tanto la imposición de una religión oficial (principio de separación Iglesia-Estado), como la preferencia estatal de una religión sobre otras (principio de neutralidad)³⁰. El principio de neutralidad, no obstante, concede a los Estados y al Gobierno Federal una facultad de modulación, para acomodar determinados aspectos que puedan interferir en la libertad religiosa de los ciudadanos, con el objetivo de garantizar su compatibilidad con la Cláusula de Libre Ejercicio (acomodaciones razonables)³¹.

La separación Iglesia-Estado, como principio informador de la Cláusula de Establecimiento, fue abordada por el Tribunal Supremo en el caso *Everson v. Board of Education* (1947)³², que propugnó una separación absoluta al afirmar que la Primera Enmienda había erigido un muro de separación entre la Iglesia y el Estado que debía mantenerse alto e inexpugnable sin que pudiera aprobarse la menor brecha. En esta Sentencia el Tribunal Supremo defendió que ni los Estados ni el Gobierno federal pueden establecer una confesión como oficial, ni pueden permitir leyes que supongan ayuda a una religión o preferir una religión sobre otra. Destacó que tampoco pueden forzar o influir a una persona para pertenecer o no a una confesión contra su deseo o forzarla a profesar una creencia o no creencia religiosa. Señaló que nadie puede ser castigado por profesar una creencia o no creencia, por asistir o no a servicios religiosos. Declaró que ningún impuesto podrá ser exigible para el mantenimiento de actividades o instituciones religiosas o la forma que adopten respecto a la enseñanza o práctica religiosas. Y concluyó que ningún Estado ni el Gobierno Federal puede, abierta o secretamente, participar en asuntos relativos a organizaciones o grupos religiosos y viceversa. Esta posición de separación rotunda, encaminada a evitar cualquier relación entre el Estado y la religión, fue reiterada en los casos *Engel v. Vitale* (1962) y *School District of Abington Township v. Schempp* (1963), que declararon inconstitucional la oración en las escuelas públicas pese a ser una práctica popular muy extendida; e indirectamente en el caso *Walz v. Tax Commission* (1970), donde se interpretó que la exención del pago de impuestos por los lugares destinados al culto religioso no violaba la Cláusula de Establecimiento porque la exención creaba una mínima y remota relación

³⁰ MORAN, G., *Protección de la libertad religiosa en USA*, o. cit., p. 39.

³¹ SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", o. cit., p. 275.

³² Realiza un análisis exhaustivo de la Sentencia SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", o. cit. pp. 279 y ss.

entre la Iglesia y el Estado. A partir de 1993, la posición del Tribunal Supremo se suavizó, al considerar que la Cláusula de Establecimiento no eximía al Estado de su obligación de prestar asistencia a grupos religiosos del mismo modo que lo hacía con instituciones análogas no religiosas [*Lamb's Chapel v. Centrer Moriches Union Free School District* (1993); *Zorbest v. Catalina Foothills School District* (1993); *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* (1993)].

El principio de neutralidad ha sido interpretado por el Tribunal Supremo desde tres perspectivas diferentes: neutralidad formal, neutralidad sustantiva y neutralidad disgregadora.

La neutralidad formal exige dotar de la misma protección a la religión y a la no religión. Implica el derecho a la igualdad de acceso, de trato, y de oportunidades³³. Este aspecto de la neutralidad fue el que se planteó en el caso *Everson v. Board of Education* (1947), donde el Tribunal Supremo consideró constitucional una Ley estatal que autorizaba el reembolso por los gastos de transporte de autobús público ocasionados por la asistencia tanto a escuelas públicas como privadas. En este supuesto el Tribunal Supremo no apreció vulneración de la Cláusula de Establecimiento porque la Ley iba encaminada a asegurar el transporte de todos los niños en edad escolar y no a ayudar a colegios privados. Tampoco se consideró inconstitucional la Ley que permitía préstamos estatales para libros de texto seculares a estudiantes que acudían a escuelas parroquiales [caso *Board of Education of Central School Dist. v. Alien*, (1968)]. En ambos supuestos, el razonamiento del Tribunal Supremo fue el mismo: el efecto primario de las leyes era la provisión de igualdad de oportunidades educativas para la juventud y ninguna de ellas tenía por objeto ni daba como resultado la promoción o el favorecimiento de una religión.

La neutralidad sustantiva requiere que el legislador minimice en el *iter* legislativo el alcance de cualquier convicción religiosa o no religiosa, práctica o no práctica, observancia o no observancia, para garantizar la consecución de resultados en igualdad³⁴. Este aspecto de la neutralidad fue contemplado por el Tribunal Supremo en el caso *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet* (1994), al analizar los motivos que justificaron la promulgación de la Ley que creaba el distrito escolar de *Kiryas Joel* (enclave religioso de los *Satmar Hasidic*, practicantes de una rama extrema de judaísmo) para evitar que niños discapacitados tuvieran que desplazarse de ciudad para asistir a una escuela que pudiese suministrarle los cuidados que necesitaban. Tras analizar el asunto planteado el Tribunal Supremo concluyó que,

³³ WITTE J. Jr., "La libertad religiosa en EEUU: una perspectiva internacional", o. cit., p. 116.

³⁴ RUBIO J.I., "La última aplicación de la doctrina norteamericana del "strict scrutiny" en el derecho de libertad religiosa: *Gonzales v. O Centro Espirita*", o. cit., p. 583.

aunque la intención del legislador probablemente no era ayudar ni favorecer a la religión *Satmar*, el medio escogido para solucionar los problemas de los niños discapacitados *Satmar* (creación de un distrito escolar especial) traía como resultado la promoción de la religión de los *Satmar* y, por ello, se violaba la Cláusula de Establecimiento.

La neutralidad disgregadora tiene como función valorar si una Ley promueve o inhibe la religión, resolviendo con ello el caso sin tomar en consideración si otras soluciones alternativas darían lugar a una mayor o menor promoción de la religión, o a una inhibición de la misma³⁵ (p. e. la resolución de un caso que considera inconstitucional una determinada práctica religiosa sin tomar en consideración que puede inhibir el libre ejercicio de la religión). En el caso *Aguilar v. Felton* (1985), se planteó la constitucionalidad de un programa de asistencia a las escuelas elementales para alumnos con bajos recursos económicos, que otorgaba el pago de salarios de escuelas públicas a empleados de escuelas parroquiales. El Tribunal Supremo determinó que el programa violaba la Cláusula de Establecimiento porque originaba una relación demasiado estrecha entre el Estado y la religión. En un Voto Particular disidente se defendió que la decisión adoptada por la mayoría, más que mantenerse bajo el principio de neutralidad, se aproximaba a posiciones de hostilidad a la religión y a los niños que asisten a escuelas patrocinadas por instituciones religiosas, puesto que ni siquiera realizaba una ponderación entre las consecuencias del mantenimiento del programa y su suspensión; limitándose a declarar su inconstitucionalidad en el momento en que detecta que se puede estar favoreciendo a la religión.

El principio de neutralidad se complementa con el reconocimiento de las denominadas acomodaciones razonables³⁶. Entre lo prohibido por la Cláusula de Establecimiento, que limita los beneficios que el Estado puede otorgar por motivos religiosos o a favor de una determinada religión; y lo exigido por la Cláusula de Libre Ejercicio, que limita las cargas que el legislador puede imponer sobre la conciencia de las personas o sobre una religión, se genera un espacio para conceder un tratamiento diferente en función de las necesidades religiosas. El legislador puede optar por una interpretación rígida de la Cláusula de Establecimiento (manteniendo una separación estricta entre la Iglesia y el Estado), o puede acomodar ambas cláusulas.

³⁵ SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", o. cit., p. 279.

³⁶ La acomodación razonable como práctica jurídica fue legislada en 1972 a través de una enmienda del Título VII del *Civil Rights Act* de 1964, como respuesta a la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en el caso *Dewey v. Reynolds Metals Co.* (1971), que había denegado la solicitud de acomodamiento formulada por un ciudadano judío a su empleador para respetar el *shabbat*. ELÓSEGUI, M., "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014, p. 69.

La acomodación razonable se produce cuando el Estado, promoviendo los valores recogidos por la Cláusula de Libre Ejercicio, exime a las personas con creencias religiosas del cumplimiento de determinadas leyes. En el caso *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet* (1994), el Tribunal Supremo reconoció que la Constitución permite al Estado “acomodar las necesidades religiosas” mitigando ciertas cargas³⁷. En el caso *Texas Monthly v. Bullock* (1989), concluyó que la exención del impuesto VAT realizado exclusivamente para publicaciones periódicas religiosas viola la cláusula de no establecimiento porque el Estado no puede discriminar a favor de una religión por una “acomodación no esencial”. En el caso *Hosanna-Tabor v. EEOC* (2012), reconoció la doctrina judicial de la excepción ministerial incluida en la autonomía eclesiástica contenida en la Primera Enmienda. En el caso *Holt v. Hobbs* (2015), concedió la adaptación religiosa pedida por un preso musulmán que, por razones religiosas, debía llevar barba. En el caso *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores* (2015) juzgó como discriminatoria la no contratación de una joven musulmana que llevaba un pañuelo en la cabeza. Y más recientemente, en el caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, (2018), falló a favor de la libertad de expresión y del libre ejercicio religioso de un pastelero cristiano que, por sus creencias religiosas y morales, se había negado a hacer una tarta de boda para celebrar una unión entre personas del mismo sexo.

En sentido contrario, en el ámbito de los órganos judiciales inferiores, también se ha desarrollado la denominada “acomodación inversa”, que se produce cuando el Estado incrementa la promoción de los valores implícitos en la Cláusula de Establecimiento, gravando los derechos individuales de libre ejercicio. Así, en el caso *United States v. Board of Education* (1990), se consideró aceptable la Ley que, para no vulnerar la Cláusula de Establecimiento, prohíbe a los educadores portar vestimenta que indique pertenencia a un grupo religioso. Y en el caso *Roberts v. Madigan* (1990), se admitió la prohibición impuesta a un profesor de dejar la Biblia encima de la mesa del aula, después de su lectura durante el tiempo correspondiente, al considerarse que ese acto promovía la religión en contra de la política de la escuela. Ambos casos fueron inadmitidos a trámite por el Tribunal Supremo.

2.4.- La Cláusula de Establecimiento: aplicación del *Lemon test*

El conocido como *Lemon test* es utilizado para determinar si una norma cumple, o no, con las exigencias de la Cláusula de Establecimiento, y tiene origen en el caso *Lemon v.*

³⁷ Señala LUPU que la única posibilidad de favorecer la religión sin contravenir la Cláusula de Establecimiento sería invocando la aplicación de la doctrina de las acomodaciones. LUPU, I., “The lingering death of separationism”, *The Washington Law Review*, vol. 62, núm. 2, 1994, p. 275.

Kurtzman (1971)³⁸. Conforme al test, una norma, actuación o política pública es respetuosa con la Cláusula de Establecimiento si cumple tres criterios: que tenga un propósito secular; que su efecto principal no inhiba ni favorezca la religión; y que no propicie una excesiva interrelación entre el Estado y la religión³⁹.

El primer criterio recoge el principio de neutralidad sustantiva, al exigir que la norma, la actuación o la política pública estén exentas de motivación religiosa y no se rijan por pautas o criterios de esta índole⁴⁰. Fue aplicado por el Tribunal Supremo en el caso *Lynch v. Donnelly* (1984), para determinar si la inclusión de un nacimiento como parte de una exposición navideña municipal violaba, o no, la Cláusula de Establecimiento. El Tribunal Supremo concluyó que la celebración de las fiestas navideñas respetaba el propósito secular, puesto que no constituía más que un reconocimiento por el municipio de la herencia religiosa existente y debía entenderse como una manifestación cultural más.

El segundo criterio aúna las otras dos dimensiones del principio de neutralidad (formal y disgregadora) y el principio de no discriminación, al exigir que la norma, la actuación o la política pública no desplieguen, de forma directa o indirecta, un efecto que pueda inhibir el ejercicio de la religión, promover la religión, o favorecer a un determinado grupo religioso sobre otro u otros⁴¹. Fue aplicado por el Tribunal Supremo en el caso *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist* (1973), para determinar si una Ley que reconocía a los padres el reembolso por las donaciones realizadas al colegio religioso al que asistían sus hijos para gastos de mantenimiento y reparaciones resultaba, o no, contraria a la Cláusula de Establecimiento. El Tribunal Supremo apreció la vulneración al entender que el reembolso conllevaba el efecto inmediato de ayudar a la religión, puesto que no existía la certeza de que todas las donaciones recibidas por el colegio se utilizasen exclusivamente para cubrir actividades seculares.

³⁸ En el caso *Lemon v. Kurtzman* (1971), se enjuició si los suplementos salariales públicos reconocidos a profesores que impartían disciplinas seculares en colegios parroquiales violaban, o no, la Cláusula de Establecimiento. Tras analizar el supuesto el Tribunal Supremo concluyó que se había vulnerado la Cláusula de Establecimiento, al apreciar una confusión excesiva entre el Gobierno y la religión desde el momento en que las escuelas parroquiales tenían una actividad religiosa sustancial, el profesor era sensible a la disciplina religiosa, los niños eran especialmente influenciados por la etapa de formación en la que estaban, y había peligro de fraccionamiento político.

³⁹ MORAN, G., *Protección de la libertad religiosa en USA*, o. cit., p. 48.

⁴⁰ SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", o. cit., p. 291.

⁴¹ RUBIO J. I., "La última aplicación de la doctrina norteamericana del "strict scrutiny" en el derecho de libertad religiosa: *Gonzales v. O Centro Espirita*", o. cit., p. 584.

El tercer criterio consagra el principio de separación Iglesia-Estado, al exigir que la norma no genere una interrelación excesiva entre el Gobierno y la religión⁴². Fue aplicado por el Tribunal Supremo en el caso *Larkin v. Grendel's Den Inc.* (1982), para determinar si la Ley de *Massachusetts* que otorgaba poder de veto sobre las solicitudes de licencias de alcohol a entes religiosos vulneraba, o no, la Cláusula de Establecimiento. El Tribunal Supremo declaró que la Ley violaba la Cláusula de Establecimiento puesto que producía una fusión entre las funciones estatales y religiosas al delegar importantes poderes políticos en entes religiosos.

Los tres criterios fueron aplicados por el Tribunal Supremo en el caso *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet* (1994)⁴³, para valorar si la Ley que creaba el distrito escolar de *Kiryas Joel* (enclave religioso de los *Satmar Hasidic*) se ajustaba, o no, a la Cláusula de Establecimiento. El Tribunal Supremo alcanzó las siguientes conclusiones: pese a que el propósito del legislador era intentar de buena fe la solución del problema de los niños discapacitados *satmar*, sin motivación religiosa alguna (primer criterio); se consideró que la creación de un distrito escolar especial para ellos tenía como efecto principal el favorecimiento de una comunidad religiosa particular, la *satmar* (segundo criterio); y conllevaba a una excesiva relación entre el Estado y la religión (tercer criterio), pues al delegar la autoridad discrecional del Estado sobre las escuelas públicas en un grupo que, por sus características, constituye una comunidad religiosa, no se garantizaba que el citado poder político fuese a ser ejercido con neutralidad.

III.- FULTON v. CITY OF PHILADELPHIA (2021)⁴⁴: DISCORDANCIA SOBRE LA CONVENIENCIA DE REVISAR LA DOCTRINA SMITH

3.1.- Antecedentes: el caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990)⁴⁵ y la *Religious Freedom Restoration Act* (1993)⁴⁶

Como ya se ha señalado en el apartado 2.2 de este estudio, en el año 1990 el Tribunal Supremo resolvió el caso *Employment Division, Department of Human*

⁴² SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", o. cit., p. 291.

⁴³ Realiza un análisis exhaustivo de la aplicación del *Lemon test* en esta Sentencia SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", o. cit., p. 285 y ss.

⁴⁴ Caso *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania, et al.* 593 U. S. (2021).

⁴⁵ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990). 494 U.S. 872 (1990).

⁴⁶ Ley de Restauración de la Libertad Religiosa (1993).

Resources of Oregon v. Smith (de ahora en adelante caso *Smith*), introduciendo un cambio de criterio en la aplicación del régimen de escrutinio estricto, al flexibilizar el control de constitucionalidad respecto de las leyes “neutrales y de aplicabilidad general” con incidencia en la Cláusula de Libre Ejercicio excluyéndolas del mismo.

El supuesto de hecho objeto de debate puede sintetizarse en los siguientes términos. Dos miembros de la Iglesia Nativa Americana, que trabajaban en una organización privada dedicada a la rehabilitación de drogadictos, fueron despedidos de sus trabajos por haber consumido en el curso de una ceremonia religiosa peyote; y, por esa circunstancia, solicitaron la compensación por desempleo al Estado de Oregón. La administración competente denegó la pretensión al entender que la causa del despido estaba relacionada con una mala conducta laboral: el consumo de sustancias prohibidas (el peyote es una sustancia alucinógena ilegal). El Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse sobre la cabida de exenciones al cumplimiento de una Ley por motivos religiosos y, por tanto, en el caso concreto, sobre si el Estado de Oregón podía denegar, o no, los beneficios de desempleo a los solicitantes que habían consumido drogas ilegales con fines sacramentales.

En su decisión, el Tribunal Supremo sostuvo, por mayoría⁴⁷, que las leyes que cargan o gravan incidentalmente la religión no deben sujetarse al escrutinio estricto bajo la Cláusula de Libre Ejercicio, siempre que sean “neutrales y de aplicabilidad general”. Con esta interpretación el Tribunal Supremo consagró el principio de neutralidad formal y lo concretó en la siguiente regla⁴⁸: la Cláusula de Libre Ejercicio no exime a un individuo de la obligación de cumplir con una Ley válida y neutral de aplicación general aunque la Ley proscriba (o prescriba) conductas que su religión prescribe (o proscriba)”. Esta decisión de la Corte puso fin a la doctrina sobre la Cláusula de Libre ejercicio establecida tres décadas antes en los casos *Sherbert v. Verner* (1963) y *Wisconsin v. Yoder* (1972) que imponía el régimen del escrutinio estricto. A partir de este momento, cualquier limitación de la libertad religiosa sería posible por una normativa o práctica neutral y de aplicación general⁴⁹.

⁴⁷ Scalia, acompañado por Rehnquist, White, Stevens, y Kennedy. Voto concurrente de O'Connor, acompañada por Brennan, Marshall y Blackmun. Voto disidente de Blackmun, acompañado por Brennan y Marshall.

⁴⁸ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990), 494 U.S. 879.

⁴⁹ RUBIO J. I., “La última aplicación de la doctrina norteamericana del “strict scrutiny” en el derecho de libertad religiosa: *Gonzales v. O Centro Espirita*”, o. cit., p. 585.

Para justificar el cambio de criterio *Smith* diferenció los asuntos que implicaban a la Cláusula de Libre Ejercicio clasificándolos en dos categorías⁵⁰.

En la primera categoría se incluirían los denominados casos de “derechos híbridos”⁵¹, que afectaban a la Cláusula de Libre Ejercicio en concurrencia con otras garantías constitucionales (p. e. la libertad de expresión, el derecho a la educación, etc.).

Citando a *Reynolds v. EEUU* (1878), el Tribunal sostuvo que la protección otorgada por la Primera Enmienda a la Cláusula de Libre Ejercicio no permite que una persona utilice una motivación religiosa como razón para eludir leyes de aplicación general⁵². Destacaba así que las creencias religiosas no han excusado a las personas de cumplir con las leyes que prohíben la poligamia, las leyes sobre trabajo infantil, las leyes de cierre dominical, y las leyes que exigen el pago de impuestos al Seguro Social. Y recordaba que, por el contrario, los casos en los que el Tribunal había permitido que una motivación religiosa eximiese a una persona de una Ley neutral y de aplicación general implicaban la afirmación tanto del derecho al libre ejercicio como de algún otro derecho.

En la segunda categoría se agruparían los casos que sólo afectaban a la Cláusula de Libre Ejercicio, que pasarían a ser examinados en el contexto de una evaluación individualizada de las razones estatales o gubernamentales esgrimidas para fundamentar el interés necesario, apremiante o primordial de la conducta con incidencia en la Cláusula de Libre Ejercicio, y de las excepciones reconocidas en la propia norma⁵³: si la norma o el Estado contemplase un sistema de exenciones o consideraciones individualizadas, la Constitución no permitiría al Estado negarse a extender ese sistema a los casos de objeciones religiosas sin una razón imperiosa.

Con este nuevo planteamiento los precedentes del escrutinio estricto (*Sherbert-Yoder*) fueron reinterpretados por el Tribunal Supremo⁵⁴. El caso *Yoder* quedaría incardinado en la categoría de “derechos híbridos” (al concurrir la objeción religiosa a la educación obligatoria con el derecho de los padres a dirigir la educación de sus hijos). “Es posible que el Gobierno no exija a los *Amish* que envíen a sus hijos a la escuela

⁵⁰ LINGO, B. J. y SCHIETZELT, M. G., “Fulton and the future of free exercise”, *Regent University Law Review*, vol. 33, 2020, p. 65.

⁵¹ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990), 494 U.S. 881.

⁵² Caso *Reynolds v. EEUU* (1878), 98 US 145: “Permitir esto sería hacer que las doctrinas profesas de creencias religiosas fueran superiores a la ley del país y, de hecho, permitir que cada ciudadano se convierta en una ley en sí mismo”.

⁵³ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990), 494 U.S. 884.

⁵⁴ Esta reinterpretación de los precedentes fue muy criticada tanto por los defensores como por los detractores de la doctrina *Smith*. LINGO, B. J. y SCHIETZELT, M. G., “Fulton and the future of free exercise”, o. cit., p. 66.

porque su religión exige lo contrario, y los padres *Amish*, como todos los padres, tienen derecho a dirigir la educación de sus hijos”. Por consiguiente, dado que en *Smith* no se estaba invocando un derecho híbrido, no se podía reclamar una exención religiosa a la prohibición del peyote en Oregon al amparo de la Primera Enmienda. Por su parte el caso *Sherbert* quedaría incluido en la segunda categoría, condicionando el reconocimiento de exenciones religiosas a la existencia de un sistema de reconocimiento de exenciones no religiosas. “Los editores religiosos están exentos de una Ley que les exige obtener una licencia sólo si puede quedar excepcionado de esa licencia cualquier otro editor que no sea religioso”. Por tanto, dado que en *Smith* la prohibición del peyote en Oregon era de carácter general y no contemplaba ningún tipo de excepción, no se podía reclamar una exención religiosa al amparo de la Primera Enmienda.

La Juez O’Connor (acompañado por Brennan, Marshall y Blackmun) formuló un Voto concurrente al no estar de acuerdo con el nuevo marco jurídico construido por la mayoría, y entender que habría resultado más adecuado resolver el caso aplicando la prueba tradicional sobre el interés o propósito estatal necesario, apremiante o primordial de la prohibición del peyote en Oregon. Con relación al mismo procede destacar tres afirmaciones. En primer lugar, señaló que ni las leyes neutrales de aplicabilidad general ni las prohibiciones penales generales constituyen un talismán, ya que las leyes pueden ser neutrales y a la vez pueden obligar a una persona a violar su conciencia religiosa, o pueden inmiscuirse en sus deberes religiosos con la misma eficacia que las leyes dirigidas contra la religión⁵⁵. En segundo lugar, destacó que la Primera Enmienda contiene un “mandato textual expreso” que prohíbe incluso las leyes neutrales y de aplicabilidad general cuando invaden la conducta religiosa, puesto que de no ser así la protección constitucional del libre ejercicio de la religión quedaría relegado al “nivel más elemental de escrutinio mínimo que ya proporciona la Cláusula de Protección Igualitaria”⁵⁶. Y en tercer lugar, recordó que los derechos de la Primera Enmienda no son absolutos ya que la Ley tolera cargas sobre el libre ejercicio de la religión que sirven a un interés gubernamental imperioso y se adaptan estrictamente para satisfacer ese interés. “La prueba del interés necesario, apremiante o primordial concreta el mandato de la Primera Enmienda: la libertad religiosa es una libertad independiente, que ocupa una posición preferente y la Corte no permitirá la usurpación de esta libertad, ya sea directa o

⁵⁵ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990), 494 U.S. 908.

⁵⁶ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990), 494 U.S. 908.

indirectamente, a menos que lo requieran intereses gubernamentales claros y convincentes del más alto nivel⁵⁷.

El cambio de criterio adoptado en *Smith* conllevó una reducción considerable de la protección de la libertad religiosa, que ya no se realizaría a través de la prueba del interés o propósito estatal necesario, apremiante o primordial sino aplicando exclusivamente el principio formal de igualdad y no discriminación, puesto que las normas consideradas como neutrales y de aplicabilidad general quedarían a partir de este momento excluidas del test de escrutinio estricto y sometidas a un examen de constitucionalidad mucho más laxo (denominado *rational basis*⁵⁸); y, si lo superasen, quedarían integradas en el ordenamiento con independencia de la carga o del gravamen que conllevaran para el ejercicio de la libertad religiosa.

A partir del caso *Smith*, la aplicación del escrutinio constitucional estricto bajo la Cláusula de Libre Ejercicio queda reservada a los casos en que las leyes no fuesen neutrales o no resulten de aplicabilidad general (es decir, en el caso de leyes que apunten contra una religión o contra la libertad religiosa de manera evidente). Sólo en estos supuestos concretos se exigirá al Estado o al Gobierno Federal que acredite respecto de la Ley sometida a examen de constitucionalidad: que persigue un propósito necesario, apremiante o primordial; que contempla la alternativa menos restrictiva para lograr ese propósito; y que no incurre en discriminación religiosa.

La doctrina *Smith* se aplicó varios años después en el caso *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah* (1993) relativo al sacrificio ritual de animales por parte de la santería en una ciudad al noreste de Miami, fallando en contra de la normativa local por no ser neutral ni de general aplicación. Desde entonces, los litigios sobre la Cláusula de Libre Ejercicio se han resuelto conforme a *Smith* examinando si la medida denunciada tenía o no un ánimo discriminatorio contra la religión, en cuyo caso se recurriría al test de escrutinio estricto en los términos de *Sherbert-Yoder*⁵⁹.

⁵⁷ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990), 494 U.S. 908.

⁵⁸ Señala YOUNG que aunque el Derecho estadounidense distingue varios estándares distintos en el análisis de constitucionalidad, entre todos ellos destacan dos: el control de la racionalidad de la medida (*rational basis test*), la norma será declarada constitucional si está estrechamente vinculada con un interés estatal legítimo; y el escrutinio estricto (*strict scrutiny test*), la norma será declarada constitucional sólo si está correctamente redactada para servir a un interés estatal imperioso. YOUNG, E., *The Supreme Court and the Constitutional Structure*, Foundation Press, Nueva York, 2012, pp. 25 a 30.

⁵⁹ En detalle RUBIO J. I., “¿Un mundo sin Smith? El minimalismo pragmático de la Corte Roberts ante la “cuestión *Smith*”. (*Fulton v. city of Philadelphia*, 2021)”, o. cit., pp. 16 y ss.

La interpretación realizada por el Tribunal Supremo en el caso *Smith* recibió una contestación académica⁶⁰ y social⁶¹ importante. Ante este rechazo multitudinario y transversal el Congreso, para demostrar su respeto y compromiso con la libertad religiosa de los ciudadanos estadounidenses, respondió en 1993 aprobando por amplísima mayoría la *Religious Freedom Restoration Act*⁶².

La Ley quiso recuperar la doctrina corregida por el Tribunal Supremo en la esfera federal y estatal. Se prohibió así que el Gobierno Federal y los Estados pudieran socavar la Cláusula de Libre Ejercicio mediante la aprobación de leyes neutrales o de aplicabilidad general salvo que demostrasen que lo hacían para proteger un interés imperioso y contemplando la fórmula menos restrictiva para lograr el propósito. Al promulgar la Ley, el Congreso pretendió codificar el *Sherbert-Yoder* test (escrutinio estricto). Sin embargo, el Tribunal Supremo en el caso *Ciudad de Boerne v. Flores* (1997) declaró inconstitucional y anuló la aplicación estatal de la Ley, al entender que el Congreso había invadido las competencias de los Estados omitiendo un pronunciamiento sobre su validez en el ámbito federal.

Años después, el Congreso aprobó la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (2000)⁶³ imponiendo el *Sherbert-Yoder* test en dos supuestos: prácticas de

⁶⁰ Al analizar el cambio de criterio TEBBE defiende que es más adecuado proteger el libre ejercicio a través del reconocimiento de exenciones a las leyes generales y no a través del principio de igualdad y no discriminación por dos motivos. En primer lugar, porque el Gobierno puede gravar fácilmente la conciencia de las minorías a través de leyes que no discriminan ni en apariencia, ni de forma deliberada - p. e. las normas penitenciarias impiden a los reclusos musulmanes dejarse crecer la barba [*Holt vs. Hobbs*, 574 US 352 (2015)]; el Gobierno ha construido carreteras sobre terrenos sagrados de los nativos americanos [*Lyng vs. Nw. Asociación Protectora del Cementerio Indio*, 485 US 439 (1988)]; a los judíos ortodoxos se les ha prohibido llevar kipá en el ejército [*Goldman vs. Weinberger*, 475 US 503 (1986)]; se ha ordenado a los padres *Amish* que envíen a sus niños a la escuela después de la edad en que la educación era compatible con la salvación [*Wisconsin vs. Yoder*, 406 US 205 (1972)]; y los nativos americanos han estado expuestos a responsabilidad penal por usar peyote en rituales sagrados [*Employment División v. Smith*, 494 US 872 (1990)]. Y, en segundo lugar, porque proteger el libre ejercicio a través de reglas de igualdad presenta un problema constitucional adicional: la protección de la libertad de conciencia dependería de la casualidad de que otro interés se hubiera regulado o no más favorablemente. TEBBE, N., "The principle and politics of liberty of conscience", o. cit., p. 277.

⁶¹ Desde la Asociación Nacional de Evangélicos en un extremo del espectro ideológico hasta la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles y los Estadounidenses Unidos por la Separación de la Iglesia y el Estado en el otro extremo, solicitaron al Congreso que revocara a *Smith* por Ley. LAYCOCK, D., "The Supreme Court's Assault on Free Exercise, and the Amicus Brief That Was Never Filed", *JL & Religion* núm. 99, 1990, p. 8.

⁶² La Ley se aprobó durante la primera legislatura de Bill Clinton, que al firmarla destacó la importancia que en aquel momento tenía la libertad religiosa para la sociedad estadounidense al afirmar: "Todos compartimos el deseo aquí de proteger quizás la más preciada de todas las libertades estadounidenses, la libertad religiosa". "Remarks on Signing the Religious Freedom Restoration Act of 1993", *Publication Paper*, 2000.

⁶³ Ley de Uso Religioso de la Tierra y Libertad de Culto para Personas Institucionalizadas (2000).

urbanismo y libre ejercicio de personas en situación de internamiento (establecimientos penitenciarios)⁶⁴.

3.2.- Contexto socio-político

Desde la aprobación por amplia mayoría bipartidista de la *Religious Freedom Restoration Act* (1993), como rechazo a la doctrina *Smith*, hasta los hechos que han dado lugar al caso *Fulton* (2020), ha transcurrido más de un cuarto de siglo. A lo largo de este período de tiempo la sociedad, la cultura y la política estadounidense han experimentado cambios profundos, que han afectado a la comprensión de los derechos individuales garantizados por la Constitución y, en especial, a la concepción de la libertad religiosa, que ha visto reducido el consenso sobre su valor cívico frente al apoyo mayoritario que reciben otros valores como la diversidad y el pluralismo⁶⁵.

En el proceso de secularización de la sociedad estadounidense⁶⁶ la libertad religiosa ha pasado de ser una de las libertades más apreciadas por los ciudadanos⁶⁷, a convertirse en un problema tóxico para muchos defensores de los derechos civiles⁶⁸. Algunos autores han considerado que el declive de este derecho tiene su origen en la doctrina *Smith*, al entender que convirtió la Cláusula de Libre Ejercicio en un derecho de segunda clase de la Primera Enmienda al remitir su protección al ámbito legislativo, trasladando el reconocimiento de las excepciones individualizadas por motivos religiosos de los tribunales al proceso político⁶⁹.

Ante esta realidad la protección de la libertad religiosa se convirtió en un tema partidista que se agravó a partir del año 2000 con el recrudecimiento de la denominada guerra cultural y la expansión de los derechos civiles, especialmente del colectivo LGTBI⁷⁰. La protección de la libertad religiosa que al tiempo de la aprobación de la Ley

⁶⁴ En detalle RUBIO J. I., "La nueva protección de la libertad religiosa en Estados Unidos: la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 22, 2006, pp. 461-506.

⁶⁵ LINGO, B. J. y SCHIETZELT, M. G., "Fulton and the future of free exercise", o. cit., p. 81.

⁶⁶ Cuando se decidió *Smith* la mitad de los estadounidenses de todas las religiones asistían a los servicios religiosos al menos una vez al mes, y un tercio asistía cada semana. En la actualidad, sin embargo, la cantidad de estadounidenses que asisten semanalmente a los servicios religiosos y la cantidad de estadounidenses que nunca asisten a los servicios religiosos es aproximadamente igual. EPSTEIN L. y POSNER E. A. *In U.S., Decline of Christianity Continues at Rapid Pace*, 2019. Disponible para consulta en <https://perma.cc/BN58-TM7B>. [Consultado el 28 de abril de 2022].

⁶⁷ Consultar nota 62.

⁶⁸ MELLING, L. (ACLU), "Why We Can No Longer Support the Federal Religious Freedom Law", *The Washington Post*, 25.06.2015.

⁶⁹ Por todos, LINGO, B. J. y SCHIETZELT, M. G., "Fulton and the future of free exercise", p. 82.

⁷⁰ La denominada Guerra cultural ha impactado con fuerza en el ejercicio de la libertad religiosa. Desde *Sherbert* a *Smith* el grueso de las solicitudes de exenciones por motivos religiosos

de Restauración de la Libertad Religiosa llegó a gozar de un apoyo casi universal, ha quedado reducida en la actualidad a los Estados republicanos, y los demócratas empiezan a dudar de que sea un valor cívico digno de ser preservado, y abogan por la supresión del reconocimiento de excepciones individualizadas por motivos religiosos frente a las leyes de igualdad y antidiscriminatorias⁷¹.

3.3.- Hechos destacados e *iter procesal*⁷²

El sistema de servicios sociales que da cobertura a los niños huérfanos en la Ciudad de Filadelfia (de ahora en adelante la Ciudad) se articula en torno a la cooperación de agencias privadas con la Ciudad. Al efecto la Ciudad suscribe anualmente acuerdos estandarizados con estas agencias para que realicen dos funciones: ubicar a los niños huérfanos en familias de acogida, y certificar que las potenciales familias de acogida cumplen los parámetros legales establecidos por la normativa estatal⁷³. Es, por tanto, un sistema mixto: la Ciudad asume la tutela de los menores en situación de desamparo, pero delega en las agencias las funciones de búsqueda de las familias de acogida, la certificación de su idoneidad, y la supervisión de todo el proceso⁷⁴.

Al igual que en Europa, la Iglesia Católica ha efectuado tareas de acogida y cuidado de menores sin hogar en Estados Unidos desde hace más de un siglo⁷⁵. *Catholic Social Services* (de ahora en adelante CSS) es una entidad religiosa que, conforme a la misión

correspondía a fieles de religiones minoritarias. Esta situación empezó a cambiar a partir de finales de los noventa y, en la actualidad, la práctica totalidad de exenciones religiosas son solicitadas por fieles de las religiones mayoritarias (especialmente musulmanes y pertenecientes a alguna forma de cristianismo). LINGO, B. J. y SCHIETZELT, M. G., "Fulton and the future of free exercise", p. 55.

⁷¹ LINGO, B. J. y SCHIETZELT, M. G., "Fulton and the future of free exercise", p. 55.

⁷² Una descripción detallada de los hechos y de los argumentos de las partes puede consultarse en RUBIO J. I., "¿Un mundo sin Smith? El minimalismo pragmático de la Corte Roberts ante la "cuestión Smith". (*Fulton v. city of Philadelphia*, 2021)", o. cit., pp. 3 y ss.

⁷³ La certificación a las familias (aprobación, desaprobación o aprobación provisional) requiere que las agencias cooperadoras realicen un estudio sobre el cumplimiento de los criterios legales que incluye la valoración de las relaciones familiares existentes, la habilidad de la familia para cuidar, educar y supervisar a los niños, y la habilidad de la familia para trabajar de forma conjunta con la agencia". 55 *Pa. Code*, seccs. 3700.64 y 3700.69 (2021).

⁷⁴ Cuando el Departamento desea ubicar a un niño con una familia, remite a las agencias contratistas una solicitud denominada "remisión". La agencia informa si alguna de las familias certificadas está disponible, y el Departamento ubica al niño con la familia que considere más adecuada. La agencia presta apoyo a la familia y supervisa todo el proceso.

⁷⁵ La Sentencia, en los antecedentes de hecho, reconoce la tarea social desarrollada en los siguientes términos: la Iglesia Católica durante más de dos siglos ha ofrecido cuidados a los menores necesitados de Filadelfia. En 1798 un cura de la ciudad creó una asociación para cuidar a los huérfanos cuyos padres habían fallecido a causa de la epidemia de fiebre amarilla (...). Durante el siglo XIX, las monjas acogieron a menores pobres y huérfanos (...). Cuando surgieron las críticas a los hospicios en la Era Progresista, la Iglesia creó la Oficina de Menores Católicos para ubicar a los menores en casas de acogida. El recurrente, CSS, continúa ejerciendo dicha tarea en la actualidad.

de la Iglesia Católica de servir a los niños necesitados, prestó estos servicios a la Ciudad durante más de cincuenta años. En consonancia con sus creencias y adscripción religiosa, CSS sostiene que el matrimonio es la unión sagrada entre un hombre y una mujer y, por consiguiente, no certifica como posibles familias de acogida ni a las uniones de hecho heterosexuales, ni a las parejas homosexuales. Para CSS actuar de este modo es un deber de conciencia por sus creencias religiosas, no un acto de discriminación negativa.

La Sentencia en la declaración de hechos probados reflejó los siguientes datos: que, al tiempo de entablarse la acción, ninguna pareja homosexual había solicitado ser certificada por CSS; que CSS nunca rechazó la tramitación de solicitudes a favor de menores homosexuales; que CSS nunca rehusó certificar a familias monoparentales constituidas por un homosexual; y que en la Ciudad existían otras agencias que certificaban, sin óbice alguno, parejas homosexuales. No obstante, en 2018, tras haberse publicado en un periódico una historia que recopilaba la posición de la Archidiócesis de Filadelfia sobre la adopción por parte de parejas homosexuales, la Ciudad inició una investigación que concluyó con la decisión de revisar los vínculos contractuales con CSS, y acordó condicionar la tramitación de acogimientos por parte de CSS a su aceptación de certificar a parejas homosexuales⁷⁶. Para justificar su decisión, la Ciudad invocó la Primera Enmienda alegando que la negativa por parte de CSS a certificar parejas homosexuales infringía, por una parte, la cláusula de no discriminación recogida en el contrato de cooperación firmado por las partes (sección 3.21)⁷⁷; y, por otra parte, los requisitos de no discriminación contenidos en la *Fair Practices Ordinance* (posteriormente incorporados al contrato a través de la sección 15.1)⁷⁸.

En este contexto, CSS y un grupo de madres (de familias por ella certificadas), ejercitaron una acción contra la Ciudad, argumentando que sus decisiones violaban las Cláusulas de Libre Ejercicio y de Libertad de Expresión de la Primera Enmienda, al imponer de forma coactiva un modo de desarrollar su actividad contrario a sus

⁷⁶ Dos cláusulas del contrato contenían una prohibición de discriminación por la orientación sexual de los padres de acogida: la sección 3.21 incluida en el contrato original; y la sección 15.1 incluida posteriormente para condicionar la renovación del contrato.

⁷⁷ La sección 3.21 del contrato, tal y como este fue firmado antes del litigio, limitaba las razones por las que la agencia podría negarse a prestar sus servicios estableciendo que la agencia no rechazaría a un niño o familia por la ubicación o residencia, su condición ambiental o social, o por cualquier otra razón, si los perfiles del niño o familia entraban en el ámbito de los servicios del proveedor, o en las normas aplicables al contrato de servicios, "salvo que el *Commissioner of the Department of Human Services* (CDHS), por medio de su responsable o de una persona designada por él, concediera una excepción, a su entera discrecionalidad".

⁷⁸ La *Philadelphia Fair Practices Ordinance* (FPO) relativa a la no discriminación por la orientación sexual de las personas en la prestación de servicios públicos fue aprobada en 1963 y modificada en 1982 para proteger a las personas de acciones contra ellas por su orientación sexual.

convicciones religiosas. Entendían que la política adoptada por la Ciudad gravaba de modo sustancial su ejercicio religioso al ponerla en la disyuntiva de tener que elegir entre dejar de prestar un servicio, restringiendo así su misión, o tener que aprobar relaciones incompatibles con sus creencias, dado que la certificación de parejas del mismo sexo equivaldría a una aprobación de estas, sin que pudiera decirse que el interés estatal fuera tan poderoso como se quería hacer ver, cuando la misma normativa era la que permitía exenciones de un modo totalmente discrecional.

La Ciudad centró su defensa en la neutralidad, la aplicabilidad general, y el carácter imperativo para CSS de las disposiciones contractuales y regulatorias. Entendiendo que las creencias religiosas de CSS no se habían visto afectadas por una norma que solo obligaba a las agencias, que se ofrecieran voluntariamente a realizar una función gubernamental delegada, a que lo hicieran según una política municipal razonable, que respondía a un interés tan poderoso como era la igualdad de trato a todos los padres de acogida y a los niños.

El Juzgado Federal de Distrito amparó los argumentos defendidos por la Ciudad, y entendió que tanto el contrato tipo como la regulación estatal eran normas neutrales y de aplicabilidad general conforme a la doctrina *Smith*, por tanto, de obligado cumplimiento para CSS. Durante la tramitación del procedimiento en primera instancia, el contrato entre la Ciudad y las agencias (entre ellas CSS) expiró, y la Ciudad impuso un nuevo clausulado tipo que prohibía a las agencias contratistas discriminar a las parejas homosexuales⁷⁹. Ante esta circunstancia, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito ratificó la decisión recaída en primera instancia limitándose a considerar si la Ciudad podía insistir en la inclusión de un nuevo texto en el contrato que prohibiera la discriminación por motivos de orientación sexual como condición para renovarlo. Para este Circuito, el nuevo texto y la ordenanza local sobre discriminación eran neutrales y de aplicación general, sin haber sido adoptados en contra de la Religión católica y sin que se hubiera probado que el Gobierno ocultara, bajo capa de neutralidad o general aplicabilidad, lo que en realidad era un ataque a la religión (todo ello según el caso *Smith*). Al ver rechazadas todas sus pretensiones, CSS y las madres interpusieron recurso ante el Tribunal Supremo.

⁷⁹ La sección 15.1 del contrato de servicios, incluida para condicionar la renovación del contrato, prohibía de manera expresa la discriminación en la certificación de los futuros padres o tutores por motivos de orientación sexual, sin admitir exenciones; al incorporar una serie de ordenanzas locales entre las que figuraba una relativa a la no discriminación por la orientación sexual de las personas en la prestación de servicios públicos (la *Philadelphia Fair Practices Ordinance* (FPO)).

3.4.- Planteamiento de la cuestión por la parte recurrente: interpelación directa sobre la necesidad de revisar la doctrina *Smith*

El recurso fue planteado en términos muy sencillos: exclusión de una agencia religiosa del sistema municipal de prestación de servicios de acogida, salvo que accediese a actuar y a manifestarse de forma incompatible con sus creencias religiosas sobre el matrimonio. La cuestión planteada había sido amparada e interpretada favorablemente por los tribunales inferiores conforme a la doctrina *Smith*. Ante esta circunstancia CSS y las madres solicitaron un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre tres cuestiones.

En primer lugar preguntaron si aplicando la doctrina *Smith*, la estimación del recurso conllevaba la carga para los recurrentes de acreditar que el Gobierno les discriminaba, por permitir a quienes tuvieran opiniones religiosas distintas lo mismo que les negaba a ellos (posición defendida por los Circuitos tercero y noveno); o si era suficiente con solicitar al Tribunal que evaluase si las medidas adoptadas por la Ciudad eran neutrales y de general aplicación, a través de pruebas como la historia de la medida o la existencia en ella de exenciones no religiosas (posición defendida por los Circuitos segundo, sexto, séptimo, octavo, décimo y undécimo).

En segundo lugar interpelaron al Tribunal sobre la necesidad de anular la doctrina fijada por *Smith* sobre la neutralidad formal, y regresar al escrutinio estricto conforme a *Sherbert-Yoder*.

Y, en tercer lugar, plantearon si se había producido una vulneración de la Primera Enmienda por parte de la Ciudad, al condicionar la capacidad de una agencia religiosa de participar en el sistema local de acogida de menores a la realización de acciones y declaraciones abiertamente contrarias a sus creencias religiosas.

Dos de las cuestiones planteadas (la primera y la tercera) se circunscribían claramente a la resolución del caso concreto: determinar qué es neutral y qué es de aplicabilidad general para los propósitos del examen constitucional impuesto por *Smith* en relación a la Cláusula de Libre Ejercicio; pero una de ellas (la segunda) presentaba mayor calado al plantear la revisión de toda una doctrina jurisprudencial que había reducido el alcance de la libertad religiosa, admitiendo un análisis de constitucionalidad mucho más laxo⁸⁰.

⁸⁰ RICARDI, M. S., "Fulton v. City of Philadelphia: Otro nuevo capítulo en el ejercicio de la libertad religiosa", *Prudentia Iuris*, núm. 92, 2021, p. 254.

3.5.- Posición del Tribunal Supremo: prevalencia del caso particular sobre la cuestión general de fondo

La resolución del caso *Fulton* fue una de las decisiones más esperadas del Tribunal Supremo en el último año judicial. El ponente (Roberts) logró que el caso se resolviese por unanimidad a favor de la recurrente sin anular la doctrina *Smith*⁸¹. Los nueve Jueces concluyeron que la negativa de la Ciudad a contratar la prestación de servicios de acogida con CSS, salvo que aceptara certificar parejas del mismo sexo como familias de acogida, violaba la Cláusula de Libre Ejercicio de la Primera Enmienda. No obstante, no se alcanzó un acuerdo para revisar la doctrina *Smith* de forma inmediata⁸².

Para poder resolver el caso aplicando el régimen de escrutinio estricto, el Tribunal recurrió a la propia doctrina *Smith* recorriendo los siguientes *pasos*.

En primer lugar, analizó si la normativa y la medida aplicable constituían una *carga sobre el libre ejercicio de la religión*. En este punto el Tribunal concluyó que la Ciudad había restringido de forma injustificada el libre ejercicio religioso de CSS, al imponerle la obligación de elegir entre abandonar una misión pastoral que llevaba ejerciendo desde hacía más de cincuenta años, o continuar su ejercicio a costa de adoptar unos criterios totalmente contrarios a su convicción religiosa.

En segundo lugar, separó la cuestión de la *neutralidad de la normativa y de la medida adoptada, de su aplicabilidad general*; abordando ambas cuestiones de forma independiente.

Sobre la *neutralidad* se remitió al caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* (2018), recordando que el Gobierno no era neutral si actuaba con intolerancia hacia las creencias religiosas o restringía prácticas u opiniones por su carácter religioso.

Sobre la *aplicabilidad general* concluyó, como aspecto nuclear de toda la argumentación, que la exigencia de la Ciudad de no discriminación (secciones 3.21 y 15.1 del contrato) no resultaba de aplicabilidad general porque contemplaba el reconocimiento de excepciones de forma discrecional.

⁸¹ Como destaca RUBIO "(...) Que los tres jueces liberales, más próximos al estricto escrutinio de *Sherbert* que a la neutralidad formal de *Scalia* en *Smith*, se unieran a la sentencia redactada por el *Chief Justice Roberts* tal vez se debiera a su interés de evitar un cambio mayor en el campo de la libertad religiosa y eludir males mayores en tiempos convulsos". RUBIO J. I., "¿Un mundo sin *Smith*? El minimalismo pragmático de la Corte Roberts ante la "cuestión *Smith*". (*Fulton v. city of Philadelphia*, 2021)", o. cit. p. 13.

⁸² En la discusión sobre la necesidad de revisar *Smith*, el Tribunal Supremo se dividió seis a tres sobre la necesidad de su inmediata derogación: *Amy Coney Barrett*, que formuló un voto concurrente al que se sumaron *Brett Kavanaugh* y, en parte, *Stephen Breyer*, se mostró partidaria de sustituir *Smith* en un futuro por otro sistema; y *Samuel Alito* en su voto concurrente, apoyado por *Clarence Thomas* y *Neil Gorsuch*, sostuvo que se tenía que haber procedido de forma inmediata a su derogación.

La *sección 15.1 del contrato de servicios*, introducida para condicionar la renovación del contrato con las agencias, prohibía de manera expresa la discriminación en la certificación de los futuros padres o tutores por motivos de orientación sexual, sin admitir exenciones; al incorporar la FPO, que prohíbe “denegar o interferir con las acomodaciones públicas de un individuo o discriminar de otra forma en razón de su raza, etnia, color, género, orientación sexual, (...), discapacidad, estado civil, estado familiar, dentro de muchas otras categorías protegidas”⁸³. Para defender la necesidad y validez de esta cláusula, la Ciudad argumentó que las agencias que tienen suscritos acuerdos de colaboración en el ámbito del acogimiento de menores prestan servicios al público general (*public acomodation*⁸⁴) y que, por tanto, no pueden discriminar a las potenciales familias de acogida por su orientación sexual al estar sujetas a la prohibición sobre discriminación que impone la ordenanza municipal (FPO). El Tribunal Supremo determinó que la posición defendida por la Ciudad carecía de fundamento, puesto que las agencias colaboradoras en el programa de acogimiento de menores no prestaban un servicio al público en general durante el proceso de certificar a las potenciales familias de acogida. El Tribunal explicó que, como característica común, los servicios que se prestan al público deben proveer un beneficio al público en general, para que los individuos puedan utilizarlo si así lo desean. No obstante, las certificaciones que las agencias realizan respecto de las familias no se encuentran accesibles con inmediatez para el público, sino que implican una evaluación selectiva y personalizada “que se parece muy poco a ser huésped en un hotel, comer en un restaurante o coger un autobús”. La realización del proceso de certificación exige a las agencias realizar un estudio intensivo de los solicitantes en una serie de niveles que no son equiparables con las actividades mencionadas. Por este motivo el Tribunal estableció que el carácter excepcionalmente selectivo del proceso de certificación incide en la aplicabilidad de la regulación (FPO), y excluye a los servicios que prestan las agencias de la categoría de prestadoras de bienes y servicios al público general (*public acomodation*). Por ello la FPO no es de aplicabilidad general y, por tanto, no resulta de aplicación a CSS.

La *sección 3.21 del contrato*, limitaba las razones por las que la agencia podría negarse a prestar sus servicios estableciendo que la agencia no rechazaría a un niño o familia por la ubicación o residencia, su condición ambiental o social, o por cualquier otra

⁸³ *Philadelphia Code* §9-1106 (2016).

⁸⁴ Como destaca RICARDI, el término “*public acomodation*” se refiere, en general, a un lugar que ofrece bienes y servicios al público en general. Existen leyes federales y estatales que prohíben la discriminación respecto de determinados grupos en lugares que se enrolean en esa categoría. A través de la *Civil Rights Act* (1964), “el gobierno federal prohíbe la discriminación por motivos religiosos en establecimientos encuadrados en la categoría de “*public acomodation*”. RICARDI, M. S., “*Fulton v. City of Philadelphia: Otro nuevo capítulo en el ejercicio de la libertad religiosa*”, o. cit., p. 259, nota 19.

razón, si los perfiles del niño o familia entraban en la esfera de los servicios del proveedor, o en las normas aplicables al contrato de servicios, “salvo que el *Commissioner of the Department of Human Services* (CDHS), por medio de su responsable o de una persona designada por él, concediera una excepción, a su entera discreción”. En la exposición de su argumentación la Ciudad había esgrimido que las prácticas de CSS infringían la cláusula de no discriminación que contemplaba su contrato estándar para la prestación de servicios de acogimiento, que impone a las agencias el deber de proveer “servicios” a futuras familias de acogida sin considerar su orientación sexual. Asimismo había alegado que aunque se contemplaba un sistema de exenciones individuales, disponibles a la “sola discrecionalidad” del Comisionado (CDHS), éste nunca se había aplicado para exonerar del cumplimiento de este deber de no discriminación a las agencias. El Tribunal Supremo descartó el argumento invocado y destacó que la inclusión de un sistema formal para la concesión de exenciones enteramente discrecional, remueve la aplicabilidad general de una norma (sin importar si se han otorgado exenciones o no), pues invita al Estado a qué decida cuáles son las razones suficientemente válidas para no cumplir el deber y ameritar la solicitud. En este punto se enfatizó que la discrecionalidad en la concesión de exenciones sería “caldo de cultivo para la discriminación religiosa” puesto que podría redundar en la prohibición de una conducta religiosa pero permitir, al mismo tiempo, una conducta secular que socavase los intereses del Estado de una manera similar. Por ello no es de aplicabilidad general y, por tanto, no resulta de aplicación a CSS.

Acreditadas la carga sustancial sobre el libre ejercicio y la discriminación de la medida adoptada por falta de aplicabilidad general, quedó justificada la resolución del caso *Fulton* bajo el test del escrutinio estricto; lo que se hizo en tercer y último lugar.

Al aplicar el régimen del *escrutinio estricto* el Tribunal, remitiéndose a *Gonzales v. O Centro Espirita*, (2006), sometió a análisis los intereses necesarios y apremiantes invocados por la Ciudad para denegar la exención: maximizar el número de familias de acogida; protegerse frente a posibles acciones judiciales contra ella por discriminación; y garantizar la igualdad de trato, tanto de las futuras familias de acogida, como de los menores. Y concluyó que la Ciudad no había ofrecido ninguna razón convincente para justificar su negativa a la excepción solicitada por CSS cuando su sistema contemplaba exenciones a disposición de otros. Al hacer este razonamiento el Tribunal declaró que las leyes de derechos civiles no pueden esgrimirse siempre y de forma automática como un interés gubernamental tan apremiante que justifique la denegación de una excepción religiosa cuando el sistema prevé la posibilidad de otorgar esas exenciones a otros⁸⁵. En

⁸⁵ Esta afirmación se ha considerado un avance importante en la protección del ejercicio de la libertad religiosa al entender que flexibiliza la doctrina *Smith* al considerar que “la posibilidad

esta línea el Tribunal enfatizó que lo que estaba en discusión no era si la Ciudad tenía un interés apremiante en su política de no discriminación hacia las parejas homosexuales, sino si la Ciudad tenía un interés apremiante en negar una exención de libre ejercicio a CSS por su condición de agencia católica⁸⁶.

A diferencia de los tribunales inferiores, el Tribunal concluyó que ninguno de los intereses apremiantes invocados por la Ciudad justificaba la restricción de los derechos de libre ejercicio a CSS, que “lo único que solicitaba era una acomodación para poder seguir atendiendo a los menores de Filadelfia de una manera coherente con sus creencias religiosas”⁸⁷.

La decisión adoptada por la Ciudad no superó el examen constitucional del escrutinio estricto y el Tribunal Supremo consideró que contravenía la Primera Enmienda al constituir una violación de la Cláusula de Libre Ejercicio. Por esta razón, el Tribunal ya no vio necesario entrar a conocer el asunto de la libertad de expresión de CSS. Como destaca RUBIO, citando a Alito, “*Fulton* recuerda que la Primera Enmienda protege las libertades de cualquier amenaza de pensamiento único puesto que, si bien es cierto que las creencias, las prácticas o conductas religiosas, o la expresión de las ideas, pueden encontrar rechazo en quienes no las comparten, no lo es menos que la sociedad abierta y plural las protege, siempre que no sobrepasen los límites necesarios del respeto al orden público, la seguridad y la paz social”⁸⁸.

3.6.- Votos particulares sobre la decisión de no revisar la doctrina *Smith*

Sobre la cuestión general planteada, seis de los nueve Jueces consideraron que no era el momento de anular la doctrina fijada por *Smith* para regresar al escrutinio estricto, aunque cinco manifestaron abiertamente que lo consideraban un mal precedente. Pese

teórica de una excepción habilita un examen de escrutinio estricto”. Por tanto “(...) si la mera posibilidad de una excepción implica que el Estado no posee un interés imperioso en aplicar su norma a ningún litigante en particular, es difícil pensar que un litigante religioso vuelva a perder un caso”. MOVSESIAN, M. “A Narrow Victory for Religious Liberty”, *First Things*, 23.06.2021. Disponible para consulta en <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/06/a-narrow-victory-for-religious-liberty>. [Consultado el 18 de octubre de 2021].

⁸⁶ En su argumentación la Ciudad había reiterado que no tenía ninguna intención de conceder una excepción a CSS, por lo que el Tribunal Supremo señaló que no resulta posible rechazar el otorgamiento de esa excepción a casos de “conflictos religiosos” (*religious hardship*) sin la existencia de razones imperiosas.

⁸⁷ Los intereses reivindicados por la Ciudad resultaron insuficientes para demostrar cómo el reconocimiento de una excepción a favor de CSS los pondría en riesgo pues, la inclusión de CSS en el programa sólo redundaría en un incremento de las potenciales familias de acogida y la excepción requerida por CSS solo perseguía una acomodación que le permitiera continuar con su vocación de servicio hacia los niños de Filadelfia conforme a sus creencias religiosas, y sin buscar ni pretender la imposición de sus creencias a terceros.

⁸⁸ RUBIO J. I., “¿Un mundo sin *Smith*? El minimalismo pragmático de la Corte *Roberts* ante la “cuestión *Smith*”. (*Fulton v. City of Philadelphia*, 2021)”, o. cit. p. 40, nota 106.

al fallo, algunos autores consideran factible que a corto plazo se revise la regla principal del libre ejercicio, puesto que en este aspecto no se observa una polarización excesiva en líneas partidistas⁸⁹.

Los tres Votos particulares (de los jueces Barrett, Alito y Gorsuch) pivotaron en torno a la posición adoptada por la mayoría de no revisar la doctrina *Smith*. A mayores, Alito y Gorsuch, pese a su conformidad con la resolución del caso concreto, manifestaron su disconformidad con el camino empleado para lograr el resultado correcto, y censuraron la resolución por no haber derogado “el mal precedente de la doctrina *Smith* y perpetuarlo”.

Amy Coney Barrett formuló un parecer al que se adhirieron Kavanaugh y, en parte, Breyer, planteando sus dudas sobre la necesidad de revocar la doctrina *Smith* de forma inmediata⁹⁰. En primer lugar, apeló a sus propias inquietudes sobre la interpretación que habrían hecho los Padres fundadores explicando que, en su opinión, “los registros históricos son más silenciosos que alentadores con relación a si la generación de los Padres fundadores entendió que la Primera Enmienda requería exenciones religiosas a leyes de aplicación general en, al menos, algunas circunstancias”. En este sentido expuso que, a su juicio, los argumentos para defender la exigencia constitucional de exenciones por libre ejercicio no son sólidos. En segundo lugar, defendió que los principales argumentos contra *Smith* radican en la dificultad de entender que se limite la protección del libre ejercicio religioso sólo a los casos de discriminación. Y, en último lugar manifestó sus dudas sobre qué debería reemplazar a “Smith” si se acordaba su derogación, y cuáles serían las consecuencias.

Barrett planteó sus reservas sobre la constitucionalidad de *Smith*, que establece que las leyes neutrales y de aplicabilidad general no están incursas en presunción de invalidez por el mero hecho de imponer una carga o gravamen al libre ejercicio de la religión. Pero también albergó serias dudas sobre su principal alternativa: el retorno a *Sherbert-Yoder*, que establece que las leyes que gravan sustancialmente el libre ejercicio de la religión no pueden ser aplicadas, salvo que se demuestre que persiguen garantizar un interés estatal apremiante.

Barret y Kavanaugh compartieron que, aunque la doctrina *Smith* fuese errónea, ello no suponía que hubiese que derogarla de forma inmediata para restablecer de modo categórico el escrutinio estricto, puesto que en otras libertades (expresión y asociación)

⁸⁹ Destaca TEBBE que las condiciones políticas para una revisión doctrinal son sorprendentemente favorables, a pesar de la polarización que de otro modo divide a los jueces, los legisladores y el país. Puesto que ni los jueces más liberales han rechazado de plano la idea de repensar *Smith* (que siempre se ha considerado una decisión principalmente conservadora) ni entre los académicos las posiciones están especialmente encontradas en líneas partidistas. TEBBE, N., “The principle and politics of liberty of conscience”, o. cit., p. 269.

⁹⁰ Caso *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania, et al.* 593 U. S. 1882 (2021).

el Tribunal lo había eludido ofreciendo una respuesta más matizada. Además, la anulación de *Smith* generaría incertidumbres, entre ellas, la diferencia entre restricciones directas o indirectas al libre ejercicio, y la naturaleza apremiante o sustancial del interés gubernamental. Breyer no compartió que la doctrina *Smith* fuese errónea, pero mostró su conformidad con los argumentos expuestos por Barret para no derogarla.

Barret concluyó su parecer con una referencia a *Fulton* destacando que al final se había acabado aplicando el escrutinio estricto al caso sin que fuese relevante que *Smith* continuase vigente o no, “porque a lo que se apelaba era a un principio anterior y posterior a *Smith* como era el de las exenciones individualizadas, razón por la que no veía la necesidad de anular esa decisión y menos aún sabía por cuál sustituirla”.

Samuel Alito, centró su parecer en explicar por qué la doctrina *Smith* había sido un error y por qué debería haber sido corregida por el Tribunal de forma inmediata⁹¹. El extenso Voto particular (70 pp.) se articuló principalmente en torno a dos cuestiones: el impacto negativo de *Smith* en la interpretación de la Cláusula de Libre Ejercicio; y los motivos que justificarían su inmediata derogación.

Inició su exposición destacando la importancia de realizar una interpretación correcta de la Cláusula de Libre Ejercicio, y señaló que en *Smith* se había realizado una lectura difícil de entender e inconsistente con la interpretación (constitucional y legal en general) propuesta por el propio Scalia, autor de la opinión mayoritaria. Defiende Alito que la interpretación de la Cláusula de Libre Ejercicio realizada en *Smith* se aparta sin justificación suficiente de décadas de precedentes establecidos, y no se corresponde ni con el significado ordinario del texto de la cláusula, ni con la comprensión predominante del alcance del derecho al libre ejercicio en el momento de la adopción de la Primera Enmienda. Entiende, asimismo, que la doctrina *Smith* no ha madurado bien, puesto que, en contra de lo que muchos esperaban inicialmente, no ha proporcionado una norma clara que sea fácil de aplicar y, además, su interpretación ha quedado socavada por estudios posteriores sobre el significado original de la Cláusula de Libre Ejercicio.

A continuación, se ocupó de la tarea que a su juicio debería haber realizado el Tribunal: ofrecer la “interpretación correcta” de la Cláusula de Libre Ejercicio. En opinión de Alito, conforme al sentido normal y ordinario de las palabras que integran la redacción dada a la Cláusula de Libre Ejercicio, “prohibir” y “libre ejercicio religioso” significaban en 1789-1791 lo mismo que en la actualidad: prohibir es “impedir u obstaculizar”; libre es “sin restricciones”, y ejercicio es “acción o práctica externa en su acepción amplia”. Por tanto, prohibir el libre ejercicio religioso, conforme al sentido original del texto, suponía tanto ayer como hoy “prohibir o dificultar las prácticas religiosas o el culto”. Y eso nada

⁹¹ Caso *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania, et al.* 593 U. S. 1887 (2021).

tenía que ver con la neutralidad de las leyes, su aplicabilidad general o la discriminación religiosa, que es como se entendió la Cláusula de Libre Ejercicio a partir de *Smith*. Para reforzar su argumentación reiteró que, al tiempo de la adopción de la Cláusula de Libre Ejercicio, esta no se entendió como un medio para evitar la discriminación, garantizando así la igualdad de trato por medio de leyes neutrales y de general aplicación, sino que amparó que tanto en las Colonias como en los Estados se reconociesen exenciones religiosas frente a leyes generalmente aplicables con independencia de la importancia de los intereses del Gobierno. A juicio de Alito las exenciones de libre ejercicio no pueden interpretarse como concesiones permitidas por el texto de la Primera Enmienda, sino como contenido del derecho reconocido en el texto, puesto que esta libertad debe entenderse como un derecho fundamental e inalienable, merecedor de la más alta protección, sin más límites que los de la paz pública y la seguridad. En síntesis, a diferencia de lo establecido en *Smith* (reconocimiento de exenciones sólo para normas que no sean neutrales y de aplicabilidad general), Alito defiende que la garantía constitucional de libre ejercicio conlleva que todos puedan ejercer libremente su religión sin ser impedidos, gozando por tanto de inmunidad, y quedando exentos de normas o medidas que prohíban sus conductas religiosas, salvo que estas pongan en peligro la paz o la seguridad.

Tras argumentar por qué a su juicio *Smith* se aparta de la interpretación “normal y habitual” del texto de la Primera Enmienda, Alito analiza los aspectos preponderantes que deben observarse con carácter previo a la derogación de un precedente erróneo (fundamento y consistencia con decisiones anteriores, aplicabilidad de la regla establecida, y desarrollo de la decisión en el tiempo) alcanzando las siguientes conclusiones.

Smith no encuentra apoyo ni fundamento para la defensa de su posición ni en el texto de la Primera Enmienda, ni en ninguno de los precedentes anteriores a *Sherbert*, puesto que lo que hace es supeditar el libre ejercicio religioso al terreno de las mayorías y de la política (tesis de las leyes neutrales y de aplicabilidad general), apartándose del espíritu del *Bill of Rights* que pretendía justamente lo contrario: detraer de la confrontación política y de las mayorías inestables a determinados sujetos y libertades fundamentales (entre ellas la religiosa) ofreciéndoles el amparo seguro de los tribunales. Para Alito, *Smith* considera que a diferencia de otros derechos favorecidos “la nación no puede permitirse el lujo de otorgar protección judicial al libre ejercicio religioso frente a las leyes de aplicación general”.

La regla fijada por *Smith* dificultó el trabajo de los tribunales. En primer lugar, porque no aclaró cómo precisar la neutralidad de las normas que señalan o se refieren al libre ejercicio: considerando sólo los aspectos objetivos (cuando la norma apunta al ejercicio

religioso o cuando su objeto es la restricción de ese ejercicio) o extendiéndolo también al ámbito subjetivo (motivación del autor). En segundo lugar, porque generó confusión acerca de la naturaleza y alcance de las exenciones que deben reconocerse en los supuestos de leyes de aplicabilidad general (concesión de exenciones religiosas de libre ejercicio sólo si la norma prevé múltiples exenciones seculares; concesión de exenciones religiosas de libre ejercicio aunque la norma sólo contemple una única excepción secular; o concesión de exenciones religiosas de libre ejercicio frente a leyes que, sin contemplar exenciones, no se aplican a conductas seculares). Y, en tercer lugar, porque no resolvió la dificultad inherente a la cuestión de la igualdad de trato entre conductas seculares y religiosas (no siempre resulta sencillo identificar la conducta secular comparable a la religiosa para examinar posteriormente si las razones esgrimidas por el Estado para regular la conducta religiosa se aplican del mismo modo y con la misma fuerza a las conductas seculares comparables).

Por todo ello afirmó que el error cometido por el Tribunal Supremo (en *Smith*) debería haber sido corregido, para evitar que el mal que provoca se perpetúe en el tiempo; y propuso que *Smith* sea reemplazado por el estándar previo: una ley que implique una carga sustancial (*substantial burden*) al ejercicio religioso solo debería sobrevivir si se ajusta limitadamente a cumplir un interés estatal imperioso (*narrowly tailored to serve a compelling government interest*).

La última reflexión que Alito incluye al final de su Voto está relacionada con el caso concreto: lo que representa la expresión por parte de CSS de su entendimiento sobre el matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Al respecto Alito manifiesta su disconformidad sobre el modo empleado por el Tribunal para alcanzar una solución justa (que el comparte) y considera que toda la problemática del caso *Fulton* gira justamente en torno a la expresión de una idea: el matrimonio consiste en la unión de un hombre con una mujer y las parejas del mismo sexo no deberían ser padres de acogida. Y concluye que, aunque la idea puede no ser compartida por algunas personas, en una sociedad pluralista no corresponde suprimir derechos contenidos en la Primera Enmienda solo porque algunos la encuentren ofensiva.

Neil Gorsuch formuló un parecer muy crítico con *Smith* y con la resolución de *Fulton*⁹², al que se adhirieron *Thomas* y *Alito*.

Con argumentos similares a los expuestos por *Alito* defendió que *Smith* era un precedente erróneo y que debería haber sido derogado, considerando por tanto a *Fulton* como una oportunidad perdida. No obstante, pese a promover su derogación, reconoce dos cuestiones: en primer lugar, que (esa derogación) “puede complicar las cosas al

⁹² Caso *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania, et al.* 593 U. S. 1931 (2021).

inicio mientras se asienten los nuevos principios” y, en segundo lugar, que (esa derogación) “no tiene que suponer necesariamente una vuelta sin más a la situación anterior a *Smith*, siendo un buen momento para replantearse la protección de la primera de las libertades sin ese mal precedente”.

Entrando en la resolución del caso concreto, *Gorsuch* calificó de enrevesado el razonamiento utilizado por el Tribunal para fallar a favor de la parte recurrente demostrando que la norma cuestionada no era de aplicabilidad general (en contra de los tribunales inferiores).

Así denunció que la opinión de la mayoría no había explicado suficientemente por qué había ignorado la definición que la FPO recogía sobre la provisión de servicios que constituyen “*public acomodation*” y, en cambio, sí había considerado otra Ley de *Pennsylvania* que enumeraba varios ejemplos de establecimientos que proveen servicios incluidos en esa categoría (hoteles, restaurantes y piscinas). Argumentó, asimismo, que la distinción establecida por el Tribunal entre las agencias colaboradoras en los programas de acogimiento y los establecimientos citados en la Ley de *Pennsylvania*, al objeto de determinar si los servicios que prestaban constituían o no “*public acomodation*”, basada en el requerimiento de un proceso de evaluación personalizado y selectivo, no había sido legal; puesto que este criterio diferenciador no está contemplado en el texto de la Ley, ni en la Jurisprudencia del Estado, ni en las alegaciones de las partes. A mayores, defendió que esta posición de la mayoría era equivocada puesto que la Ley si incluye los servicios que prestan las universidades en la consideración de “*public acomodation*”, y éstas también realizan procesos de evaluación personalizada y selectiva, tanto para elegir a sus estudiantes como a sus profesores. Por tanto, si las universidades son consideradas prestadoras de servicios al público en general en la Ley estatal, no queda claro por qué para el Tribunal las agencias colaboradoras no podrían catalogarse de igual manera.

Sobre las disposiciones contractuales mostró su disconformidad con la opinión mayoritaria sobre la interpretación de las exenciones puesto que, aunque la sección 3.21 contempla exenciones, lo hace sólo para una parte concreta del proceso: las derivaciones. Y el caso que plantea CSS corresponde a una instancia previa y diferente del proceso: la certificación y el reclutamiento. Etapas, ambas, para las que la prohibición de la sección 15.1 es absoluta. En este punto *Gorsuch* criticó duramente el uso del principio según el cual, en ese Estado, se deben interpretar las distintas cláusulas de un contrato sin que una de ellas anule otra, ignorando la norma interpretativa habitual que indica que una disposición especial puede convivir cómodamente con otra más general. En virtud de ello, el Tribunal reescribió la sección 15.1, que pasó a tener su propia excepción discrecional paralela.

Finaliza su Voto Gorsuch manifestando que el Tribunal estaba “tan ansioso de no decir nada sobre el futuro de *Smith*, que estaba dispuesto a decir prácticamente cualquier cosa tanto sobre la normativa municipal como sobre las argumentaciones de las partes”.

IV.- SÍNTESIS CONCLUSIVA Y CONSIDERACIÓN FINAL

En la era de los derechos civiles, el libre ejercicio de las minorías religiosas fue protegido a través del escrutinio estricto que se trazó en *Sherbert* (1963). A partir de este momento, la restricción del libre ejercicio religioso se aceptaría, sólo, por la necesidad de satisfacer un interés estatal o gubernamental imperioso que no se pudiese alcanzar de un modo menos lesivo. En ausencia de tal demostración, se concedería a la persona afectada una exención. La concesión de estas exenciones fue aplaudida por los liberales (Brennan), y vista con preocupación por los conservadores (Scalia) por dos motivos: el riesgo de anarquía si se continuaba aplicando la prueba del interés estatal apremiante, que aumentaría en proporción directa a la diversidad de creencias religiosas de la sociedad⁹³; y las dudas que suscitaba la conformidad de esta interpretación de la Primera Enmienda con la opinión de los Padres Fundadores⁹⁴.

En 1990, por mayoría del Tribunal, se introdujo un cambio de criterio en la interpretación de la Cláusula de Libre Ejercicio, y se estableció que el escrutinio estricto sólo resultaría de aplicación ante una medida o acción que fuese constitutiva de discriminación religiosa, es decir, que no fuese neutral ni de aplicabilidad general. Esta decisión conllevó una reducción de la protección de la libertad religiosa, y su aplicación generó una importante confusión en los tribunales inferiores, al no haberse fijado con claridad ni cómo precisar la neutralidad de las normas que inciden en el libre ejercicio, ni cómo determinar la naturaleza y alcance de las exenciones que deben reconocerse cuando se descarta su aplicabilidad general. La doctrina *Smith* fue muy contestada por la sociedad y generó un debate político y jurídico de calado que se ha prolongado durante décadas.

La expansión de determinados derechos civiles introdujo el binomio libertad v. igualdad, repercutió en el debate entablado tras *Smith* y propició un cambio en la

⁹³ En *Smith*, Scalia había destacado su preocupación sobre el “un riesgo de anarquía” que podrían conllevar las exenciones religiosas defendiendo “que había que evitar que cada cual se convirtiera en norma para sí mismo”.

⁹⁴ Scalia, al igual que Barrett, son seguidores de la corriente hermenéutica denominada originalismo, que interpreta la Constitución conforme a su sentido original y fidelidad a los Padres Fundadores. Sobre el originalismo puede consultarse LAISE, L. D., “La interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 18, 2017, pp. 245-292.

posición política: los liberales empezaron a ser reacios a conceder exenciones a grupos religiosos que mostraban su oposición a determinadas reivindicaciones que fueron encontrando reconocimiento o acomodo normativo (p. e. aborto, eutanasia, matrimonio homosexual, identidad de género, etc.); y demandaron una aplicación rígida de la regla negativa establecida por *Smith*: la Cláusula de Libre Ejercicio no exigía exenciones ante leyes neutrales y de aplicabilidad general que afectasen al libre ejercicio religioso. En este contexto de pugna entre la Cláusula de Libre Ejercicio y las leyes antidiscriminatorias (de igualdad LGTBI) es en el que se sitúa el caso *Fulton*.

Fulton irrumpió con fuerza en el debate público generando importantes expectativas: los partidarios del reconocimiento de las exenciones religiosas consideraron que el Tribunal Supremo aprovecharía la ocasión para derogar la doctrina *Smith* restaurando el escrutinio estricto fijado en *Sherbert-Yoder*; y los partidarios de la supresión o del reconocimiento mínimo de exenciones religiosas consideraron que el Tribunal Supremo consolidaría *Smith* endureciendo las condiciones para su reconocimiento.

La decisión, hecha pública en junio del pasado año, no introdujo ningún cambio relevante en la interpretación de la Cláusula de Libre Ejercicio y, por tanto, no satisfizo a ninguna de las partes: sus detractores se encontraron con que *Smith* continuará vigente para la resolución de los casos que se planteen sobre libre ejercicio religioso; y sus partidarios pudieron comprobar que el Tribunal Supremo no sólo no había endurecido las condiciones para el reconocimiento de exenciones religiosas, sino que había propiciado una interpretación más favorable a las mismas⁹⁵ (conforme a esta nueva comprensión del Tribunal, las normas que afectando al libre ejercicio contemplen un régimen discrecional de exenciones, difícilmente superarán el requisito de aplicabilidad general para eludir el régimen de escrutinio estricto).

La decisión tampoco ha contribuido a facilitar el trabajo de los tribunales inferiores, ni a armonizar la aplicación de las reglas establecidas por *Smith* entre los distintos Circuitos. El Tribunal sigue sin definir con claridad qué aspectos deben considerarse para valorar la neutralidad de las normas y, como destaca *Gorsuch*, el criterio empleado en *Fulton* para descartar la aplicabilidad general de la normativa no ha sido acertado. Distinguir qué integra o no la categoría de proveedor de bienes y servicios al público en general (*public acomodation*), para determinar su sujeción a normas antidiscriminatorias, diferenciando el proceso de evaluación personalizado y selectivo, frente a la provisión de un beneficio al público en general, es complicado y, en el caso concreto de las agencias participantes en los programas de acogida (que no son consideradas por el Tribunal

⁹⁵ Iniciada con *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficiente União Do Vegetalel* (2006), mantenida en *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* (2018) y refrendada en *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania, et al.* (2021).

prestadoras de estos servicios) no resiste la comparación con las universidades (qué por Ley si están incluidas en esa categoría).

La solución planteada por el Ponente para resolver el caso concreto recibió el respaldo unánime del resto de miembros del Tribunal, pero no pudo ocultar las diferencias entre los bloques. Para no romper el consenso, los jueces liberales aceptaron que el Tribunal afirmase que las leyes de derechos civiles antidiscriminatorias no conforman, siempre y de forma automática, un interés gubernamental tan imperioso como para excluir la concesión de exenciones religiosas si contemplan un régimen de exenciones para otros⁹⁶ (manifestación que podría contravenir las reivindicaciones del movimiento LGTBI). Y los jueces conservadores concedieron que el Tribunal señalase al Gobierno y a los Estados la vía a seguir para no reconocer exenciones religiosas (supresión del régimen general o discrecional de exenciones). En todo caso parece claro que el hecho determinante para sustentar la decisión de la Corte reside en la existencia de otras agencias participantes en los programas de acogida que no discriminan a las parejas homosexuales. Lógicamente esta circunstancia no anula el interés de la Ciudad de Filadelfia de proteger y garantizar la igualdad de trato al colectivo LGTBI, pero hace que pierda peso y, por tanto, que no pueda ser invocado como imperioso para incardinar la normativa antidiscriminatoria en la categoría de norma de aplicabilidad general, y justificar así la denegación de la exención por motivos religiosos.

En la resolución de la cuestión general (derogación inmediata de *Smith*) las diferencias de criterio se manifestaron dentro del bloque conservador que, aunque estuvo de acuerdo en calificar como erróneo al precedente *Smith*, no logró un consenso ni en cuanto a los motivos que justificaban esa calificación, ni en cuanto a la necesidad de proceder a su derogación de forma inmediata.

Sobre las exenciones religiosas Barrett, en su condición de intérprete originalista, se alineó con Scalia y manifestó sus dudas sobre si los Padres fundadores habrían considerado realmente que la Primera Enmienda requería exenciones religiosas. Y Alito, en sintonía con O'Connor, defendió que con independencia del método interpretativo empleado⁹⁷, la conclusión era la misma: las exenciones religiosas no son concesiones

⁹⁶ Como ya se ha señalado citando a RUBIO, en palabras de Alito "*Fulton* destaca que la Primera Enmienda protege las libertades de cualquier amenaza de pensamiento único". V. nota 69.

⁹⁷ Alito defiende que en este caso la interpretación constitucional es coincidente en ambas corrientes: el originalismo, que interpreta la Constitución conforme a su sentido original y fidelidad a los Padres Fundadores; y los que consideran la Constitución como "un árbol vivo" (constitucionalismo viviente) y adecúan su interpretación al momento en que se aplica. En detalle sobre el originalismo puede consultarse LAISE, L. D., "La interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades", o. cit. p. 245-292. En detalle sobre el constitucionalismo viviente o "árbol vivo" puede consultarse LAISE, L. D., "El constitucionalismo viviente: método

permitidas por el texto de la Primera Enmienda, sino que integran el propio contenido del derecho reconocido en el texto de la Primera Enmienda.

Sobre la derogación de *Smith*, Barrett “dejó la puerta abierta a considerarla en un futuro” pero defendió que *Fulton* no era el momento por dos motivos: en primer lugar, porque no estaba claro qué debería reemplazar a *Smith* y, en segundo lugar, porque no se podía intuir cuáles serían las consecuencias de una derogación inmediata. Alito y Gorsuch defendieron que *Smith* era un precedente tan malo que debiera haberse derogado de forma inmediata para evitar que el mal que provoca continúe su propagación y, por tanto, afirmaron que *Fulton* era “una oportunidad perdida”.

Es evidente que los miembros del Tribunal coincidieron sin fisuras en que la solución correcta en *Fulton* pasaba por estimar las pretensiones de la recurrente, pero una vez decidido el fallo no alcanzaron un consenso para construir la argumentación adecuada que debía sustentarlo. Por este motivo, *Fulton* puede considerarse una victoria efímera en la protección de la libertad religiosa, porque al carecer de un fundamento jurídico sólido no despeja el camino para los futuros demandantes que puedan ver vulnerado su derecho al libre ejercicio. No obstante, la decisión se incardina en la tendencia que manifiesta la Corte Roberts de proteger la libertad religiosa⁹⁸ y promover un cierto equilibrio entre ésta y las leyes antidiscriminatorias⁹⁹. Asimismo es justo destacar que esta decisión difícilmente se habría adoptado en el ámbito del TEDH, que ante unos hechos que podrían considerarse semejantes falló en sentido contrario en el caso *Eweida and Others v. United Kingdom* (2013)¹⁰⁰.

interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Revista de Derecho Político*, núm. 105, 2019, pp. 225-250

⁹⁸ Como han señalado EPSTEIN y POSNER el Tribunal Supremo falló a favor de la libertad religiosa en un 58% de los asuntos que decidió entre 1953 y 2018. Sin embargo, desde 2018 (Corte Roberts) el porcentaje se incrementó hasta el 81%. EPSTEIN L. y POSNER E. A., “The Roberts Court and the Transformation of Constitutional Protections for Religion: A Statistical Portrait (Supreme Court Review)”, *Legal Theory Blog*, 2021. Disponible para consulta en <https://solum.typepad.com/legaltheory/2021/04/epstein-posner-on-the-roberts-court-religion.html>. [Consultado el 27 de abril de 2022].

⁹⁹ Primero *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* (2018) y ahora *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania, et al.* (2021).

¹⁰⁰ Esta Sentencia resolvió de forma acumulada cuatro asuntos relativos a conflictos de libertad religiosa en el ámbito laboral. Lillian Ladele, protagonista del tercer recurso, trabajaba en el registro de Islington Borough Council y no consiguió el amparo del TEDH para poder objetar a la tramitación y celebración de uniones de parejas del mismo sexo, pese a que el resto de sus compañeros no tenían objeción alguna para tramitar este tipo de expedientes. Cuando en 2004 se aprobó en UK la Ley de Uniones Civiles para los homosexuales, Islington optó por designar a todos los funcionarios del registro encargados del registro de uniones civiles. Esta fórmula no había sido general, pues algunas autoridades locales, atendiendo a las objeciones religiosas, permitieron la posibilidad a los trabajadores de mantenerse al margen de este nuevo registro. El TEDH estimó que la alegación formulada por la recurrente encajaba en las previsiones del art. 9 CEDH, pero otorgó prevalencia a la política de la autoridad local de promoción de la igualdad de oportunidades, que implicaba que todos los empleados debían actuar sin discriminaciones. Y recordó que las parejas del mismo sexo tienen similares derechos a la protección de sus

Trasladando la Sentencia a la realidad práctica podría concluirse también que, con independencia de la pervivencia o no de *Smith, Fulton* no resolvió ninguna de las cuestiones de fondo que realmente se plantearon ante el Tribunal y que pueden sintetizarse en dos: ¿la cláusula de libre ejercicio de la Primera Enmienda requiere exenciones religiosas a leyes de aplicabilidad general? y, en caso afirmativo, ¿debe anularse *Smith* para regresar al escrutinio estricto fijado en *Sherbert-Yoder* o debe articularse una solución diferente? Tal vez la dificultad del Tribunal para conseguir una respuesta unánime a estas cuestiones de fondo sea de carácter político, o quizá radique en las diferentes interpretaciones que caben del texto constitucional en función de las dos corrientes hermenéuticas dominantes: el originalismo y el constitucionalismo viviente o árbol vivo¹⁰¹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ELÓSEGUI, M., “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014
- EPSTEIN L. y POSNER E. A., *In U.S., Decline of Christianity Continues at Rapid Pace*, 2019 [<https://perma.cc/BN58-TM7B.html>].
- EPSTEIN L. y POSNER E. A., “The Roberts Court and the Transformation of Constitutional Protections for Religion: A Statistical Portrait (Supreme Court Review)”, *Legal Theory Blog*, 2021 [<https://solum.typepad.com/legaltheory/2021/04/epstein-posner-on-the-roberts-court-religion.html>]
- GREENHOUSE, L., “Justice Amy Coney Barrett’s Choice. Will she join the Supreme Court’s grievance conservatives?”, *The New York Times*, 03.12.2020

relaciones que las parejas de distinto sexo. Concluyó, por tanto, que el Estado actuó correctamente dentro del margen de apreciación que se le atribuye, descartando que hubiera habido violación del art.14 conjuntamente considerado con el art. 9. Comenta esta Sentencia en detalle MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Libertad religiosa y exigencias laborales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros c. Reino Unido, 15 de enero de 2013)”, *Revista de Administración Pública* núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre 2014, pp. 171-195.

¹⁰¹ Como destaca SOLUM, gran parte de las discusiones que se plantean en el seno del Tribunal Supremo derivan de una cuestión de teoría de interpretación constitucional al concurrir ambas corrientes hermenéuticas. SOLUM, L. B., “Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate”, *Georgetown University Law Center*, Vol. 113, núm. 6, 2019, pp. 1243-1286. Disponible para consulta en <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub>. [Consultado del 30 de enero de 2022]. En el mismo sentido ROCA, M.J., “La referencia a la jurisprudencia extranjera: ¿repensar el concepto de ordenamiento jurídico?”, *El centenario del Ordenamiento jurídico de Santi Romano*, VVAA, Coord. María J. Roca, Dykinson, Madrid, 2021, p. 150.

- IBÁN, I., “Comentario a la Sentencia de la Federal Supreme Court de los EEUU de América, núm. 88-1213, de 17 de abril de 1990 en el caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*”, *Cuadernos de Política Criminal* núm. 43, 1991
- LAISE, L. D., “El constitucionalismo viviente: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Revista de Derecho Político*, núm. 105, 2019
- LAISE, L. D., “La interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 18, 2017
- LAYCOCK, D., “The Supreme Court's Assault on Free Exercise, and the Amicus Brief That Was Never Filed”, *JL & Religion* núm. 99, 1990
- LEVY, L., *The Establishment Clause*, MacMillan, Nueva York, 1986
- LINGO, B. J. y SCHIETZELT, M. G., “Fulton and the future of free exercise”, *Regent University Law Review*, vol. 33, 2020
- LUPU, I., “The lingering death of separationism”, *The Washington Law Review*, vol. 62, núm. 2, 1994
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Libertad religiosa y exigencias laborales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros c. Reino Unido, 15 de enero de 2013)”, *Revista de Administración Pública* núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre 2014
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 1985
- MELLING, L. (ACLU), “Why We Can No Longer Support the Federal Religious Freedom Law”, *The Washington Post*, 25.06.2015
- MORÁN G., “Análisis de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo norteamericano sobre materia religiosa”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 8, 1992
- MORAN, G., *Protección de la libertad religiosa en USA*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1989
- MOVSESIAN, M. “A Narrow Victory for Religious Liberty”, *First Things*, 23.06.2021 [https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/06/a-narrow-victory-for-religious-liberty]
- PERCIVAL, H. “The dogma lives loudly within you”, *The Guardian*, 26.09.2020
- REY MARTÍNEZ, F., “La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo: la impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. 79, 2003

- RICARDI, M. S., "Fulton v. City of Philadelphia: Otro nuevo capítulo en el ejercicio de la libertad religiosa", *Prudentia Iuris*, núm. 92, 2021
- ROCA, M. J., "La referencia a la jurisprudencia extranjera: ¿repensar el concepto de ordenamiento jurídico?", *El centenario del Ordenamiento jurídico de Santi Romano*, VVAA, Coord. María J. Roca, Dykinson, Madrid, 2021
- RUBIO J. I., "¿Un mundo sin Smith? El minimalismo pragmático de la Corte Roberts ante la "cuestión Smith". (*Fulton v. City of Philadelphia*, 2021)", *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 57, 2021
- RUBIO J. I., "Crónica judicial de Derecho eclesiástico en los EEUU de Norteamérica (2019-2020)", *Ius Canonicum LXI*, núm. 122, 2021
- RUBIO J. I., "Crónica judicial de Derecho eclesiástico en los EEUU de Norteamérica (2017-2019)", *Ius Canonicum LX*, núm. 119, 2020
- RUBIO J. I., "La última aplicación de la doctrina norteamericana del "strict scrutiny" en el derecho de libertad religiosa: *Gonzales v. O Centro Espirita*", *Ius Canonicum XLVI*, núm. 92, 2006
- RUBIO J. I., "La nueva protección de la libertad religiosa en Estados Unidos: la "Religious Land Use and Institutionalized Persons Act", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 22, 2006
- SERRA CRISTOBAL, R., "Constitución, enseñanza y religión en los Estados Unidos de América: la cláusula de establecimiento", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996
- SOLUM, L. B., "Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate", *Georgetown University Law Center*, vol. 113, núm. 6, 2019 [<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub>]
- TEBBE, N., "The principle and politics of liberty of conscience", *Harvard Law Review*, vol. 135, 2021
- WITTE, J. Jr., "The Theology and Politics of the U.S. Religion Clauses: four Models from the Foundational Era", *Persona y Derecho*, vol. 77, núm. 2, 2017
- WITTE J. Jr., "La libertad religiosa en EEUU: una perspectiva internacional", *Revista de Derecho*, vol. 8, 2019
- YOUNG, E., *The Supreme Court and the Constitutional Structure*, Foundation Press, Nueva York, 2012