
Crónica Judicial de Derecho Eclesiástico en los Estados Unidos de Norteamérica (2017-2019)

RECIBIDO: 7 DE OCTUBRE DE 2019 / ACEPTADO: 19 DE FEBRERO DE 2020

José Ignacio RUBIO LÓPEZ

Profesor estable adjunto a cátedra
Universidad Eclesiástica San Damaso (UESD). Facultad de Derecho Canónico. Madrid
orcid 0000-0002-0289-5907
frjoseignaciorubio@gmail.com

Resumen: Por su novedad, interés o importancia, se presentan aquí los principales casos planteados en la jurisprudencia federal y estatal de los Estados Unidos de Norteamérica sobre libertad religiosa durante los dos últimos años judiciales (2017-2019), con especial referencia al Tribunal Supremo federal.

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

Abstract: Due to its novelty, interest or significance, the most important cases in the federal and state jurisprudence of the United States of America on religious freedom during the last two judicial years (2017-2019) are presented here, with special attention to the federal Supreme Court.

Keywords: Judicial Chronicle, Religious Freedom, Church & State, USA.

SUMARIO: I. Crónica judicial de los dos últimos años 2017-2019. II. Salud y vida. III. Matrimonio y familia. IV. Educación. V. Prisiones. VI. Oraciones legislativas. VII. Libertad de expresión. VIII. Simbología. IX. Trabajo. X. Ejército. XI. Inmigración y seguridad. XII. Controversias internas. XIII. Prestación de servicios. XIV. Otros casos. XV. Conclusión: Kavanaugh, un nuevo “caballero” en la Corte del “rey” Roberts.

Recordemos que toda referencia al derecho eclesiástico en los Estados Unidos de Norteamérica debe respetar la estructura federal del país en cada uno de sus tres poderes, judicial, ejecutivo y legislativo¹. Al tratarse esta de una crónica jurisprudencial, los tiempos vienen marcados por cada año judicial del Tribunal Supremo². Nuestro análisis de los últimos dos años comienza así el primer lunes de octubre del 2017 y llega al primer lunes de ese mismo mes del año 2019. En cuanto a su contenido, por tratarse solo de una memoria, esta quedará limitada a las cuestiones que estimemos de mayor interés para el derecho de libertad religiosa en función de su novedad, repercusión o trascendencia, contenido y fin. Por razones de espacio, el estudio se limita-

¹ Así lo hemos venido haciendo desde que abrimos esta sección anual en los números 51 y 52 de *Ius Canonicum*, en adelante IC. A ella nos remitimos para cuestiones generales que quedaron expuestas entonces para las crónicas siguientes: cfr. J. I. RUBIO LÓPEZ, *Crónica anual de derecho eclesiástico en los Estados Unidos (2011-2012) Partes I y II*, IC 51 (2011) 703-764; IC 52 (2012) 331-374. El examen conjunto de estas memorias (IC 51 [2011] 703-764; IC 52 [2012] 331-374; IC 53 [2012] 737-774; IC 53 [2013] 773-790; IC 55 [2015] 837-913; IC 57 [2017] 883-952) ofrece un panorama interesante de la evolución de la primera de las libertades en Estados Unidos durante la Corte Roberts (2005-). Con ello actualizamos el estudio de esta cuestión ofrecido desde su origen en dos volúmenes: J. I. RUBIO LÓPEZ, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU.: De las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Eunsa, Pamplona 2011; IDEM, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): Una libertad en tensión*, Eunsa, Pamplona 2006.

² Hasta la fecha seguimos sin encontrar mejor, más general y rápido acceso al estado de la libertad religiosa en Estados Unidos que el magnífico blog *Religion Clause* del profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toledo (Ohio) Howard Friedman, cfr, <http://religionclause.blogspot.com>. Todas las páginas de internet citadas en esta crónica fueron visitadas en septiembre del año 2019.

rá a la jurisprudencia federal y, en particular, a la del Supremo: a los casos resueltos por él; a los rechazados, pero con votos particulares de alguno de sus jueces; a los aceptados, pero aún no resueltos; o a los pendientes aún de aceptación a 7 de octubre de 2019.

I. CRÓNICA JUDICIAL DE DOS AÑOS (2017-2018; 2018-2019)

A juzgar por los datos ofrecidos a continuación, las controversias sobre libertad religiosa continuaron afectando principalmente al libre ejercicio de la religión (*free exercise*) de internos en ciertas instituciones, sobre todo en centros penitenciarios. Es decir, el objeto de la segunda cláusula de la ley federal del 2000 *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, RLUIPA (la sección 3 de la ley). De todos los tribunales, los federales de distrito se siguieron llevando el mayor número de los casos.

Sirviéndonos del buscador jurídico *Westlaw*, en el primer año judicial 2017-2018 de esta crónica, nos encontramos con 717 controversias relativas a alguna de las cláusulas de libertad religiosa, 454 sobre libre ejercicio y 263 de no establecimiento. Comenzando por la *free exercise clause*, la inmensa mayoría de las federales (358 de las 405) se plantearon en los tribunales de distrito, 45 se sustanciaron en los de apelación (circuitos) y dos en el Tribunal Supremo (*Masterpiece Cakeshop* el 4 de junio y *Trump v. Hawaii* el 26 de junio), y las demás en diferentes tribunales de 23 Estados³, más el Distrito federal de Columbia, el Estado asociado de Puerto Rico y el territorio de las Islas Vírgenes. Por su parte, de los litigios de no establecimiento (*establishment clause*), 187 (de los 230 federales) tuvieron lugar en tribunales de distrito y 40 en circuitos de apelación, dos en el Supremo los días 26 y 28 de junio (*Trump v. Hawaii* y *Rowan County*) y uno más en un tribunal federal de quiebra; el resto se planteó en 19 Estados⁴, además del Distrito de Columbia y Puerto Rico.

³ Arizona, California, Colorado, Connecticut, Florida, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Michigan, Missouri, New Jersey, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Texas, Vermont y Virginia.

⁴ Arizona, California, Connecticut, Florida, Iowa, Kansas, Kentucky, Massachusetts, Michigan, Missouri, Nevada, New Jersey, New York, Oklahoma, Pennsylvania, Texas, Vermont, Virginia y Washington.

Por su parte, los casos que citaron la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de 1993, o alguna de las estatales (*state* RFRA), fueron 187. De ellos, 136 se vieron en tribunales federales de distrito y 26 en circuitos de apelación. El resto tuvieron lugar en 16 tribunales estatales⁵, además del Distrito de Columbia y de las Islas Vírgenes. Finalmente, se plantearon 547 litigios en los que se vio afectada la RLUIPA: 470 en los tribunales federales de distrito y 64 en los circuitos de apelación. A estos habría que añadir los surgidos en 10 Estados⁶.

Si buscamos casos relativos a la sección sobre ordenación urbana de esta ley (*zoning law*) encontramos 48: 35 en tribunales federales de distrito; 6 en circuitos de apelación; y siete más en los Estados de Indiana, Maryland, Michigan, Missouri, New Jersey, New York y Texas. Pero, cuando la afectada fue la de los internos en centros penitenciarios (*prisons*) el número se eleva a 436 controversias: 390 en tribunales federales de distrito, 42 en circuitos de apelación, y el resto en los Estados de Connecticut, Indiana, y Pennsylvania. Por último, si incluimos las necesidades religiosas de la dieta (*religious diet*) surgen 97 casos: 92 en tribunales federales de distrito y 5 en circuitos de apelación; y si añadimos la regulación sobre aseo o aspecto físico (*grooming rules*) de los presos el balance es de 38 casos: 34 en tribunales federales de distrito y 4 en circuitos.

A todo ello habría que añadir los 19 casos, de los 297 que citaron la *Obamacare* (es decir, la *Affordable Care Act* (ACA) del 2010), que abordaron el mandato contraceptivo de la ley (16 en tribunales federales de distrito y 3 en circuitos); los 88 que trataron asuntos relacionados con el *same-sex marriage* (45 en tribunales federales –*Masterpiece Cakeshop*, entre ellos–, y 43 en los estatales)⁷; y 305 controversias que tuvieron por objeto cuestiones acerca de personas transgénero, en el ámbito de la

⁵ Arizona, Colorado, Connecticut, Florida, Hawaii, Indiana, Iowa, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Missouri, Pennsylvania, Rhode Island y Texas.

⁶ California, Connecticut, Indiana, Maryland, Michigan, Missouri, New Jersey, New York, Pennsylvania y Texas.

⁷ Federalmente, 35 casos se plantearon en tribunales de distrito, 7 en circuitos y uno en el Supremo, además de otros dos tribunales federales. El resto tuvo lugar en los Estados de Arizona, California, Florida, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, New York, North Carolina, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, Tennessee, Texas, Virginia, y Wisconsin.

educación o del ejército (247 en tribunales federales de distrito, 25 en circuitos y 33 en 17 Estados).

Pasando ahora al segundo año judicial, 2018-2019, *Westlaw* refiere 644 casos con alusión a alguna de las cláusulas de libertad religiosa, 438 sobre libre ejercicio y 206 de no establecimiento. En relación con la *free exercise clause*: 367 en los tribunales federales de distrito; 35 en los federales de apelación (circuitos); cinco más en el Tribunal Supremo (*Kennedy v. Bremerton School District*, el 22 de enero; *Morris County Board of Chosen Freeholders v. Freedom From Religion Foundation*, el 4 de marzo; *Murphy v. Collier*, el 28 de marzo; *American Legion v. American Humanist Association*, el 20 de junio; y *Department of Commerce v. New York*, el 27 de junio); y el resto en diferentes tribunales de 19 Estados⁸, además de un caso en las Islas Vírgenes. Si vamos al no establecimiento: 139 en tribunales federales de distrito; 34 en circuitos de apelación; cuatro en el Supremo (*Dunn v. Ray*, el 7 de febrero de 2019; *Murphy v. Collier*, el 28 de marzo; *American Legion v. American Humanist Association*, el 20 de junio; y *Tennessee Wine and Spirits Retailers Association v. Thomas*, el 26 de junio); dos más en otros tribunales federales; y el resto en 18 Estados⁹.

Además, la RFRA, la federal y/o las estatales, fue citada en 185 casos: a nivel federal, 147 en tribunales de distrito, 17 en circuitos de apelación, uno en un tribunal fiscal, y otro más en el Supremo en *Murphy v. Collier*; y en 12 Estados¹⁰. Por su parte, la RLUIPA fue citada en 565 casos: 495 en los tribunales federales de distrito; 52 en los circuitos de apelación; uno en el Supremo (*Murphy v. Collier*); así como en 13 Estados¹¹. De todos esos casos, 37 tuvieron por objeto la sección sobre regulación del suelo de esta ley: 28 en tribunales federales de distrito; 3 en los circuitos de apelación; y seis más en Connecticut, Hawaii, New Jer-

⁸ Alabama, Arizona, Arkansas, California, Georgia, Hawaii, Idaho, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, Oregon, Texas, Utah y Washington.

⁹ California, Hawaii, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Pennsylvania, Texas, Utah, Washington, y Wyoming.

¹⁰ Alabama, Arizona, California, Connecticut, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Missouri, Tennessee, Texas y Washington.

¹¹ Alaska, Arizona, Arkansas, Connecticut, Hawaii, Illinois, Iowa, New Jersey, New York, Oregon, Pennsylvania, Tennessee y Virginia.

sey, Oregon, Pennsylvania y Tennessee. Por su parte, la situación de los internos en centros penitenciarios apareció en 451 casos: 401 en tribunales federales de distrito; 40 en circuitos de apelación; uno en el Supremo (*Murphy v. Collier*); y los estatales de Alaska, Arkansas, Connecticut, Illinois, New Jersey, New York, Pennsylvania, y Virginia. De ellos, 91 casos comprendieron las necesidades religiosas de la dieta (*religious diet*): 82 en tribunales federales de distrito; y 9 en circuitos de apelación. Las controversias sobre aseo de los presos llegaron a 42: de ellas, 37 se sustanciaron en tribunales federales de distrito; 4 más en circuitos; y una en un tribunal estatal de Illinois.

Finalmente, por completar el cuadro de este año: 12 tribunales federales, de los 261 casos que incluyeron en sus textos la ACA del 2010, trataron el asunto del mandato contraceptivo; 65 más trataron el *same-sex marriage* (40 en tribunales federales y 25 en estatales); y 307 se ocuparon de la cuestión polémica de las personas transgénero (269 en tribunales federales, entre ellos un caso en el Supremo (*R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. v. E.E.O.C.*, el 22 de abril) y el resto, 38, en 18 tribunales estatales).

Al ser imposible ofrecer una relación completa de este tipo de casos cuando, como aquí, no se pretende más que la crónica de los dos últimos años, por el momento, a la espera de un estudio más reposado de la cuestión sobre la Corte Roberts¹², nos contentaremos con indicar los

¹² El *Chief Justice* John G. Roberts Jr. accedió a la presidencia del Tribunal Supremo el 29 de septiembre del año 2005. Entre los jueces que componían entonces el Tribunal, se encontraban los conservadores Antonin Scalia (septiembre de 1986) y Clarence Thomas (octubre de 1991), los liberales Ruth Bader Ginsburg (agosto de 1993) y Stephen G. Breyer (agosto de 1994), el “centrista” Anthony M. Kennedy (febrero de 1988). Pocos meses después de Roberts, el 31 de enero del 2006, Samuel Anthony Alito llegó al Tribunal nominado por el presidente George W. Bush. Se incorporó al ala conservadora del Supremo. Los siguientes en llegar vinieron de la mano de Obama, las liberales Sonia Sotomayor (agosto de 2009) y Elena Kagan (agosto de 2010). El Tribunal quedó dividido en dos bloques: el conservador con Roberts, Alito, Scalia y Thomas; y el liberal con Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan. Así fue resultando decisiva la posición del juez Kennedy que fue inclinando la balanza 5-4 del lado liberal. Pero el 13 de febrero de 2016 murió Scalia siendo sustituido por el juez federal del décimo circuito Neil McGill Gorsuch, tras su nominación por el presidente Trump el 31 de enero de 2017. Más tarde, el juez Kennedy presentó su renuncia y fue sustituido por el también conservador juez Brett Kavanaugh el 6 de octubre de 2018. Tras la salida de Kennedy, Roberts ha ido ocupando el espacio de centro dejado por aquel.

casos resueltos por el Supremo, tanto a través de sus fallos como de ciertos recursos rechazados en los veinticuatro meses que van de octubre de 2017 al mismo mes de 2019. Las apelaciones (*writs of certiorari*) no admitidas, en casos directa o indirectamente relacionados con el derecho de libertad religiosa, fueron 34: 12 en el año judicial 2017-2018; y los 22 casos restantes en el siguiente¹³. Cuatro vinieron del quinto circuito y otros cuatro del sexto, tres más del noveno; dos del primero, otros dos del séptimo, dos más del octavo y un par más del circuito del Distrito de

¹³ En el año judicial 2017-2018: *City of Bloomfield, NM v. Felix*, 138 S.Ct. 357 (October 16, 2017); *American Humanist Association v. Birdville Independent School District*, 138 S.Ct. 470 (November 27, 2017); *Phelps-Roper v. Ricketts*, 138 S.Ct. 427 (November 27, 2017); *Tuner v. Pidgeon*, 138 S.Ct. 505 (December 4, 2017); *Barber v. Bryant*, 138 S.Ct. 652 (January 8, 2018) y *Campaign for Soubthern Equality v. Bryant*, 138 S.Ct. 671 (January 8, 2018); *Dawson v. City of Grand Haven, MI*, 138 S.Ct. 1442 (April 2, 2018); *March v. Mills*, 138 S.Ct. 1545 (April 16, 2018); *Livingston Christian Schools v. Genoa Charter Township*, 138 S.Ct. 1696 (April 30, 2018); *Presbytery of the Twin Cities Area v. Eden Prairie Presbyterian Church, Inc.*, 138 S.Ct. 2619 (June 11, 2018); *Protestant Episcopal Church in the Diocese of South Carolina v. The Episcopal Church*, 138 S.Ct. 2623 (June 11, 2018); *Rowan County, NC v. Lund*, 138 S.Ct. 2564 (June 28, 2018); *Bormuth v. Jackson County, MI*, 138 S.Ct. 2708 (June 28, 2018). Y en el año judicial 2018-2019: *Day v. Oregon Commisssion on Judicial Ethbics*, 139 S.Ct. 324 (October 9, 2018); *Livnat v. Palestinian Authority*, 139 S.Ct. 373 (October 15, 2018); *Grussgott v. Milwaukee Jewish Day School, Inc.*, 139 S.Ct. 456 (November 5, 2018); *Gee v. Planned Parenthood of Gulf Coast, Inc.*, 139 S.Ct. 408 (December 10, 2018); *Kennedy v. Bremerton School District*, 139 S.Ct. 634 (January 22, 2019); *First Presbyterian Church USA of Tulsa, Oklahoma v. Doe*, 139 S.Ct. 940 (January 22, 2019); *Adorers of the Blood of Christ v. Federal Energy Regulatory Commission*, 139 S.Ct. 1169 (February 19, 2019); *Whole Woman's Health v. Texas Catholic Conference of Bishops*, 139 S.Ct. 1170 (February 19, 2019); *Morris County Board of Chosen Freeholders v. Freedom From Religion Foundation*, 139 S.Ct. 909 (March 4, 2019) y *Presbyterian Church in Morristown v. Freedom From Religion Foundation*, 139 S.Ct. 909 (March 4, 2019); *Congregation Jesbuaat Israel v. Congregation Shearith Israel*, 139 S.Ct. 1320 (March 18, 2019); *Aloha Bed & Breakfast v. Cervelli*, 139 S.Ct. 1319 (March 18, 2019); *Gallagher v. Diocese of Palm Beach, Inc.*, 139 S.Ct. 1601 (April 22, 2019); *Universal Church Inc. v. Toellner*, 139 S.Ct. 1633 (April 29, 2019); *Tree of Life Christian Schools v. Upper Arlington, Ohio*, 139 S.Ct. 2011 (May 13, 2019); *Pickup v. Newsom*, 139 S.Ct. 2622 (May 20, 2019); *Shabo v. Barr*, 139 S.Ct. 2631 (May 20, 2019); *Alliance to End Chbickens as Kaporos v. New York Police Department*, 139 S.Ct. 2651 (May 28, 2019); *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky*, 139 S.Ct. 1780 (May 28, 2019); *American Freedom Defense Initiative v. Washington Metropolitan Transit Authority*, 139 S.Ct. 2665 (June 3, 2019); *New Doe Child No. 1 v. United States*, 139 S.Ct. 2699 (June 10, 2019); *Little Sisters of the Poor v. California*, 139 S.Ct. 2716 (June 17, 2019); *Harris v. West Alabama Women's Center*, 139 S.Ct. 2606 (June 28, 2019).

Columbia; un caso llegó de cada uno de los restantes circuitos (segundo, tercero, cuarto, décimo y undécimo). Los demás fueron en apelación de sentencias estatales: o bien de sus Tribunales Supremos (Texas, South Carolina, Oregon, Oklahoma y New Jersey), o bien de otras cortes de apelación (Michigan, Minnesota, Hawaii, Florida y New York).

El repaso de estos recursos, incluyendo también los últimos presentados sobre los que el Supremo no se pronunció antes del comienzo del nuevo año judicial, revela la evolución de la jurisprudencia federal y estatal en nuestra materia, al tiempo que ofrecen una interesante radiografía de las controversias sociales, culturales y religiosas que se han ido desarrollando en los Estados Unidos durante estos últimos años, como, entre otras: la cobertura de seguro médico de la “Obamacare” con la polémica inclusión de material contraceptivo; la objeción de conciencia en casos de moral sexual; la libertad de expresión religiosa, bien en manifestaciones (ante clínicas donde se practicaran abortos, o ante Iglesias, tanatorios o cementerios durante el transcurso de funerales), bien en publicidad en los autobuses y estaciones de tren de Washington, D.C.; la aplicación de la doctrina de la abstención eclesiástica en litigios sobre propiedad de las Iglesias, en un par de casos de difamación y en otro de reclamación de daños y reputura contractual de un converso cuya Iglesia había hecho público este hecho; el alcance de la excepción ministerial en el caso del despido de tres profesoras, una en una escuela judía y otras dos en centros católicos; la demanda planteada contra la autoridad palestina por familias judías disparadas en Cisjordania; la presencia de un decálogo en el ayuntamiento de una ciudad de New Mexico, o de una cruz en otra de Michigan; la validez del lema “In God We Trust” en las monedas; el uso de una marca registrada por una Iglesia; ciertos beneficios a matrimonios entre personas del mismo sexo, o la sanción impuesta a un juez de Oregón que se negó a celebrar esa clase de matrimonios.

También, el intento de Louisiana de terminar los contratos con “Planned Parenthood”, el de Indiana de regular los restos fetales e impedir abortos selectivos, o el de Alabama de prohibir el método abortivo por dilatación y evacuación; la normativa de urbanismo en un par de escuelas cristianas; el despido de un entrenador de fútbol americano en un instituto del Estado de Washington que rezaba después de los partidos; la terapia sobre cambio de orientación sexual en menores de 18 años prohibida años atrás en California; la expropiación de parte de las

tierras de unas monjas para la construcción de un gaseoducto en contra de su pretendido libre ejercicio religioso; las directivas de los obispos católicos de Texas sobre restos fetales; el desvío de fondos públicos para la reparación de Iglesias históricas en New Jersey; la decisión de deportar a un iraquí cristiano caldeo tras haber pasado cinco años en la cárcel por un asunto de drogas; la negativa a alojar en su establecimiento abierto al público a una pareja de lesbianas en Hawaii; la denuncia del uso de pollos en el ritual judío Kaparot antes de la fiesta del Yom Kippur; las oraciones en cuerpos legislativos; la negativa a usar el número de seguridad social para obtener una licencia de trabajo; o la política de la ciudad de Filadelfia de no contratar con agencias que no concedan acogida de menores a hogares homosexuales (dos casos importantes en los que, como veremos, la *Becket Fund for Religious Liberty* ha planteado la cuestión de la validez del precedente del Supremo en materia de libre ejercicio, el caso del peyote (*Employment Division v. Smith*) de 1990, en un momento en el que cuatro jueces del Supremo parecen inclinarse por su revisión).

En los dos años judiciales que nos ocupan, el Tribunal Supremo ha resuelto algunas controversias que, por importantes que sean, solo afectan tangencial o marginalmente al derecho de libertad religiosa. Así, por ejemplo, el alto tribunal ha querido: definir los honorarios de los abogados en acciones llevadas a cabo por presos, alegando, entre otras posibles, violaciones de sus derechos de libertad religiosa (*Murphy v. Smith*, el 21 de febrero de 2018); negar que las empresas extranjeras puedan ser demandadas bajo el *Alien Tort Statute* (ATS) en un caso planteado por damnificados en ataques terroristas en Oriente Medio (*Jesner v. Arab Bank*, el 24 de abril de 2018); o aclarar, en los casos de discriminación religiosa en el campo del trabajo, que la exigencia de una relación previa ante la comisión federal de igualdad de empleo (EEOC), con antelación a la demanda ante el tribunal, no impide a este conocer del caso por no ser una cuestión de jurisdicción o competencia (*Fort Bend County v. Davis*, el 3 de junio de 2019).

Otras decisiones sí tienen mayor relevancia. A principios de junio de 2018, el Supremo respaldó el libre ejercicio religioso y la libertad de expresión de un repostero que se había negado a hacer un pastel de boda para la pretendida entre personas del mismo sexo (*Masterpiece Cakeshop*, el 4 de junio de 2018). Y, semanas después, respaldó la última de las me-

didadas presidenciales de Trump restringiendo la entrada de nacionales de una serie de países, sin ver en ello una violación de la garantía de no establecimiento (*Trump v. Hawaii*, el 26 de junio de 2018). Ese mismo día, el Tribunal Supremo defendió la libertad de expresión de clínicas pro-vida frente a una ley de California (*National Institute of Family and Life Adovactes v. Becerra*, el 26 de junio de 2018). Al año siguiente, el Supremo dijo que los sentenciados a muerte tenían derecho a la presencia de su consejero espiritual en la sala de ejecución (*Murphy v. Collier*, el 29 de marzo de 2019). Y, en junio del 2019, el Tribunal no vio ningún problema de establecimiento religioso en una cruz (“Peace Cross”) de algo más de 12 metros erigida en Maryland como memorial de la I Guerra Mundial (*American Legion v. American Humanist Association*, el 20 de junio). La última decisión del Supremo garantizó la libertad de expresión de la Primera Enmienda frente a la negativa de registro de una marca (*Iancu v. Brunetti*, el 24 de junio de 2019).

En todo caso, al margen de su mayor o menor importancia, como una crónica no es terreno propicio para comentar sentencias, nos limitaremos aquí a dejar constancia de ellas por materias e incluiremos alguna otra controversia de interés en la jurisdicción federal o estatal. Terminaremos con alguna referencia a las próximas decisiones del Tribunal, una vez aceptados los recursos de apelación e indicando aquellas cuestiones pendientes sobre las que el Supremo podrá pronunciarse en el año siguiente 2019-2020, o aquellas otras abiertas sobre las que podrá intervenir en los años venideros. Unas pinceladas sobre la imagen actual del Supremo, tras la entrada del juez Kavanaugh y el liderazgo del *Chief Justice* Roberts, desaparecido Kennedy, en un tiempo de intensa actividad social y política marcado por la fuerte personalidad del presidente Trump, pondrán fin a esta crónica de dos años.

II. SALUD Y VIDA: ABORTO Y CONTRACEPCIÓN

Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky (2019)¹⁴. El Supremo mantuvo en parte una ley de Indiana que, por un lado, exigía deshacerse del material fetal del mismo modo que los demás restos humanos (por entierro o cremación) y, por otro, prohibía la práctica de

¹⁴ *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky*, 139 S.Ct. 1780 (May 28, 2019).

abortos selectivos (según la raza, sexo, o capacidad del feto), exigiendo a los médicos que informaran a los pacientes de esa prohibición. El séptimo circuito rechazó las dos medidas legales¹⁵. El Supremo negó el recurso de apelación en relación con la segunda, mientras que anuló la decisión del séptimo circuito por lo que a la primera medida se refiere. El juez Thomas, sumándose a la opinión del Tribunal, ofreció un voto particular en el que censuró el uso eugenésico del aborto¹⁶. Las jueces Ginsburg y Sotomayor hubieran rechazado el recurso de apelación en los dos supuestos¹⁷.

Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of the Indiana State Department of Health (2018)¹⁸. Esa misma ley de Indiana exigió, como parte del necesario consentimiento informado, la realización de una ecografía al menos 18 horas antes del aborto. El séptimo circuito confirmó la decisión del tribunal de distrito que bloqueaba la aplicación de la ley en este punto por la carga sustancial sobre el derecho al aborto de la mujer, decisión recurrida al Supremo el 4 de febrero de 2019¹⁹.

June Medical Services LLC v. Gee (2019)²⁰. El quinto circuito, el 18 enero de 2019, mantuvo la validez de una ley de Louisiana (*Louisiana Unsafe Abortion Protection Act* of 2014, HB 388) que exigía a los médicos que practicaran abortos el derecho de admisión en hospitales cercanos, en un radio de 30 millas²¹. Días después, el 28 de enero, la demandante pidió al Supremo la suspensión de la sentencia mientras preparaba el recurso de apelación. Le fue concedido el 7 de febrero, con el voto favorable de Ro-

¹⁵ Cfr. *Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of the Indiana State Dept. of Health*, 888 F.3d 300 (7th Cir., April 19, 2018).

¹⁶ Cfr. *Box*, at 1782-1793 [Thomas, J., *concurring*].

¹⁷ Cfr. *Box*, at 1793 [Ginsburg, J., *concurring in part and dissenting in part*].

¹⁸ *Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of the Indiana State Dept. of Health*, 896 F.3d 809 (7th Cir., July 25, 2018); *Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc. v. Commissioner of Indiana State Dept. of Health*, 273 F.Supp.3d 1013 (SD IN, March 31, 2017).

¹⁹ Cfr. *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky*, CERTIORARI TO THE SEVENTH CIRCUIT, Case No. 18-1019 (*filed*, February 4, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1019/86853/20190204114429100_Petition%20for%20Writ%20of%20Certiorari.pdf.

²⁰ *June Medical Services LLC v. Gee*, 139 S.Ct. 663 (February 7, 2019).

²¹ Cfr. *June Medical Services LLC v. Gee*, 913 F.3d 573 (5th Cir., January 18, 2019).

berts, pero el parecer contrario de los jueces Thomas, Alito, Gorsuch y Kavanaugh. Este último ofreció un voto particular en el que se opuso por el momento en el que se presentaba la petición, cuando la ley aún ni había entrado en vigor, existiendo un periodo de transición, y cuando no estaba clara la capacidad o no de algunos médicos a la hora de cumplir con la exigencia legal²². Tras los recursos de apelación presentados al Supremo de las dos partes (la demandante para ver si la ley estatal contradecía *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016), y el Estado para decidir sobre la capacidad procesal de la demandante)²³, el Tribunal hizo saber el 4 de octubre que los admitía, uniéndolos y concediendo a las partes una hora para su discusión que tuvo lugar el 4 de marzo de 2020.

Harris v. West Alabama Women's Center (2019)²⁴. El Supremo no quiso entrar en otro caso que le llegó del undécimo circuito en el que había sido anulada una ley de Alabama que prohibía el método de dilatación y evacuación en los abortos. Ese circuito entendió que la medida legal suponía un obstáculo sustancial en el camino del derecho al aborto de la mujer²⁵. El juez Thomas se unió al resultado del Tribunal al rechazar la apelación de este caso por los precedentes (*Roe* y *Casey*), pero advirtió que ya era tiempo de revisar esas decisiones del Supremo en materia de aborto²⁶.

State of California v. Azar (2018)²⁷. El noveno circuito mantuvo la decisión de un tribunal federal de distrito de California que había bloqueado la nueva regulación de la administración Obama en materia de

²² Cfr. *June Medical Services*, at 663-665 [Kavanaugh, J., *dissenting from grant of application for stay*].

²³ Cfr. *June Medical Services LLC v. Gee*, CERTIORARI TO THE FIFTH CIRCUIT, No. 18-1323 (filed, April 17, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1323/96862/20190417170452829_2019-04-16%20Petition%20for%20a%20Writ%20of%20Certiorari.pdf; *Gee v. June Medical Services*, No. 18-1463 (filed, May 20, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1460/100385/20190520152745385_June%20I%20CCP.pdf. Los recursos de apelación fueron garantizados en: *June Medical Services v. Gee*, 140 S.Ct. 35 (October 4, 2019); *Gee v. June Medical Services*, 140 S.Ct. 35 (October 4, 2019).

²⁴ *Harris v. West Alabama Women's Center*, 139 S.Ct. 2606 (June 28, 2019).

²⁵ Cfr. *West Alabama Women's Center v. Williamson*, 900 F.3d 1310 (11th Cir., August 22, 2018).

²⁶ Cfr. *Harris*, at 2606-2607 [Thomas, J., *concurring*].

²⁷ *State of California v. Azar*, 911 F.3d 558 (9th Cir., December 13, 2018).

objeción de conciencia (moral y religiosa) ante el mandato contraceptivo de la *Obamacare*. El Supremo no admitió el recurso de apelación contra la decisión en *Little Sisters of the Poor v. California* (2019)²⁸.

Texas v. United States (2018)²⁹. Un tribunal federal de Texas decidió que el mandato individual de la *Obamacare* y la entera ley era inconstitucional tras la ley presupuestaria del 2017 (la *Tax Cuts and Jobs Act* de 2017, TCJA) que reducía a cero la penalidad en el caso de no cumplir con el mandato individual de la ley. Si el Supremo, en *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012)³⁰, había mantenido la ley, había sido bajo la cláusula fiscal de ingresos (*taxing clause*, Artículo I, Sección 8, cláusula 1), careciendo ahora de fundamento. Esta decisión del tribunal de distrito fue recurrida al quinto circuito, aceptando el Supremo el recurso de apelación presentado el 2 de marzo de 2020, por lo que volverá a pronunciarse sobre la validez de la reforma sanitaria de Obama en el 2021.

III. MATRIMONIO Y FAMILIA

Fulton v. Philadelphia (2018)³¹. El Supremo no accedió a la petición de los servicios sociales católicos de Filadelfia que deseaban continuar su labor de acogida mientras apelaban la decisión del tribunal federal de Pennsylvania al tercer circuito. Este tribunal de distrito había mantenido la exigencia de la ciudad de no discriminar a las parejas del mismo sexo en las decisiones sobre acogida de menores, negándose a contratar con aquellas agencias, como la católica, que no los colocara en hogares de parejas del mismo sexo³². Los jueces Thomas, Alito y Gorsuch mostraron su desacuerdo con la decisión del Tribunal. El caso volvió al Supremo en julio de 2019, ahora en forma de recurso de apelación en el que le pide

²⁸ *Little Sisters of the Poor v. California*, 139 S.Ct. 2716 (June 17, 2019). La orden religiosa demandante recurrió el 1 de octubre de 2019 al Supremo la decisión similar del tercer circuito: *Commonwealth of Pennsylvania v. President of the United States of America*, 930 F.3d 543 (3rd Cir., July 12, 2019).

²⁹ *Texas v. United States*, 340 F.Supp.3d 579 (ND TX, December 14, 2018).

³⁰ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

³¹ *Fulton v. City of Philadelphia*, 139 S.Ct. 49 (August 30, 2018).

³² Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, 320 F.Supp.3d 661 (ED PA, July 13, 2018).

pronunciarse sobre el precedente *Smith* (1990)³³, contra la sentencia del tercer circuito que confirmó la decisión recurrida favorable a la política de la ciudad por ser neutral y de general aplicación, sin que la agencia católica tuviera derecho a una excepción por sus creencias religiosas³⁴. El 24 de febrero de 2020 el Tribunal aceptó el recurso de apelación³⁵.

Calgaro v. St. Louis County (2019)³⁶. El octavo circuito falló en contra de unos padres privados de la patria potestad de su hijo adolescente. El menor había sido emancipado sin una orden judicial, sin renuncia de los padres y sin ser avisados. Aquí, a la madre del menor de 17 años que ya no vivía con ella, y que era independiente económicamente, se le había negado el acceso al historial clínico y educativo de su hijo. El menor había comenzado a medicarse para un cambio de sexo sin consentimiento de la madre. No hubo orden judicial de emancipación, pero un abogado sí le había facilitado una carta en la que se aseguraba estar emancipado legalmente. En Minnesota, la emancipación es un derecho del padre que debe ser apreciado según las circunstancias del caso, normalmente a juicio de un jurado. En este caso, el menor no podía ser considerado emancipado hasta que una orden judicial lo dispusiera, de ahí que la madre continuara con la custodia legal y física del menor. Sin embargo, ante la negativa a facilitarle los informes solicitados, la madre denunció esta situación creyendo que, sin proceso justo, se la había privado del ejercicio de sus derechos parentales en el cuidado de su hijo. El tribunal federal de distrito falló a favor del condado y en contra de la madre. Y es que, aun suponiendo que los demandantes pudieron considerar emancipado al menor, esto no supuso el fin de los derechos parentales de la madre, algo que solo podría suceder por orden judicial³⁷. El octavo circuito confirmó esa decisión y el caso llegó al Supremo el 24 de julio, para pronunciarse sobre los derechos de los pa-

³³ Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI, Case No. 19-123 (filed, July 22, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-123/108931/20190722174037071_Cert%20Petition%20FINAL.pdf.

³⁴ Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, 922 F.3d 140 (3rd Cir., April 22, 2019).

³⁵ Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, Case No. 19-123, 2020 WL 871694 (February 24, 2020).

³⁶ *Calgaro v. St. Louis County*, 919 F.3d 1054 (8th Cir., March 25, 2019).

³⁷ Cfr. *Calgaro v. St. Louis County*, Case No. 16-cv-3919, 2017 WL 2269500 (D MN, May 23, 2017).

dres en la emancipación de sus hijos adolescentes. El recurso de apelación fue rechazado el 7 de octubre de 2019³⁸.

IV. EDUCACIÓN

Kennedy v. Bremerton School District (2019)³⁹. El Supremo no aceptó el recurso de apelación presentado en un caso en el que el noveno circuito, confirmando la decisión del tribunal inferior, había resuelto en contra de la práctica de rezar seguida por un entrenador de fútbol americano de una *high school* de Washington tras los partidos. El noveno circuito confirmó la decisión recurrida y dijo que el entrenador, como funcionario público que era, no podía expresarse en ese momento de un modo contrario al requerido por la escuela⁴⁰. El juez Alito ofreció un voto particular sumándose a la decisión del Tribunal de rechazar la apelación, escrito al que se unieron los jueces Thomas, Gorsuch y Kavanaugh. Para Alito, en este caso había importantes cuestiones de hecho, no suficientemente aclaradas, que impedían al Tribunal pronunciarse sobre el asunto. Pero, dicho esto, Alito advirtió que la comprensión del noveno circuito de la libertad de expresión de los profesores en las escuelas públicas era cuestionable y que justificaría su revisión en el futuro. También aprovechó esta ocasión para indicar que ciertas decisiones del Tribunal Supremo (*Employment Division Department of Human Resources v. Smith*, 1990 o *Trans World Airlines v. Hardison*, 1977) sobre libre ejercicio religioso podrían ser revisadas en el futuro, si así se lo propusieran al Tribunal⁴¹.

Mercer County Board of Education v. Deal (2019)⁴². El cuarto circuito, en contra del tribunal federal de distrito, había resuelto a favor de la legitimación activa de una estudiante y su padre contra un programa semanal de Biblia en las escuelas públicas de educación primaria y secun-

³⁸ Cfr. *Calgaro v. St. Louis County*, 140 S.Ct. 2019 (October 7, 2019).

³⁹ *Kennedy v. Bremerton School District*, 139 S.Ct. 634 (January 22, 2019).

⁴⁰ Cfr. *Kennedy v. Bremerton School District*, 869 F.3d 813 (9th Cir., August 23, 2017). En marzo del 2020, el tribunal federal de distrito volvió a juzgar en contra de la práctica del entrenador al violar la cláusula de no establecimiento, tanto en aplicación del *endorsement test* como del *coercion test*, cfr. *Kennedy v. Bremerton School District*, Case No. 3:16-cv-05694-RBL, 2020 WL 1062776 (W WA, March 5, 2020).

⁴¹ Cfr. *Kennedy*, at 635-637 [Alito, J., *statement respecting the denial of certiorari*].

⁴² *Mercer County Board of Education v. Deal*, 140 S.Ct. 111 (October 7, 2019).

daria de un condado de West Virginia⁴³. Se le pidió al Supremo el 29 de mayo que se pronunciara sobre su capacidad procesal en un caso en el que la alumna ya no estaba expuesta al programa escolar que denunciaba, ni era previsible que lo estuviera en el futuro. El recurso de apelación fue rechazado el 7 de octubre de 2019.

Espinoza v. Montana Department of Revenue (2019)⁴⁴. El Supremo garantizó el recurso de apelación en un caso en el que el Supremo de Montana se había pronunciado en contra de un programa estatal de ayuda escolar que era neutral y de general aplicación, por el hecho de beneficiarse alumnos que asistían a escuelas religiosas⁴⁵. En el recurso se le pregunta al Tribunal Supremo si esa decisión supone o no una violación de las garantías constitucionales de la Primera y Decimocuarta Enmienda⁴⁶.

Wood v. Arnold (2019)⁴⁷. El cuarto circuito rechazó la denuncia de un estudiante de Maryland sobre una lección relativa al mundo musulmán incluida en el currículo escolar. En el PowerPoint empleado por el profesor en clase se había dicho que la fe de la mayoría de los musulmanes era más fuerte que la media de los cristianos. Y también se les había pedido a los alumnos un trabajo en el que emplearan dos palabras de la profesión de fe islámica (la *shashada*). El cuarto circuito no vio en ello ninguna violación de las garantías constitucionales de no establecimiento religioso (por lo dicho en clase) ni de libertad de expresión (en el trabajo ordenado). Al Supremo se le pidió en mayo de 2019 que se pronunciara sobre ambas cuestiones, recurso de apelación que fue rechazado en octubre⁴⁸.

⁴³ Cfr. *Deal v. Mercer County Board of Education*, 911 F.3d 183 (4th Cir., December 17, 2018); *Freedom from Religion Foundation v. Mercer County Board of Education*, Case No. 1:17-00642, 2017 WL 5473923 (SD WV, November 14, 2017).

⁴⁴ *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 139 S.Ct. 2777 (June 28, 2019).

⁴⁵ Cfr. *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 393 Mont. 446 (MT, December 12, 2018).

⁴⁶ Cfr. *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, CERTIORARI TO THE MONTANA SUPREME COURT, Case No. 18-1195 (filed, March 12, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1195/91749/20190312143801341_Cert%20Petition_FINAL.pdf.

⁴⁷ *Wood v. Arnold*, 915 F.3d 308 (4th Cir., February 11, 2019); *Wood v. Arnold*, 321 F.Supp.3d 565 (D MD, March 27, 2018).

⁴⁸ Cfr. *Wood v. Arnold*, CERTIORARI TO THE FOURTH CIRCUIT, Case No. 18-1438 (filed, May 13, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1438/99431/20190513130751933_Wood%20Petition.pdf; *Wood v. Arnold*, 140 S.Ct. 399 (October 15, 2019).

V. PRESOS

Murphy v. Smith (2018)⁴⁹. El Tribunal Supremo resolvió aquí la adecuada interpretación de una medida legal sobre los honorarios de los abogados que representaban a los presos en sus reclamaciones de daños, incluidas las de los casos de libre ejercicio religioso. Se trataba de examinar si el tribunal tenía discreción o no para exigir menos del tope previsto en la ley. El juez Gorsuch, para la mayoría del Tribunal, dijo que no. En cambio, los jueces Sotomayor, Breyer, Ginsburg y Kagan no lo vieron igual.

Dunn v. Ray (2019)⁵⁰. El Supremo anuló la suspensión de la ejecución de un preso musulmán que exigía la presencia de un imán a su lado cuando se le administrara la inyección letal. El undécimo circuito había suspendido la ejecución un día antes. Ahora, en contra del parecer de los jueces Kagan, Ginsburg, Breyer y Sotomayor, la mayoría del Tribunal Supremo se negó a ello por entender que se trataba de una manioobra dilatoria en un caso en el que el preso había esperado hasta 10 días antes de la fecha prevista de ejecución para solicitar esa medida.

Murphy v. Collier (2019)⁵¹. Un tribunal federal de Texas negó la petición similar de un preso budista al que el centro le había ofrecido la posibilidad de contar con el capellán cristiano de la prisión, o no tener a nadie en la sala de ejecución. El centro permitiría que el ministro budista asistiera a la ejecución en la sala contigua acristalada. El tribunal también creía aquí que el interno había esperado demasiado a presentar esa solicitud, dos días antes de la fecha prevista para el 28 de marzo. Entonces fue cuando intervino el Supremo, en contra del parecer de los jueces Thomas y Gorsuch, deteniendo la ejecución y afirmando que el preso tenía derecho a un consejero espiritual de su elección en la sala de ejecución⁵². El juez Kavanaugh ofreció un voto particular uniéndose a la decisión, pero advirtiendo que los Estados sí tenían un poderoso interés a la hora de regular el acceso a esas salas de ejecución para garan-

⁴⁹ *Murphy v. Smith*, 138 S.Ct. 784 (February 21, 2018).

⁵⁰ *Dunn v. Ray*, 139 S.Ct. 661 (February 7, 2019).

⁵¹ *Murphy v. Collier*, 376 F.Supp.3d 734 (SD TX, March 26, 2019).

⁵² Cfr. *Murphy v. Collier*, *Murphy I*, 139 S.Ct. 1111 (March 28, 2019).

tizar el orden. Con ello, este juez se mostraba partidario de no permitir a ningún consejero espiritual en ese recinto, pero sí en la sala contigua donde pudieran seguir sin problemas todo el proceso. Lo que, a su juicio, un Estado no podía hacer era permitir la presencia en la sala de ejecución de ministros cristianos o musulmanes, pero no de budistas, de modo que la solución justa pasaría por permitir a todos dentro o a ninguno, pudiendo seguirlo todo desde fuera⁵³. Más tarde, el 13 de mayo, el juez Alito se sumó a los disidentes (Thomas y Gorsuch) con una opinión contraria a la concesión de la suspensión de la ejecución, escrito al que se le unieron esos dos jueces. Para Alito, las cuestiones en juego relativas a los derechos de libertad religiosa de los presos en esas circunstancias exigían un análisis detenido que no podía ser resuelto en cuestión de horas con un informe deficiente⁵⁴. El juez Kavanaugh le respondió en un escrito, compartido por Roberts, diciendo que la decisión del Supremo había resuelto un caso de discriminación, evitando problemas futuros⁵⁵.

Como era previsible, tras la sentencia del Supremo, el departamento de prisiones de Texas cambió su política en abril, prohibiendo ahora la presencia de todo capellán en la sala de ejecuciones para estos casos, sala a la que solo podrá acceder el personal de seguridad⁵⁶. Mientras que, en Alabama, un preso musulmán en el corredor de la muerte pidió a un tribunal federal la presencia de un imán en la sala de ejecución. El demandante creía que la política penitenciaria de Alabama de permitir solo el acceso del capellán protestante del centro violaba sus derechos bajo la RLUIPA, la *Alabama Religious Freedom Amendment*, así como las garantías constitucionales de libre ejercicio y no establecimiento⁵⁷.

⁵³ Cfr. *Murphy I*, at 1111-1112 [Kavanaugh, J., *concurring in grant of application for stay*].

⁵⁴ Cfr. *Murphy v. Collier, Murphy II*, 139 S.Ct. 1475, at 1478-1485 (May 13, 2019) [Alito, J., *dissenting from grant of application for stay*].

⁵⁵ Cfr. *Murphy II*, at 1476-1477 [Kavanaugh, J., *statement respecting grant of application for stay*].

⁵⁶ Cfr. D. HAYNES, *Texas Bans All Chaplains from Entering Execution Chamber*, en “United Press International” (UPI), April 3, 2019, en https://www.upi.com/Top_News/US/2019/04/03/Texas-bans-all-chaplains-from-entering-execution-chamber/1131554319865/?ur3=1.

⁵⁷ Cfr. *Burton v. Dunn*, Case No. 2:19-cv-242 ECM (MD AL, *filed*, April 4, 2019), en <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/04/Burton-v.-Dunn-Filed-Complaint.pdf>.

VI. ORACIONES LEGISLATIVAS

Rowan County, North Carolina v. Lund (2018)⁵⁸. El Supremo tampoco aceptó la apelación de un caso en el que el cuarto circuito había considerado que las oraciones de los miembros de la junta de gobierno de un condado del Estado de North Carolina violaban la separación garantizada por la cláusula de no establecimiento⁵⁹. El juez Thomas, al que se unió Gorsuch, mostró su desacuerdo con la decisión del Supremo de no aceptar el recurso por no respetar la sentencia recurrida la historia de esta práctica y entrar en contradicción con la decisión que el sexto circuito había sostenido meses después en *Bormuth v. County of Jackson* (2017)⁶⁰. En este caso, el sexto circuito no había creído que las plegarias de los miembros del órgano de gobierno de un condado de Michigan, la mayoría cristianos, al inicio de sus sesiones, en lugar de encargar tal actividad a un ministro invitado o a un capellán, fueran a comprometer la garantía constitucional de no establecimiento. En ningún caso se trataba de un acto en el que hubiera habido coacción o se estuviera respaldando una cierta religión, siendo muy diversas las confesiones cristianas de los miembros de la junta que allí habían participado. Cuando el caso llegó al Supremo, este tribunal rechazó el recurso⁶¹. Así pues, por ahora, esta clase de plegarias dirigidas por los miembros de gobierno local y estatal son permitidas en Tennessee, Kentucky, Ohio, y Michigan (sexto circuito), pero no en South Carolina, North Carolina, Virginia, Maryland, o West Virginia (cuarto circuito). No sería de extrañar que el Supremo acabara entrando en esta cuestión⁶².

VII. LIBERTAD DE EXPRESIÓN RELIGIOSA

National Institute of Family and Life Advocates (NIFLA) v. Becerra (2018)⁶³. Aquí el Supremo anuló una sentencia del noveno circuito que,

⁵⁸ *Rowan County, North Carolina v. Lund*, 138 S.Ct. 2564 (June 28, 2018).

⁵⁹ Cfr. *Lund v. Rowan County, NC*, 863 F.3d 268 (4th Cir., July 14, 2017).

⁶⁰ *Bormuth v. County of Jackson*, 870 F.3d 494 (6th Cir., September 6, 2017).

⁶¹ Cfr. *Bormuth v. County of Jackson*, 138 S.Ct. 2708 (June 28, 2018).

⁶² Cfr. *Rowan County*, at 2565-2567 [Thomas, J., *dissenting from the denial of certiorari*].

⁶³ *National Institute of Family and Life Advocates (NIFLA) v. Becerra*, 138 S.Ct. 2361 (2018).

confirmando el fallo recurrido, había dado por válida una ley de California de 2015 que exigía, en las clínicas de planificación familiar, la presencia de avisos sobre contraceptivos y abortos contrarios a las creencias de algunos centros. Asimismo, las clínicas que carecieran de licencia debían avisar que su personal no contaba con ella. Si el noveno circuito resolvió a favor de la ley fue por considerar que esa publicidad era una clase de “discurso profesional” no sujeto a un estricto escrutinio sino a un examen menos riguroso (escrutinio intermedio)⁶⁴. El recurso de apelación admitido por el Supremo limitó la cuestión al asunto de la libertad de expresión, excluyendo el capítulo relativo al libre ejercicio⁶⁵.

El juez Thomas (para la mayoría del Tribunal con el *Chief Justice* Roberts y los jueces Kennedy, Alito y Gorsuch) consideró que esas exigencias legales afectaban al contenido de la expresión de las clínicas pro-vida afectadas, imponiéndolas un mensaje contrario y afectando así sus derechos de libertad de expresión bajo la Primera Enmienda⁶⁶. Para el Supremo, esa categoría de “discurso profesional” no era un clase separada de discurso merecedora de una protección distinta, menos rigurosa que la del estricto escrutinio propia de las libertades fundamentales. El discurso no dejaba de merecer ese alto grado de protección por ser pronunciado por profesionales. Y si el Supremo había admitido un examen más deferencial hacia el gobierno había sido en unas circunstancias (discurso comercial de información objetiva y no discutible, y regulación de conducta profesional que incidentalmente afectara a su discurso) que no concurrían aquí. Por el contrario, en este caso, regular el contenido del discurso implicaba un riesgo: que el gobierno no buscara avanzar un legítimo fin, sino suprimir ideas o información no populares o que no resultaran de su agrado⁶⁷. Además, en este caso, California no había demostrado justificación alguna para la exigencia

⁶⁴ Cfr. *National Institute of Family and Life Advocates v. Harris*, 839 F.3d 823 (9th Cir., October 14, 2016); *National Institute of Family and Life Advocates v. Harris*, Case No. 15cv2277 JAH(DHB), 2016 WL 3627327 (SD CA, February 9, 2016).

⁶⁵ Cfr. *National Institute of Family and Life Advocates (NIFLA) v. Becerra*, 138 S.Ct. 464 (November 13, 2017).

⁶⁶ Cfr. *NIFLA*, at 2378 [Thomas, J.].

⁶⁷ Cfr. *NIFLA*, at 2370-2376 [Thomas, J.].

del aviso sobre las clínicas sin licencia, más allá de conjeturas⁶⁸. Por su parte, el juez Kennedy ofreció también un voto particular al que se unieron Roberts, Alito y Gorsuch, para insistir en el argumento de la discriminación del punto de vista de las clínicas, obligándolas a participar en una clase de mensaje contrario a sus creencias filosóficas, éticas o religiosas⁶⁹.

Por el contrario, el juez Breyer (para el grupo disidente, con Ginsburg, Sotomayor y Kagan) dijo que la opinión de la mayoría arrojaba dudas acerca de la validez de mucha de, sino toda, la intervención reguladora del gobierno, pues la conducta humana implica expresión y las leyes afectan su contenido. Breyer se preguntaba por la razón de no informar a una mujer que buscaba atención familiar sobre la existencia de servicios de contracepción y aborto, cuando sí podía exigirle el anuncio de servicios alternativos de adopción en el caso de las mujeres que estuvieran buscando un aborto⁷⁰. Tras esta sentencia, el Supremo anuló otras del noveno circuito, reenviando esos casos, para que fueran resueltos según lo dispuesto ahora⁷¹.

Price v. City of Chicago (2019)⁷². El 4 de junio de 2019 fue presentado ante el Supremo un recurso de apelación contra una sentencia del séptimo circuito que se había pronunciado a favor de una ordenanza de esta ciudad que prohibía acercarse a las personas (*bubble zone*) que quisieran acceder a clínicas donde se practicaran abortos⁷³. De aceptar la apelación, el Supremo deberá armonizar su decisión del 2000 (*Hill*), sobre la que el séptimo circuito construyó el fallo, con otras posteriores del 2014 (*McCullen*) y 2015 (*Reed v. Town of Gilbert*).

⁶⁸ Cfr. *NIFLA*, at 2376-2378 [Thomas, J.].

⁶⁹ Cfr. *NIFLA*, at 2378-2379 [Kennedy, J., *concurring*].

⁷⁰ Cfr. *NIFLA*, at 2379-2392 [Breyer, J., *dissenting*].

⁷¹ Cfr. *A Woman's Friend Pregnancy Resource Clinic v. Becerra*, 138 S.Ct. 2711 (2018); *Livingwell Medical Clinic v. Becerra*, 138 S.Ct. 2701 (2018); y *Mountain Right to Life v. Becerra*, 138 S.Ct. 2702 (2018).

⁷² Cfr. *Price v. City of Chicago*, CERTIORARI TO THE SEVENTH CIRCUIT, Case No. 18-1516 (*filed*, June 4, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1516/102005/20190604160110014_Price%20v%20City%20of%20Chicago%20-%20Petition%20for%20Certiorari.pdf.

⁷³ Cfr. *Price v. City of Chicago*, 915 F.3d 1107 (7th Cir., February 13, 2019).

Iancu v. Brunetti (2019)⁷⁴. El Supremo dijo aquí que la medida contenida en la ley de marcas (sección 2[a] de la “Lanham Trademark Act” de 1946) por la que se prohibía el registro de las que fueran inmorales o escandalosas era inconstitucional al vulnerar la libertad de expresión de la Primera Enmienda. En este caso, Erik Brunetti había creado en 1990 una línea de ropa con la provocadora marca “Fuct”. El tribunal de apelación para el circuito federal juzgó que la prohibición de registro violaba la Primera Enmienda y anuló esa medida legal⁷⁵. El Supremo confirmó esa decisión. Para la mayoría del Tribunal (Kagan, Thomas, Ginsburg, Alito, Gorsuch y Kavanaugh), la prohibición era una discriminación inadmisibles del punto de vista. La juez Kagan puso una serie de ejemplos en los que la agencia de marcas (“United States Patent and Trademark Office, USPTO”) había actuado de forma desigual: negándose a registrar algunas marcas comerciales por las referencias religiosas que tenían para muchos cristianos (“Agnus Dei” para cajas fuertes, o “Madonna” para un vino), pero aprobando otras (“Praise de Lord” para el juego, o “Jesus died for you” en otro caso de ropa) en las que no veía irreverencia o blasfemia⁷⁶.

El juez Alito ofreció un voto particular, defendiéndose de la acusación de relativismo moral y advirtiéndole que el Congreso podría aprobar una ley que evitara el registro de marcas con expresiones vulgares que no supusieran expresión de ideas, como sería este caso, en el que el término, según su uso actual, reflejaba sentimientos o emociones, más que ideas⁷⁷. El resto de los jueces (Roberts, Breyer y Sotomayor) ofrecieron también votos particulares, concurriendo y disintiendo parcialmente de la sentencia. Para todos ellos, la prohibición sobre marcas inmorales violaba la Primera Enmienda, pero la relativa a marcas escandalosas podría ser interpretada para incluir solo las marcas obscenas, soeces o impías o blasfemas, salvando así su validez⁷⁸.

⁷⁴ *Iancu v. Brunetti*, 139 S.Ct. 2294 (2019).

⁷⁵ Cfr. *In re Brunetti*, 877 F.3d 1330 (Fed. Cir. CA, December 15, 2017).

⁷⁶ Cfr. *Iancu*, at 2300 [Kagan, J.].

⁷⁷ Cfr. *Iancu*, at 2302-2303 [Alito, J., *concurring*].

⁷⁸ Cfr. *Iancu*, at 2303-2304 [Roberts, C. J., *concurring in part and dissenting in part*]; at 2304-2308 [Breyer, J., *concurring in part and dissenting in part*], at 2308-2318 [Sotomayor, J., *concurring in part and dissenting in part*].

VIII. SIMBOLOGÍA ESTÁTICA: CRUCES

American Legion v. American Humanist Association (2019)⁷⁹. El Supremo decidió mantener una cruz cristiana en una sentencia, llena de votos particulares, que dejó insatisfechos a todos, a unos por no lograr eliminarla y a otros por ver un signo religioso, recuerdo de la pasión de Cristo, diluirse en un referente histórico, sin lograr formular un nuevo test flexible que pudiera aplicarse a todos los casos de no establecimiento religioso. Se trataban de una cruz (“Bladensburg Cross” o “Peace Cross”) de 40 pies de alto (12 metros) que llevaba erigida 94 años en un terreno público de una pequeña ciudad de Maryland cercana a Washington, D.C. como memorial de la I Guerra Mundial. Un panel de tres jueces del cuarto circuito había dicho que ese monumento violaba la cláusula de no establecimiento⁸⁰ y la revisión del caso fue rechazada por el circuito en pleno⁸¹. Al hacerlo, anuló la decisión recurrida que no había visto problema en la cruz por su fin secular que ni avanzaba ni impedía la religión, sin respaldarla (*Lemon test*)⁸².

Para la mayoría del Supremo (Alito, Roberts, Breyer, Kagan y Kavanaugh), la cruz debía seguir en su lugar por el significado histórico que había adquirido el monumento con el paso del tiempo⁸³. Alito dijo (con Roberts, Breyer y Kavanaugh) que el *Lemon test* no era aplicable a todos los casos de no establecimiento⁸⁴, tesis no compartida por la juez Kagan, como ella misma se encargó de aclarar en su voto particular⁸⁵. El juez Breyer ofreció un voto particular sumándose al fallo al que se unió Ka-

⁷⁹ *American Legion v. American Humanist Association*, 139 S.Ct. 2067 (June 20, 2019). En uno de los primeros casos resueltos tras esta sentencia, el tercer circuito mantuvo la cruz latina presente desde hace 75 años en el sello oficial de un condado de Pennsylvania, no creyendo aplicable a esta clase de casos el *Lemon test* y sí una fuerte presunción de validez constitucional: *Freedom from Religion Foundation v. County of Lehigh*, 933 F.3d 275 (3rd Cir., August 8, 2019).

⁸⁰ Cfr. *American Humanist Assn. v. Maryland-National Capital Park and Planning Commission*, 874 F.3d 195 (4th Cir., October 18, 2017).

⁸¹ Cfr. *American Humanist Association v. Maryland-National Capital Park Planning Commission*, 891 F.3d 117 (4th Cir., March 1, 2018).

⁸² Cfr. *American Humanist Association v. Maryland-National Capital Park Planning Commission*, 147 F.Supp.3d 373 (D MD, November 30, 2015).

⁸³ Cfr. *American Legion*, at 2074-2079; 2082-2087; 2089-2090 [Alito, J.].

⁸⁴ Cfr. *American Legion*, at 2080-2082; 2087-2089 [Alito, J.].

⁸⁵ Cfr. *American Legion*, at 2094 [Kagan, J., *concurring in part*].

gan, advirtiendo que otra hubiera sido su respuesta si el caso hubiera demostrado una falta de respeto hacia los miembros de otras minorías religiosas, o si el monumento hubiera sido erigido en la actualidad; además, no veía en la opinión del Tribunal que este estuviera creando un nuevo test (“history and tradition test”) a seguir en los casos de monumentos religiosos en suelo público⁸⁶. En cambio, el juez Kavanaugh sí veía a la mayoría del Supremo aplicando ese nuevo test⁸⁷. Por su parte, fiel a su posición, el juez Thomas ofreció un voto sumándose al resultado por no creer que la cláusula de no establecimiento fuera de aplicación a los Estados al no haber sido incorporada por la Decimocuarta Enmienda, pero es que, aun aplicándola a los Estados, la cruz no contradecía la *establishment clause*⁸⁸. Y el juez Gorsuch, al que se unió también Thomas, quiso advertir que la asociación demandante carecía de legitimación activa, rechazando la teoría del “observador ofendido”⁸⁹, algo sobre lo que el juez Kavanaugh parecía sí haber aceptado en el pasado (*Newdow v. Roberts*, 2010), como veremos al final. Por último, en el bloque disidente se situaron Sotomayor y Ginsburg, ofreciendo la última un voto contrario al fallo de 20 páginas en el que defendía el respaldo del gobierno del contenido religioso de una cruz que se encontraba en suelo público⁹⁰.

City of Pensacola, Florida v. Kondrat'yev (2019)⁹¹. Una semana después de la “Peace Cross”, el Supremo admitió el recurso de apelación en el caso similar de otra cruz latina de 34 pies situada en un parque público de Florida, anulando la sentencia recurrida y reenviando el caso para que procediera según lo dispuesto en *American Legion*. El undécimo circuito, confirmando la decisión recurrida, había ordenado retirar la cruz por violar la garantía de no establecimiento⁹².

⁸⁶ Cfr. *American Legion*, at 2090-2091 [Breyer, J., *concurring*].

⁸⁷ Cfr. *American Legion*, at 2092-2094 [Kavanaugh, J., *concurring*].

⁸⁸ Cfr. *American Legion*, at 2095-2098 [Thomas, J., *concurring in the judgment*].

⁸⁹ Cfr. *American Legion*, at 2098-2103 [Gorsuch, J., *concurring in the judgment*].

⁹⁰ Cfr. *American Legion*, at 2103-2113 [Ginsburg, J., *dissenting*].

⁹¹ *City of Pensacola, Florida v. Kondrat'yev*, 139 S.Ct. 2772 (June 28, 2019).

⁹² Cfr. *Kondrat'yev v. City of Pensacola*, 903 F.3d 1169 (11th Cir., September 7, 2018); *Kondrat'yev v. City of Pensacola*, Case No. 3:16cv195-RV/CJK, 2017 WL 4334248 (ND FL, June 19, 2017). El 19 de febrero de 2020 el undécimo circuito mantuvo la cruz en aplicación de la sentencia del Supremo, sin entender que violara la cláusula de no establecimiento: *Kondrat'yev v. City of Pensacola*, Florida, Case No. 17-13025, 2020 WL 813251 (11th Cir., February 19, 2020).

IX. TRABAJO

Fort Bend County, Texas v. Davis (2019)⁹³. El Supremo no consideró que, en los casos de discriminación religiosa en materia laboral bajo el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964⁹⁴, la exigencia legal de presentación de cargos en la vía administrativa (ante la *Equal Employment Opportunity Commission*, EEOC)⁹⁵, antes de acudir a los tribunales, fuera un requisito jurisdiccional, pudiendo perder el demandado esa posible defensa, en caso de no haber formulado los cargos correctamente el trabajador ante la EEOC, por retraso injustificado. Así lo había entendido el quinto circuito, contra el tribunal de distrito, y asimismo lo resolvía el Supremo por unanimidad en una opinión confiada a la juez Ginsburg. En este caso, la trabajadora de un condado de Texas presentó la correspondiente denuncia ante la EEOC por acoso sexual y represalias de su empleador tras la denuncia. Mientras el caso estaba pendiente, el Condado despidió a la trabajadora por no presentarse al trabajo un domingo como su día de observancia religiosa. Davis intentó corregir a mano su denuncia ante la EEOC añadiendo la acusación de discriminación religiosa, pero no lo hizo de modo formal. Al recibir la carta correspondiente que reconocía su derecho a iniciar la acción judicial, la trabajadora procedió a demandar al Condado ante el tribunal federal de distrito, alegando aquí discriminación religiosa y represalias por una denuncia de acoso sexual. Después de años de litigio, la única acusación que se mantuvo fue la de discriminación religiosa y ahora fue cuando el Condado, en silencio sobre este capítulo hasta entonces, ale-

⁹³ *Fort Bend County, Texas v. Davis*, 139 S.Ct. 1843 (June 3, 2019).

⁹⁴ Es sabido que además de la garantía constitucional de igual protección de la Decimocuarta Enmienda, el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, 42 U.S.C. § 2000e, prohíbe toda discriminación en el trabajo por razón de raza, color, religión, sexo y origen nacional (§ 2000e-2[a]). Por religión, la ley entiende todo aspecto de observancia y práctica religiosa, así como de creencia. El empresario debe ofrecer una adaptación razonable del ejercicio religioso (§ 2000e[j]).

⁹⁵ Desde el 2 de julio de 1965, la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) es la agencia federal encargada de hacer cumplir la legislación en la materia, evitando la discriminación en el mundo laboral. En el 2018 esta comisión resolvió algo más de 90 mil denuncias de discriminación y represalias, de las que unas tres mil fueron religiosas (el 3,7% de los casos), cfr. *EEOC Releases Fiscal Year 2018 Enforcement and Litigation Data*, April 10, 2019, en <https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/4-10-19.cfm>.

gó que el tribunal carecía de jurisdicción pues esa posible causa no constaba en la denuncia inicial ante la EEOC. El Condado había dejado pasar cinco años antes de plantear esta defensa. El tribunal de distrito falló a favor del Condado, pero el quinto circuito anuló esa decisión en una sentencia en la que afirmó que el requisito de formulación de cargos no era una cuestión jurisdiccional, sino un elemento de la demanda que daba derecho a plantear la objeción correspondiente en el momento oportuno para hacerlo, derecho que, sin embargo, en este caso, el Condado demandado había perdido al haber dejado pasar demasiado tiempo en presentar su legítima objeción⁹⁶.

Biel v. St. James School (2018)⁹⁷. Aquí, el noveno circuito se apartó de la solución ofrecida por otros circuitos como el séptimo en el caso de la profesora de una escuela católica a la que, en contra del parecer del tribunal de distrito, negó su condición ministerial, resolviendo a favor de su reclamación de despido improcedente en un litigio de discriminación laboral por razón de salud. El caso tiene su interés por crear un conflicto entre los circuitos acerca de la interpretación correcta del test del “conjunto de las circunstancias” trazado por el Supremo en *Hosanna-Tabor* (2012)⁹⁸. Tras el rechazo del noveno circuito a revisar el caso *en banc* el 25 de junio de 2019 con el parecer contrario de nueve jueces⁹⁹, la *Becket Fund for Religious Liberty* presentó un recurso de apelación al Supremo el 16 de septiembre de 2019. Antes ya había hecho lo mismo en el caso del despido de la profesora Agnes Morrissey-Berru el 28 de agosto¹⁰⁰. Estos recursos fueron unidos y aceptados el 18 de di-

⁹⁶ Cfr. *Davis v. Fort Bend County, Texas*, 893 F.3d 300 (5th Cir., June 20, 2018); *Davis v. Fort Bend County, Texas*, Case No. 4:12-CV-131, 2016 WL 4479527 (SD TX, August 24, 2016).

⁹⁷ *Biel v. St. James School*, 911 F.3d 603 (9th Cir., December 17, 2018); *Biel v. St. James School*, Case No. CV 15-04248 TJH (ASx), 2017 WL 5973293 (CD Cal., January 24, 2017).

⁹⁸ En *Hosanna-Tabor v. EEOC*, 565 U.S. 171 (2012), el Supremo constitucionalizó la doctrina de la excepción ministerial. Cfr. J. I. RUBIO LÓPEZ, *Jurisprudencia norteamericana sobre autonomía de las Iglesias y relaciones laborales: Doctrina de la “excepción ministerial”*. Parte I: *Antes de Hosanna-Tabor* (2012), IC 59 (2019) 79-119; IDEM, *Parte II: Después de Hosanna-Tabor* (2012), IC 59 (2019) 583-626.

⁹⁹ Cfr. *Biel v. St. James School*, 926 F.3d 1238 (9th Cir., June 25, 2019).

¹⁰⁰ Cfr. *St. James School v. Biel*, CERTIORARI TO THE NINTH CIRCUIT, Case No. 19-348 (filed, September 16, 2019), en [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-348/115908/20190916170313476_No.% 2019-__%20PetitionForAWritOfCertio-](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-348/115908/20190916170313476_No.%202019-__%20PetitionForAWritOfCertio-)

ciembre, de modo que el Supremo volverá a pronunciarse sobre el alcance de la doctrina de la excepción ministerial ocho años después de *Hosanna-Tabor*.

Patterson v. Walgreen Co. (2018)¹⁰¹. En septiembre de 2018 le llegó al Supremo un recurso de apelación frente a una decisión del undécimo circuito que había fallado a favor del negocio *Walgreens* en un caso en el que, a su juicio, la empresa había ofrecido una adaptación religiosa razonable a su trabajador adventista que no deseaba trabajar en sábado. El Supremo pidió, en marzo de 2019, al Departamento de Justicia que le hiciera llegar un escrito haciéndole saber su posición en el caso¹⁰². Se le pedía al Tribunal que se pronunciara sobre la triple cuestión presentada, a saber: (1) si una adaptación religiosa pedida por el trabajador creyente que disminuyera el conflicto o tuviera la capacidad de eliminarlo es razonable por sí (primero, cuarto y octavo circuitos), o si crea una cuestión a resolver por el jurado (octavo y décimo circuitos), o si debiera eliminar el conflicto por completo en orden a ser razonable (segundo, séptimo y noveno circuitos); (2) si a la hora de fijar la carga que, sobre el empleador, supondría la adaptación pedida, debe probar la existencia de esa dificultad o carga presente (cuarto, octavo, noveno y décimo circuitos) o podría ser suficiente con la previsión de una futura (quinto, sexto y undécimo circuitos); y (3) si una afirmación de *TWA v. Hardison* (1977) –que la dificultad excesiva (*undue hardship*) solo significa algo más que un coste menor (*de minimis cost*)– debiera ser rechazada o anulada¹⁰³. El recurso de apelación fue rechazado el 24 de febrero de 2020¹⁰⁴.

rari.pdf; *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, CERTIORARI TO THE NINTH CIRCUIT, Case No. 19-267 (filed, August 28, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-267/113998/20190828165339334_Cert%20Petition%20FINAL.pdf; *Morrissey-Berru v. Our Lady of Guadalupe*, 769 Fed.Appx 460 (9th Cir., April 30, 2019).

¹⁰¹ *Patterson v. Walgreen Co.*, 727 Fed.Appx. 581 (11th Cir., March 9, 2018).

¹⁰² Cfr. *Patterson v. Walgreen Co.*, 139 S.Ct. 1368 (March 18, 2019).

¹⁰³ Cfr. *Patterson v. Walgreen Co.*, CERTIORARI TO THE ELEVENTH CIRCUIT, Case No. 18-349 (filed, September 14, 2018), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-349/63827/2018091417060_4295_Patterson%20Petition.pdf.

¹⁰⁴ Cfr. *Patterson v. Walgreen Co.*, Case No. 18-349, 2020 WL 871673 (February 24, 2020). El juez Alito se unió a la decisión del Tribunal con un parecer en el que coincidieron los jueces Thomas y Gorsuch. En este escrito hicieron saber su voluntad favorable a revisar el precedente *Hardison*.

Bostock v. Clayton County, Georgia (2019) y *Altitude Express, Inc. v. Zarda* (2019)¹⁰⁵. Ante la discrepancia de pareceres en los tribunales¹⁰⁶, el Supremo aceptó el recurso presentado en dos casos que le llegaron del undécimo y del segundo circuito con conclusiones distintas. El Tribunal unió los dos casos para responder a la cuestión planteada: si el Título VII de la *Civil Rights Act* protegía o no a los trabajadores homosexuales, porque debía entenderse incluida la orientación sexual de los empleados en la garantía legal contra la discriminación por razón de sexo de ese Título¹⁰⁷. En *Bostock v. Clayton County, Georgia* (2018)¹⁰⁸, el undécimo circuito no consideró que el empleado gay de un condado de Georgia hubiera sido discriminado por su orientación sexual, algo que no figuraba dentro de la esfera de la discriminación sexual del Título VII. Bostock había sido despedido tras una audito-

¹⁰⁵ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 139 S.Ct. 1599 (April 22, 2019) y *Altitude Express, Inc. v. Zarda*, 139 S.Ct. 1599 (April 22, 2019).

¹⁰⁶ Recordemos, en este sentido, que unos tribunales han querido incluir dentro del campo de comprensión del Título VII la orientación sexual y otros no. Entre los primeros: *U.S. Equal Employment Opportunity Commission v. Scott Medical Health Center*, 217 F. Supp. 3d 834 (WD PA, Nov. 4, 2016); *Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana*, 853 F.3d 339 (7th Cir., April 4, 2017); *Christiansen v. Omnicom Group, Inc.*, 852 F.3d 195 (2nd Cir., March 27, 2017). Partidarios de la exclusión de la orientación sexual del marco de la discriminación por razón de sexo han sido: *Christiansen v. Omnicom Group, Inc.*, 167 F. Supp. 3d 598 (SD NY, March 9, 2016); *Hively v. Ivy Tech Community College*, 830 F.3d 698 (7th Cir., July 28, 2016); *Matavka v. Board of Education of J. Sterling Morton High School District 201*, 2016 U.S. Dist. LEXIS 100108 (ND IL, 2016, Aug. 1, 2016); *Evans v. Georgia Regional Hospital*, 850 F.3d 1248 (11th Cir., March 10, 2017); *State of West Virginia v. Butler* (Sup. Ct. WV, May 9, 2017). Un tribunal federal de distrito de Kentucky, en *Mickens v. General Electric Co.*, 2016 U.S. Dist. LEXIS 163961 (WD KY, November 29, 2016), ha creído incluidas, dentro del Título VII y de la discriminación por razón de sexo, a las personas transgénero, en este caso un trabajador afroamericano.

¹⁰⁷ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, CERTIORARI TO THE ELEVENTH CIRCUIT, Case No. 17-1618 (filed, May 25, 2018), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-1618/48357/201805251700_54025_36418%20pdf%20Sutherland%20br.pdf; *Altitude Express, Inc. v. Zarda*, CERTIORARI TO THE SECOND CIRCUIT, Case No. 17-1623 (filed, May 29, 2018), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-1623/48453/20180529115805218_Altitude%20Express%20Petition.pdf.

¹⁰⁸ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 723 Fed.Appx. 964 (11th Cir., May 10, 2018); *Bostock v. Clayton County, Georgia*, Case No. 1:16-CV-1460-ODE, 2017 WL 4456898 (ND GA, July 21, 2017); *Bostock v. Clayton County, Georgia*, Case No. 1:16-CV-001460-ODE-WEJ, 2016 WL 9753356 (ND GA, November 3, 2016).

ría sobre la gestión de los fondos de un programa que manejaba. Por el contrario, en *Altitude Express, Inc. v. Zarda* (2018)¹⁰⁹, el segundo circuito, corrigiendo en pleno una decisión previa de ese tribunal, sostuvo que la discriminación laboral por orientación sexual sí estaba incluida en la discriminación por razón de sexo del Título VII, como un subtipo de esta, incluyendo los estereotipos de género y discriminación asociativa. En este caso, un instructor de paracaidismo que era gay fue despedido tras una denuncia de conducta inapropiada por un cliente.

R.G. & G.R. Harris Funeral Homes v. EEOC (2019)¹¹⁰. El Supremo también admitió el recurso frente a una decisión del sexto circuito que, corrigiendo la sentencia del tribunal inferior, había dicho que el empleador, una funeraria cristiana de Michigan, pese a sus objeciones religiosas, había discriminado a su trabajador en contra de la garantía del Título VII, al no haber cumplido el empleado estereotipos sexuales. El empleado fue despedido en un momento en el que estaba cambiando de género de hombre a mujer, no queriendo presentarse como el hombre que fue contratado, queriendo vestir ahora como mujer¹¹¹. En este caso, la cuestión que se plantea al Supremo es si ese mismo Título VII protege o no a los trabajadores transgéneros por esa condición o por estereotipos sexuales bajo la decisión *Price Waterhouse v. Hopkins* (1989)¹¹². Como respuesta a la apelación presentada en este último caso, el 26 de octubre de 2018 el Departamento de Justicia remitió un escrito al Supremo negando que el Título VII cubriera discriminación por razón de género, manteniendo así la posición de la administración Trump sobre

¹⁰⁹ *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100 (2nd Cir., February 26, 2018); *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 855 F.3d 76 (2nd Cir., April 18, 2017).

¹¹⁰ *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes v. EEOC*, 139 S.Ct. 1599 (April 22, 2019).

¹¹¹ *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes v. EEOC*, 884 F.3d 560 (6th Cir., March 7, 2018); *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, 201 F. Supp. 3d 837 (ED MI, August 18, 2016); *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, 100 F. Supp. 3d 594 (ED MI, April 21, 2015).

¹¹² Cfr. *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes v. EEOC*, CERTIORARI TO THE SIXTH CIRCUIT, Case No. 18-107 (filed, July 20, 2018), https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-107/54903/2018072011475_9748_USSC%20Petition%20for%20Writ%20of%20Certiorari.pdf; *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes v. EEOC*, 139 S.Ct. 1599 (April 22, 2019).

esta cuestión¹¹³. La discusión de este caso, con los dos anteriores, tuvo lugar el 8 de octubre de 2019. Ese día el gobierno insistió en que la inclusión de esos nuevos supuestos dentro del Título VII era algo que correspondía al legislativo, debiendo hacerse en el Congreso, no en el Supremo.

X. EJÉRCITO

Trump v. Karnoski (2019), *Trump v. Jane Doe 2* (2019) y *Trump v. Stockman* (2019)¹¹⁴. El Supremo, en contra del parecer de los jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan, decidió, en enero de 2019, levantar las órdenes que bloqueaban la aplicación de la política del Departamento de Defensa sobre el servicio de personas transgénero en *Karnoski* y *Stockman*, mientras los tribunales no se hubieran pronunciado sobre su validez y durara la apelación, pero negó por unanimidad el recurso de apelación solicitado por el Departamento en los tres casos. Y es que, en noviembre de 2018, el Departamento de Justicia había pedido al Supremo la revisión de esas tres órdenes, a fin de que el Tribunal se pronunciara sobre la cuestión antes de que lo hicieran los tribunales recurridos¹¹⁵. Estos tres casos venían de tres tribunales federales

¹¹³ Cfr. *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes v. EEOC*, BRIEF FOR THE FEDERAL RESPONDENT IN OPPOSITION, October 24, 2018, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-107/67913/201810_24152750333_18-107%20RG%20GR%20Harris%20Funeral%20Homes.pdf; ATTORNEY GENERAL, *Memorandum: Revised Treatment of Transgender Employment Discrimination Claims Under Title VII of the Civil Rights Act of 1964*, October 4, 2017, en <https://assets.documentcloud.org/documents/4067383/Attachment-2.pdf>.

¹¹⁴ *Trump v. Karnoski*, 139 S.Ct. 950 (January 22, 2019); *Trump v. Jane Doe 2*, 139 S.Ct. 946 (January 22, 2019); y *Trump v. Stockman* (January 22, 2019).

¹¹⁵ Cfr. *Trump v. Karnoski*, PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI BEFORE JUDGMENT, Case No. 18-676 (*filed*, November 23, 2018), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-676/73010/20181123_102318117_Trump%20v.%20Karnoski%20Pet.pdf; *Trump v. Jane Doe 2*, PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI BEFORE JUDGMENT, Case No. 18-677 (*filed*, November 23, 2018), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-677/73018/20181123105704864_Trump%20v.%20Doe.pdf; y *Trump v. Stockman*, PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI BEFORE JUDGMENT, Case No. 18-678 (*filed*, November 23, 2018), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-678/73020/20181123110512287_Trump%20v.%20Stockman.pdf.

de distrito: uno del Estado de Washington (*Karnoski v. Trump*, 2017)¹¹⁶, otro del de California (*Stockman v. Trump*, 2017)¹¹⁷, y el último del Distrito federal de Columbia (*Doe v. Trump*, 2018)¹¹⁸. Como en tantas otras cuestiones, desde el comienzo de su mandato presidencial, Trump se había mostrado contrario a la política de Obama en este punto, anunciando, en marzo de 2018, una nueva medida que impedía el alistamiento de la mayoría de esa clase de personas¹¹⁹.

¹¹⁶ *Karnoski v. Trump*, Case No. 2:17-cv-01297-MJP, 2017 WL 6311305 (WD WA, December 11, 2017).

¹¹⁷ *Stockman v. Trump*, Case No. EDCV 17-1799 JGB (KKx), 2017 WL 9732572 (CD CA, December 22, 2017).

¹¹⁸ *Doe v. Trump*, 315 F.Supp.3d 474 (D DC, August 6, 2018).

¹¹⁹ En efecto, el 23 de marzo de 2018, la Casa Blanca anunció una nueva medida sobre el servicio militar de las personas transgénero (*Memorandum from the President on Military Service by Transgender Individuals*, 83 Fed.Reg. 13367-13368), impidiendo el alistamiento de su mayoría. Esta medida solo autorizaba la incorporación de los que no hubieran sido diagnosticados de disforia de género (trastorno de personalidad por identidad de género, DSM-5) o de los que, habiendo sido previamente diagnosticados así, hubieran permanecido estables en su sexo biológico por 36 meses. Serían excluidos aquellos que necesitaran o se hubieran sometido a una transición de género. Esta medida de marzo de 2018 remplazaba la adoptada el 25 de agosto de 2017: *Presidential Memorandum for the Secretary of Defense and the Secretary of Homeland Security*, 82 Fed.Reg. 41319-41320. Esto es algo que Trump tenía en mente desde su llegada a la presidencia. Ya en uno de sus famosos *tweets*, a finales de julio de 2017, Trump había dicho que, tras consultar con generales y expertos militares, el ejército no aceptaría más ni permitiría el servicio de esas personas, cuando todos sus esfuerzos debían destinarse a la victoria en las batallas. Y es que Obama, el 30 de junio de 2016, había anunciado que levantaría la prohibición de servir en la milicia a las personas transgénero. Los que estuvieran dentro podrían hacer pública su condición, como años atrás se había permitido con los gays, hasta entonces reprimidos bajo el famoso axioma “Don’t ask, don’t tell (DADT)”, y recibir el tratamiento adecuado a la transición de género si así lo necesitaran. Un grupo de capellanes cristianos hizo ver entonces los problemas de conciencia que podría crear esta medida. Ahora, para Trump, era necesario volver a la antigua política, antes del cambio operado por Obama, de no permitir el alistamiento en el Ejército de personas transgénero a partir del 1 de enero de 2018 y, en relación a las que hubiera, se detendría el desvío de fondos para los procesos quirúrgicos de reasignación de sexo a partir del 23 de marzo de 2018, salvo en los casos en los que fueran necesarios para proteger la salud de alguien que ya lo hubiera iniciado. La reacción a esta declaración de intenciones de la administración Trump fue una demanda de cinco militares, denunciando la medida como discriminatoria y arbitraria contra los derechos de las personas transgénero (*Doe v. Trump*, 2017) y, cuando se publicó el memorándum presidencial, tres particulares y dos grupos en defensa de derechos civiles denunciaron, en *Karnoski v. Trump* (2017),

XI. INMIGRACIÓN Y SEGURIDAD

Trump v. Hawaii (2018)¹²⁰. Después de haber ido suspendiendo el Supremo las órdenes que bloqueaban la entrada en vigor de la política presidencial en materia de seguridad nacional e inmigración en los primeros meses del año judicial 2017-2018¹²¹, la mayoría conservadora del Supremo anuló, en junio de 2018, la decisión recurrida del noveno circuito¹²². En una opinión escrita por su *Chief Justice* Roberts, al que se unieron los jueces Kennedy, Thomas, Alito y Gorsuch, el Supremo respaldó la tercera decisión presidencial en este terreno (Proclamación presidencial 9645, de 24 de septiembre de 2017)¹²³, sin ver en ella nin-

la validez de la medida por contravenir las garantías de igualdad y proceso justo de la Quinta Enmienda, además de la libertad de expresión de la Primera. El Secretario de Defensa hizo saber el 29 de agosto de ese año que, para mejor cumplir las indicaciones del presidente Trump, se crearía un panel de expertos que evaluaran lo necesario para conseguir el fin del ejército, su eficacia en el combate para la victoria en el campo de batalla. Mientras tanto, la política en la materia seguiría igual que estaba, cfr. J. MATTIS, *Statement by Secretary of Defense Jim Mattis on Military Service by Transgender Individuals*, August 29, 2017, en <https://www.defense.gov/News/News-Releases/News-Release-View/Article/1294351/statement-by-secretary-of-defense-jim-mattis-on-military-service-by-transgender/>. Así es que se llegó a la nueva medida presidencial de marzo de 2018.

¹²⁰ *Trump v. Hawaii*, 138 S.Ct. 2392 (June 26, 2018).

¹²¹ Cfr. *Trump v. International Refugee Assistance*, 138 S.Ct. 353 (October 10, 2017); *Trump v. Hawaii*, 138 S.Ct. 377 (2017); *Trump v. Hawaii*, 138 S.Ct. 542 (December 4, 2017); y *Trump v. International Refugee Assistance Project*, 138 S.Ct. 542 (December 4, 2017).

¹²² Cfr. *Hawaii v. Trump*, 878 F.3d 662 (9th Cir., December 22, 2017). Este tribunal se había mostrado en contra de la última decisión presidencial (E-O3), de nuevo por contravenir la *Immigration and Nationality Act*, pero evitando, una vez más, pronunciarse sobre la cuestión del no establecimiento (*establishment clause*). El 19 de enero de 2018, el Supremo aceptó el recurso de apelación contra esta decisión, ahora con la intención de resolver también la cuestión suscitada acerca del establecimiento religioso.

¹²³ Cfr. D. TRUMP, *Presidential Proclamation Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats*, 82 Fed.Reg. 45161 (September 27, 2017). Como ya tuvimos la oportunidad de decir en la crónica anterior (2015-2017), el presidente Trump intervino en materia migratoria, por razones de seguridad nacional ante el riesgo terrorista que existía, en tres momentos: dos órdenes presidenciales en los meses de enero y marzo de 2017, además de una proclamación presidencial en septiembre de ese año. Una primera orden presidencial de 27 de enero de 2017 (Executive Order 13769, E-O1) prohibió la entrada en el país a los nacionales de siete países de mayoría musulmana. Ante las críticas surgidas y la intervención de un tribunal federal del Estado de Wa-

gún problema de establecimiento religioso, sino una medida neutral, tratándose de un texto que no mencionaba o tenía en cuenta la religión, aunque cinco de las siete naciones afectadas tuvieran población en su mayoría musulmana. Estos jueces no veían ninguna hostilidad religiosa en esa circunstancia, pues la medida presidencial solo afectaba al 8% de la población musulmana del mundo, y esos países ya habían sido identificados por el Congreso y por administraciones anteriores por sus

shington y del noveno circuito (*Washington v. Trump*, 2017)) en contra de esta medida, la administración Trump decidió corregirla el 9 de marzo (Executive Order 13780, E-O2). Esta nueva versión no tuvo mejor fortuna y dos tribunales federales, uno en Hawaii (*Hawaii v. Trump*), el 15 de marzo, y otro en Maryland (*International Refugee Assistance Project v. Trump*), al día siguiente, se pronunciaron en contra de esta segunda orden, mientras que uno de Virginia (*Sarsour v. Trump*), el 24 de marzo, la mantuvo. En el caso de Hawaii, un tribunal federal de distrito creyó que los demandantes tenían posibilidad de éxito en su alegación de establecimiento religioso bajo el primero de los elementos del *Lemon test*, es decir, el propósito secular de la ley, por lo que prohibió la ejecución de la orden presidencial, siendo esto confirmado por el noveno circuito el 12 de junio (*State of Hawaii v. Trump*, 859 F.3d 741 (9th Cir., June 12, 2017)), aunque sin entrar en el fondo del argumento del no establecimiento religioso, sino por contravenir la *Immigration and Nationality Act* (INA) de 1952, al exceder la orden la autoridad del Presidente bajo dicha la ley, discriminando sobre criterios de nacionalidad. Mientras tanto, el 25 de mayo, el cuarto circuito, en *International Refugee Assistance Project v. Trump*, 857 F.3d 554 (4th Cir., May 25, 2017), también había mantenido la prohibición temporal de la segunda orden presidencial que el tribunal federal de Maryland había concedido. Ante esta situación, el 14 de junio, Trump extendió la fecha de entrada en vigor de la segunda orden, suspendida por esas ordenes judiciales, al tiempo en el que fueran levantadas las mismas. Fue entonces cuando el Supremo, en una opinión *per curiam*, *Trump v. International Refugee Assistance Project*, 137 S.Ct. 2080 (2017), levantó la prohibición parcial que impedía el cumplimiento de la segunda orden ejecutiva de Trump, sirviéndose para ello de una solución construida sobre un discutible concepto de buena fe, según vimos en la crónica anterior. Y, el domingo 24 de septiembre, Trump intervino por tercera vez en la materia con una proclamación presidencial (9645), para entrar en vigor el 18 de octubre, prohibiendo de forma indefinida la entrada en el país a una serie de extranjeros procedentes de siete naciones, algunas de ellas ahora no musulmanas: Irán, Libia, Siria, Yemen, Chad, Venezuela y Corea del Norte. De la pasada lista de países se había eliminado ahora a Sudán y se habían añadido otros como los de Chad, Corea del Norte y Venezuela. Los nacionales de Irak, de Somalia y ciertos colectivos de Venezuela estarían sujetos a restricciones y controles más rigurosos. Al día siguiente de esta proclamación, el Supremo emitió una orden solicitando a las partes el envío de escritos para saber si los dos casos pendientes que tendrían que haberse discutido el 10 de octubre carecían ya de respuesta. Y así se entró en el nuevo año judicial 2017-2018 que habría de conocer la solución de esta cuestión.

problemas de seguridad nacional¹²⁴. Los jueces Kennedy y Thomas ofrecieron un voto particular sumándose al fallo del Tribunal, mientras que el juez Breyer mostró su desacuerdo en una opinión disidente a la que se unió la juez Kagan. También la juez Sotomayor ofreció otro voto en contra al que se sumó la juez Ginsburg. Para esta última, la proclamación presidencial enmascaraba, bajo argumentos de seguridad nacional, un ánimo contra los musulmanes, como sería percibido por cualquier observador imparcial¹²⁵. Dos días después, el Supremo, en *International Refugee Assistance v. Trump* y *Trump v. International Refugee Assistance*, garantizó el recurso de apelación, anulando la decisión recurrida del cuarto circuito, y reenviándole el caso a este para que lo resolviera conforme a la decisión tomada¹²⁶.

Jesner v. Arab Bank (2018)¹²⁷. Con el parecer contrario del ala liberal (Sotomayor, Ginsburg, Breyer y Kagan), el Tribunal Supremo negó que, bajo el *Alien Tort Statute* (ATS), las empresas extranjeras pudieran ser demandadas en los tribunales de Estados Unidos por daños sufridos fuera de sus fronteras a manos de extranjeros. Es verdad que esa ley ATS permitía a los extranjeros demandar en Estados Unidos a las causantes americanas de los daños sufridos por ellos en contra del derecho internacional o de tratados firmados por este país. Ahora bien, en este caso, cinco demandas pedían cuantiosas sumas a un banco árabe (*Arab Bank*) por su implicación en los daños sufridos en actos terroristas de 1995 a 2005 en Israel, Gaza y Cisjordania. Según ellos, un banco jordano, a través de su sucursal en New York, había financiado intencionalmente esas actividades. El juez Kennedy dijo que la conexión con Estados Unidos era tan limitada (actos sufridos por extranjeros fuera de Estados Unidos en ataques de otros extranjeros, en los que solo se alegaban ciertas transacciones en New York) que escapaba al objetivo de la ley, sin que se pudiera considerar responsable a Estados Unidos de esas acciones¹²⁸. Tres de los jueces

¹²⁴ Cfr. *Trump v Hawaii*, at 2421 [Roberts, C. J.].

¹²⁵ Cfr. *Trump v Hawaii*, at 2445 [Sotomayor, J., *dissenting*].

¹²⁶ Cfr. *International Refugee Assistance v. Trump* y *Trump v. International Refugee Assistance*, 138 S.Ct. 2710 (June 28, 2018); *International Refugee Assistance Project v. Trump*, 883 F.3d 233 (4th Cir. *en banc*, February 15, 2018).

¹²⁷ *Jesner v. Arab Bank*, 138 S.Ct. 1386 (April 24, 2018).

¹²⁸ Cfr. *Jesner v. Arab Bank*, at 1406 [Kennedy, J.].

de la mayoría (Thomas, Alito y Gorsuch) ofrecieron un voto particular uniéndose al fallo del Tribunal. En cambio, la juez Sotomayor dejó una opinión contraria al parecer del Supremo a la que se sumaron los jueces Ginsburg, Breyer y Kagan¹²⁹.

East Bay Sanctuary Covenant v. Trump (2018)¹³⁰. El Supremo aquí no quiso levantar la prohibición que un tribunal federal de distrito de California había emitido un mes antes contra la medida presidencial que, ante la avalancha de peticiones de asilo desde la frontera con México, solo lo permitía cuando los refugiados cruzaran por uno de los puertos de entrada designados¹³¹. Thomas, Alito, Gorsuch y Kavanaugh mostraron su desacuerdo. Un año después, los Departamentos de Justicia y de “Homeland Security” publicaron una normativa¹³² el 16 de julio de 2019 por la que todo aquel que entrara por el sur del país solicitando asilo debería haberlo pedido antes en México o en otro tercer país. Días después, el 24 de julio, un distrito de California prohibió la ejecución de la medida¹³³, pero el Supremo levantó esa prohibición el 11 de septiembre, con el parecer contrario de Sotomayor y Ginsburg, en *Barr v. East Bay Sanctuary Covenant* (2019)¹³⁴, al menos mientras el caso se encontrase en apelación.

XII. CONTROVERSIAS INTERNAS Y ABSTENCIÓN ECLESIAÍSTICA

Presbyterian Church v. Edwards (2019)¹³⁵. En este caso de difamación de un pastor contra su Iglesia, tras filtrar esta a la prensa un do-

¹²⁹ Cfr. *Jesner v. Arab Bank*, at 1419 [Sotomayor, J., *dissenting*].

¹³⁰ *East Bay Sanctuary Covenant v. Trump*, 139 S.Ct. 782 (December 21, 2018).

¹³¹ Cfr. *East Bay Sanctuary Covenant v. Trump*, 354 F.Supp.3d 1094 (ND CA, November 19, 2018). El 9 de noviembre de 2018, el fiscal general y el secretario de *Homeland Security* propusieron esa medida para que tomara efecto inmediatamente: *Aliens Subject to a Bar on Entry Under Certain Presidential Proclamations; Procedures for Protection Claims*, 83 Fed. Reg. 55.934 (Nov. 9, 2018) (8 C.F.R. §§ 208, 1003, 1208). Ese mismo día, el presidente Trump firmó la Proclamación *Addressing Mass Migration Through the Southern Border of the United States*, 83 Fed. Reg. 57.661 (November 9, 2018).

¹³² Cfr. *Asylum Eligibility and Procedural Modifications*, 84 Fed.Reg. 33829 (July 16, 2019).

¹³³ Cfr. *East Bay Sanctuary Covenant v. Barr*, 385 F.Supp.3d 922 (ND CA, July 24, 2019).

¹³⁴ *Barr v. East Bay Sanctuary Covenant*, 140 S.Ct. 3 (September 11, 2019).

¹³⁵ *Presbyterian Church v. Edwards*, 139 S.Ct. 2686 (June 3, 2019); 140 S.Ct. 98 (October 7, 2019).

cumento en el que aseguraba que el ministro había sido despedido por una serie de violaciones éticas, el Tribunal Supremo primero negó la solicitud de suspender la ejecución de una sentencia del Supremo de Kentucky mientras era recurrida. Aquí este Tribunal, en lugar de rechazar la petición por las implicaciones religiosas que tenía, había permitido el acceso a lo que fuera necesario para precisar si la Iglesia gozaba de inmunidad¹³⁶, algo que esta rechazaba bajo la doctrina de la abstención eclesiástica. Más tarde, el 7 de octubre de 2019, el Tribunal Supremo rechazó el recurso de apelación presentado el 15 de mayo en el que se le pedía al Tribunal que aclarase si, bajo la cláusula constitucional de supremacía (Artículo VI, cláusula 2), la Primera Enmienda exigía a los tribunales estatales, con independencia de sus reglas internas, rechazar inmediatamente toda demanda que supusiera interpretación o aplicación de doctrina o disciplina religiosa.

Watchtower Bible and Tract Society of New York v. J.W. (2019)¹³⁷. Un tribunal estatal de California había fallado en contra de los Testigos de Jehová en un caso en el que uno de sus responsables había abusado sexualmente de una menor fuera de las actividades de la Iglesia, haciéndola a esta responsable y condenándola al pago de poco más de cuatro millones de dólares como indemnización y costas¹³⁸. La Iglesia recurrió esa decisión al Supremo para que se pronunciara sobre si la Primera y Decimocuarta Enmienda protegían comunicaciones internas de la organización eclesial, así como la privacidad de terceros, además de si la garantía de un juicio con jurado de la Séptima Enmienda estaba o no incorporada a los Estados a través de la Decimocuarta¹³⁹. El 7 de octubre el Supremo rechazó el recurso.

¹³⁶ Cfr. *Presbyterian Church (U.S.) v. Edwards*, 566 S.W.3d 175 (KY, September 27, 2018).

¹³⁷ *Watchtower Bible and Tract Society v. J.W.*, 140 S.Ct. 217 (October 7, 2019).

¹³⁸ Cfr. *J.W. a Minor v. Watchtower Bible and Tract Society of New York*, 29 Cal.App.5th 1142 (CA App., December 10, 2018).

¹³⁹ Cfr. *Watchtower Bible and Tract Society of New York v. J.W.*, CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, Case No. 19-40 (filed, June 25, 2019), at i-ii, en <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/19-40.html>.

Acevedo Feliciano v. Iglesia Católica, Apostólica y Romana (2018)¹⁴⁰. En este caso, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se había enfrentado a la cuestión del pago de un plan de pensiones de los trabajadores de las escuelas católicas. Este Tribunal no creyó que debiera abstenerse por las implicaciones religiosas del asunto, y terminó por considerar que las distintas partes de una organización católica constituían una única entidad sujeta a responsabilidad conjunta, resolviendo el caso así a favor de los demandantes. El 14 de enero de 2019 se le presentó al Supremo un recurso de apelación frente a esta sentencia, preguntándole si la Primera Enmienda permitía que los tribunales civiles entraran de este modo en la estructura de una organización religiosa¹⁴¹. El 24 de junio de 2019 el Supremo pidió al Departamento de Justicia que le hiciera llegar su opinión sobre el caso¹⁴². Y el 24 de febrero de 2020 el Supremo aceptó el recurso de apelación, anuló la sentencia recurrida y reenvió el caso al tribunal inferior para que procediera según lo indicado¹⁴³.

¹⁴⁰ *Acevedo Feliciano v. Iglesia Católica, Apostólica y Romana*, 2018 DTS 106 (PR, June 11, 2018).

¹⁴¹ Cfr. *Roman Catholic Archdiocese of San Juan v. Feliciano*, CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF PUERTO RICO, Case No. 18-921 (filed, January 14, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-921/80419/20190114143651554_2019-01-14%20P.R.%20Dioceses%20Petition%20-%20FINAL.pdf.

¹⁴² Cfr. *Roman Catholic Archdiocese of San Juan v. Feliciano*, 139 S.Ct. 2765 (June 24, 2019).

¹⁴³ Cfr. *Roman Catholic Archdiocese of San Juan v. Feliciano*, Case No. 18-291, 2020 WL 871715 (February 24, 2020). El Tribunal no quiso pronunciarse sobre el asunto de fondo por haber perdido los tribunales de Puerto Rico su jurisdicción, al haber pasado el caso a un tribunal federal cuando la Archidiócesis de Puerto Rico acudió al tribunal federal de distrito por la quiebra del fideicomiso creado para el pago de las pensiones, sin que este tribunal federal reenviara el caso al estatal hasta tiempo después. Es decir, el tribunal estatal decidió el caso después de que este fuera removido a la jurisdicción federal pero antes de que esta se lo devolviera, razón por la que la decisión era nula, no errónea, puesto que carecía de jurisdicción. Por su parte, el juez Alito, al que se unió Thomas, hizo saber, en una opinión concurrente, que todas las jurisdicciones deberían emplear reglas neutrales para determinar si ciertas entidades asociadas a un cuerpo religioso podían ser responsables de las deudas contraídas por otras entidades asociadas, debiendo resolver la cuestión de si la Primera Enmienda autoriza a las autoridades civiles a cuestionar la propia comprensión de un cuerpo religioso de su estructura y de la relación entre entidades asociadas, así como si la Primera Enmienda establece límites a la responsabilidad civil que amenacen gravemente el derecho de los norteamericanos al libre ejercicio de la religión como miembros de un cuerpo religioso, cfr. *Roman Catholic Archdiocese of San Juan v. Feliciano*, at *4-5 [Alito, J., concurring].

XIII. PRESTACIÓN DE SERVICIOS: TARTAS Y FLORES EN BODAS
DEL MISMO SEXO

Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission (2018)¹⁴⁴. Aquí el Supremo falló a favor del libre ejercicio religioso de un repostero cristiano que, por sus creencias religiosas y morales, se había negado a preparar una tarta de bodas para un enlace entre personas del mismo sexo. El juez Kennedy, anulando la decisión del tribunal de Colorado que había decidido en su contra¹⁴⁵, dijo que la decisión de la comisión estatal de derechos civiles que lo sancionó por violar la legislación de establecimientos públicos no había sido neutral, sino que había actuado con hostilidad religiosa hacia el empresario¹⁴⁶. Los jueces Kagan (a la que se unió Breyer), Gorsuch (al que se sumó Alito) y Thomas (con el respaldo de Gorsuch) ofrecieron votos particulares respaldando la decisión de la mayoría¹⁴⁷. Por el contrario, la juez Ginsburg (con la juez Sotomayor) no creía que resultara probada esa hostilidad de la comisión estatal a las creencias religiosas del demandante¹⁴⁸.

De todos modos, *Masterpiece* no zanjó definitivamente la cuestión. Tres días después de este fallo, un tribunal de apelación de Arizona, en *Brush & Nib Studio, LC v. City of Phoenix* (2018), falló contra la pretensión de un estudio de arte que diseñaba invitaciones y otros productos de boda y que, por las creencias cristianas de sus dueños, se negaba a servir sus productos a parejas del mismo sexo; el circuito resolvió a favor de la normativa antidiscriminatoria de la ciudad de Phoenix (Arizona), sin ver en ello violación alguna de la libertad de expresión del negocio, cuando en juego solo estaba la venta o no de productos, no la expresión de palabras, imágenes o ideas. El Supremo de Arizona anuló esta sentencia en septiembre de 2019¹⁴⁹.

¹⁴⁴ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S.Ct. 1719 (June 4, 2018).

¹⁴⁵ Cfr. *Craig v. Masterpiece Cake Shop, Ltd.*, 370 P.3d 272 (Colo. App., August 13, 2015).

¹⁴⁶ Cfr. *Masterpiece Cakeshop*, at 1723-1732 [Kennedy, J.].

¹⁴⁷ Cfr. *Masterpiece Cakeshop*, at 1732-1734 [Kagan, J., *concurring*]; at 1734-1740 [Gorsuch, J., *concurring*]; at 1740-1748 [Thomas, J., *concurring in part and concurring in the judgment*].

¹⁴⁸ Cfr. *Masterpiece Cakeshop*, at 1748-1752 [Ginsburg, J., *dissenting*].

¹⁴⁹ Cfr. *Brush & Nib Studio, LC v. City of Phoenix*, 418 P.3d 426 (AZ App, June 7, 2018). En septiembre de 2019, el Tribunal Supremo de Arizona anuló esta sentencia al en-

Volviendo al dueño de *Masterpiece Cakeshop*, Jack Phillips denunció de nuevo, en agosto de 2018, a la comisión estatal de derechos civiles de Colorado por haber vulnerado sus derechos de libertad religiosa y de expresión, de igual protección y de proceso justo, cuando esa comisión decidió que había vuelto a contravenir la normativa estatal sobre prestación de servicios y contra la discriminación cuando se había vuelto a negar a preparar una tarta de cumpleaños en el caso de una persona que estaba cambiando de sexo. Y es que, tras la sentencia del Supremo, le habían llegado al repostero toda clase de peticiones contrarias a sus creencias, en una clara maniobra de hostigamiento, desde tartas con símbolos satánicos o referencias sexuales explícitas, a otras sobre consumo de drogas, o esta de una tarta azul por fuera y rosa por dentro para celebrar esa transición. El Tribunal federal de distrito de Colorado admitió la demanda en enero de 2018 pero, en marzo de 2019, el demandante llegó a un acuerdo con el fiscal general de Colorado por el que el Estado no procederá contra el demandante ni este contra el Estado, dejando a salvo el derecho del cliente a proceder contra el dueño del negocio¹⁵⁰.

Klein v. Oregon Bureau of Labor and Industries (2019)¹⁵¹. El Supremo anuló la sentencia recurrida del tribunal estatal de Oregon que había fallado en contra de la pastelería que se negó a prestar sus servicios a matrimonios del mismo sexo (también aquí una tarta de bodas). Este tribunal creyó que esa negativa era contraria a la legislación estatal en materia de no discriminación¹⁵². El Supremo ahora reenvió el caso al tribunal inferior para que procediera según lo dispuesto en *Masterpiece*.

tender que la aplicación de la normativa a los demandantes sí violaba su libertad de expresión y libre ejercicio de la religión: *Brush & Nib Studio, LC v. City of Phoenix*, 448 P.3d 890 (AZ, September 16, 2019).

¹⁵⁰ Cfr. *Masterpiece Cakeshop Inc. v. Elenis*, Case No. 1:18-cv-02074-WYD-STV, 2019 WL 2117756 (D CO, January 18, 2019); ATTORNEY GENERAL OF COLORADO, *State of Colorado and Masterpiece Cakeshop agree to end all litigation*, March 5, 2019, en https://coag.gov/sites/default/files/filefield_paths/state_and_masterpiece_cake_shop_agree_to_end_litigation_final_3.5.15.pdf.

¹⁵¹ *Klein v. Oregon Bureau of Labor and Indust.*, 139 S.Ct. 2713 (June 17, 2019).

¹⁵² Cfr. *Klein v. Oregon Bureau of Labor and Indust.*, 289 Or.App. 507 (OR Ct. App., Dec. 28, 2017).

Arlene's Flowers, Inc. v. State of Washington (2018)¹⁵³. El Supremo anuló la decisión del Tribunal Supremo de Washington en contra de una floristería que se negó, también aquí por razones religiosas, a vender flores para una boda entre personas del mismo sexo¹⁵⁴, y reenvió el caso al tribunal de origen para que resolviera según lo que acababa de disponer en el caso del repostero de Colorado. Pues bien, el Supremo de ese Estado, a principios de junio de 2019, volvió a fallar en contra de la propietaria del negocio por entender que no se había violado la neutralidad religiosa exigida, cuando se decidió que la floristería había violado la ley estatal de antidiscriminación (“Washington Law Against Discrimination”), siendo ahora recurrida esta sentencia nuevamente ante el Tribunal Supremo en septiembre de 2019¹⁵⁵.

XIV. OTROS CASOS

Sause v. Bauer (2018)¹⁵⁶. El Supremo, en una decisión *per curiam*, anuló una sentencia del décimo circuito y reenvió el caso al tribunal para que procediera según su decisión. En este caso, una mujer había denunciado a los agentes de policía que entraron en su apartamento por una queja de ruidos, ordenándola dejara de rezar. Planteó entonces una demanda por violación de la garantía de libre ejercicio (*free exercise clause*) y el circuito resolvió a favor de los agentes por su inmunidad cualificada¹⁵⁷. Para el Supremo, en cambio, había muchas cuestiones que no habían sido aclaradas lo suficiente para saber si había sido violada o no la garantía de la Primera Enmienda. Siendo la oración un claro ejercicio religioso amparado en la cláusula de libre ejercicio, había circunstancias en las que un policía podía impedir que la persona siguiera re-

¹⁵³ *Arlene's Flowers, Inc. v. State of Washington*, 138 S.Ct. 2671 (June 25, 2018).

¹⁵⁴ Cfr. *State v. Arlene's Flowers, Inc.*, 187 Wash.2d 804 (WA, February 16, 2017).

¹⁵⁵ Cfr. *State of Washington v. Arlene's Flowers, Inc.*, 193 Wash.2d 469 (WA, June 6, 2019); *Arlene's Flowers, Inc. v. Washington*, CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF WASHINGTON, Case No. 19-333 (*filed*, September 11, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-333/115374/20190911110711424_USSC%20Petition%20for%20Writ%20of%20Certiorari.pdf.

¹⁵⁶ *Sause v. Bauer*, 138 S.Ct. 2561 (June 28, 2018).

¹⁵⁷ Cfr. *Sause v. Bauer*, 859 F.3d 1270 (10th Cir., June 20, 2017); *Sause v. Louisburg Police Department*, Case No. 2:15-CV-09633-JARTJJ, 2016 WL 3387469 (D KS, June 20, 2016).

zando, como cuando un arrestado que debía ir a comisaría quisiera retrasar el traslado por rezar antes.

Morris County Board of Chosen Freeholders v. Freedom From Religion Foundation y *Presbyterian Church in Morristown v. Freedom From Religion Foundation* (2019)¹⁵⁸. El Supremo no quiso pronunciarse en un caso en el que el Tribunal Supremo de New Jersey había fallado contra las ayudas (algo más de cuatro millones y medio de dólares) que un condado de ese Estado había concedido a doce Iglesias para su reparación o restauración. Las ayudas venían de un fondo destinado para la conservación de edificios históricos. El tribunal estatal consideró que el desvío de esos fondos violaba la garantía constitucional de no ayuda religiosa (“Religious Aid Clause”) por la que ninguna persona contribuiría con sus impuestos a la construcción o reparación de Iglesias (Artículo I, Sección 3 de la Constitución de New Jersey), sin que esta decisión comprometiera el libre ejercicio de esas Iglesias¹⁵⁹. En este recurso se pedía al Supremo que se pronunciara sobre los límites y aplicación de su decisión en *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Comer* (2017)¹⁶⁰. El juez Kavanaugh, al que se le unieron los jueces Alito y Gorsuch, ofreció un voto particular en el que, coincidiendo con la decisión del Supremo, advirtió del conflicto que suponía la sentencia del Tribunal de New Jersey con los precedentes del Supremo en materia de igualdad religiosa. Si estos tres jueces rechazaban el recurso de apelación fue por falta de claridad en los hechos y por no haberse pronunciado los circuitos sobre si los gobiernos podían excluir o no a las entidades religiosas de los programas de subvención para la conservación histórica de edificios¹⁶¹. De hecho, el Supremo de Vermont, *Taylor v. Town of Cabot* (2017)¹⁶², había dejado abiertas las puertas a esas ayudas para la restauración de edificios históricos, aunque las destinatarias fueran las Iglesias, siempre que esos fon-

¹⁵⁸ *Morris County Board of Chosen Freeholders v. Freedom From Religion Foundation* y *Presbyterian Church in Morristown v. Freedom From Religion Foundation*, 139 S.Ct. 909 (March 4, 2019).

¹⁵⁹ Cfr. *Freedom From Religion Foundation v. Morris County Board of Chosen Freeholders*, 232 N.J. 543, 181 A.3d 992 (NJ, April 18, 2018).

¹⁶⁰ *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 137 S.Ct. 2012 (2017).

¹⁶¹ Cfr. *Morris County Board of Chosen Freeholders v. Freedom From Religion Foundation*, at 909-911 [Kavanaugh, J., *concurring*].

¹⁶² *Taylor v. Town of Cabot*, 178 A.3d 313 (VT, October 6, 2017).

dos no fueran empleados para financiar actividades de culto, pues lo contrario podría comprometer la garantía de libre ejercicio de las Iglesias.

Ricks v. State of Idaho Contractors Board (2018)¹⁶³. Un tribunal estatal de apelación de Idaho rechazó la exención pedida por un constructor ante una ley federal que exigía la entrega del número de seguridad social para la concesión de la correspondiente licencia. George Ricks se oponía a ello por razones religiosas al considerar que el número estaba vinculado con el diablo (el número de la bestia). A cambio, estaba dispuesto a ofrecer otro medio de identificación como su certificado de nacimiento, algo que Idaho permitía en el caso de extranjeros residentes que no tuvieran el número de seguridad social. El Estado no lo aceptó y le negó la licencia de contratista obligándole a elegir entre mantener su fe y quedarse sin trabajo, o lograr un trabajo para mantener a su familia a costa de sacrificar sus creencias. El tribunal estatal rechazó su petición porque *Smith* (1990) no daba lugar a esas exenciones ante leyes neutrales y de general aplicación, sin que fuera de aplicación al caso la ley de restauración religiosa (RFRA) de Idaho. La sentencia fue recurrida al Supremo de Idaho que rechazó el recurso. El 10 de julio la *Becket Fund for Religious Liberty* presentó la apelación ante el Supremo, preguntándole si no había llegado la hora de anular *Smith*¹⁶⁴. El Estado no quiso responder a la petición hasta que el Supremo le ordenó que lo hiciera en el plazo de 30 días¹⁶⁵.

XV. CONCLUSIÓN: KAVANAUGH, UN NUEVO “CABALLERO” EN LA CORTE DEL “REY” ROBERTS

A finales de junio de 2018, el juez Kennedy comunicó al presidente Trump su intención de retirarse del Supremo a finales del mes siguiente. Trump anunció el 9 de julio que el elegido para ocupar su silla

¹⁶³ *Ricks v. State of Idaho Contractors Board*, 435 P.3d 1 (ID, Ct. App., December 3, 2018).

¹⁶⁴ Cfr. *Ricks v. State of Idaho Contractors Board*, CERTIORARI TO THE IDAHO COURT OF APPEALS, Case No. 19-66 (filed, July 10, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-66/107759/20190710194325684_FINAL%20CERT%20PETITION.pdf.

¹⁶⁵ Cfr. *George Q. Ricks v. State of Idaho Contractors Board*, Docket No. 19-66, Response Requested (Due October 7, 2019), September 6, 2019, en <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/19-66.html>.

sería el juez del circuito para el Distrito de Columbia Brett Michael Kavanaugh (1965-). Este juez ya figuraba en la lista presidencial de posibles candidatos desde noviembre de 2017. Con Kennedy fuera y Kavanaugh dentro, Roberts ocupó el centro ideológico del Tribunal, creciendo su figura e influencia. Siendo verdad que el Supremo no está para “curar los males de la sociedad”¹⁶⁶, el Tribunal seguía ideológicamente dividido con mayoría conservadora. Entre los jueces conservadores, de más a menos, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh y Roberts. Y entre los liberales, también de más a menos, Sotomayor, Ginsburg, Breyer y Kagan. Por su parte, en el primero de sus años en el Tribunal (2018-2019), Kavanaugh votó con Roberts y Alito en el 86% de los casos, mientras que lo hizo un 53% con Gorsuch y un 69% con Thomas. En relación con el ala liberal del Tribunal, Kavanaugh coincidió con los

¹⁶⁶ Así lo dijo el *Chief Justice* Roberts en un coloquio que mantuvo en Manhattan (en el centro judío reformado “Temple Emanu-El”) el 24 de septiembre de 2019: “The court’s job is to decide legal disputes under the Constitution and laws, not to cure the ills of society”, cfr. A. LIPTAK, *Politics Has No Place at the Supreme Court, Chief Justice Roberts Says*, en *New York Times*, September 25, 2019, at A12, en <https://www.nytimes.com/2019/09/25/us/politics/chief-justice-john-roberts-interview.html>. En el mismo lugar, Roberts afirmó que su fe católica no ejercía influencia directa en su función. Ahora bien, siendo cierto que el Tribunal Supremo no es un órgano político, ni una instancia en el que las creencias de sus miembros jueguen un extraordinario valor, sería ingenuo pensar, como la historia del Tribunal demuestra, que las visiones de los jueces (formadas en sus particulares biografías sociales, políticas y religiosas) fueran algo de lo que pudieran hacer abstracción tan fácilmente. De ahí la importancia de conocer sus vidas para comprender mejor sus decisiones. Y así, por poner solo un ejemplo, de entre otros muchos posibles y en todas las direcciones, lo que dice el juez Thomas lo dice como afroamericano y católico que es; una y otra circunstancia explican su apelación y comprensión del derecho natural, de la dignidad humana, como puede percibirse en su voto particular de este año en *Box v. Planned Parenthood*, at 1782-1793 [Thomas, J., *concurring*], donde empleó el argumento de la raza y donde cita una de las obras (“Eugenics and Other Evils”, 1922) del católico G. K. Chesterton publicada en el año de su conversión al catolicismo. Está claro que Thomas no puede dejar ni su raza ni su fe, como si fuera una prenda de la que uno se pudiera desprender, de igual modo que tampoco podría decirse que, con su trabajo, no busque la aplicación correcta de la Constitución y de las leyes. De ahí que, discrepando en este punto de Roberts, las decisiones justas de un tribunal (en especial, del Tribunal Supremo en un sistema de *common law*), igual que las leyes justas, claro que ejercen un efecto saludable sobre la sociedad, siendo también verdad lo contrario, pues leyes y sentencias injustas enferman la sociedad o la mantienen en sus males.

jueces Kagan y Breyer en el 47% de los casos, con Ginsburg en el 39 y con Sotomayor en un 36%¹⁶⁷.

Tras la dura investigación a la que se le sometió en el Senado para saber su posición en materia de aborto (la anulación o no del precedente *Roe*) y en la que no faltaron acusaciones de agresión y mala conducta sexual en sus años de universidad, algo que el *New York Times* se encargó de recordar un año después, Kavanaugh juró su cargo y tomó posesión de su silla el 6 de octubre de 2018. Este graduado de *Yale* llegó al Supremo: con escritos favorables, en sus tiempos de abogado en DC (Kirkland & Ellis), a la oración escolar (*Santa Fe Independent School*, 2000)¹⁶⁸, al acceso de grupos cristianos a las escuelas públicas fuera de horario lectivo (*Good News Club*, 2001)¹⁶⁹, o a los cheques escolares¹⁷⁰; con diversos artículos posteriores sobre la labor de los jueces¹⁷¹;

¹⁶⁷ Cfr. A. LIPTAK – A. PARLAPIANO, *A Supreme Court Term Marked by Shifting Alliances and Surprise Votes*, en *New York Times*, June 30, 2019, at A26, en <https://www.nytimes.com/2019/06/29/us/supreme-court-decisions.html>.

¹⁶⁸ Cfr. *Santa Fe Independent School v. Doe*, 1999 WL 1272963 (U.S.) (Appellate Brief), On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, Brief of Amici Curiae Congressman Steve Largent and Congressman J. C. Watts in Support of Petitioner (December 30, 1999).

¹⁶⁹ Cfr. *Good News Club v. Milford*, 2000 WL 1784193 (U.S.) (Appellate Brief), On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, Amicus Curiae Sally Campbell in Support of Petitioners (November 30, 2000).

¹⁷⁰ Cfr. *Bush v. Holmes*, 919 So.2d 392 (FL, January 5, 2006). Este fue un caso en el que el Supremo de Florida anuló un programa de ayuda escolar. Pues bien, en este caso, Kavanaugh lo había defendido en un escrito: *Bush v. Holmes*, Case No. 1D00-1121/1D00-1150, REPLY BRIEF OF APPELLANTS (Fla. Dist. Ct. App., filed, July 2000), en <https://www.au.org/sites/default/files/2018-08/Bush%20v.%20Holmes%20Appellants%20Reply%20Brief.pdf>.

¹⁷¹ Cfr. B. M. KAVANAUGH, *Separation of Powers during the Forty-Fourth Presidency and Beyond*, 93 *Minnesota Law Review* 1454 (2009); IDEM, *A Dialogue with Federal Judges on the Role of History in Interpretation*, 80 *The George Washington International Law Review* 1889 (2012); IDEM, *The Courts and the Administrative State*, 64 *Case Western Reserve Law Review* 711 (2014); IDEM, *Our Anchor for 225 Years and Counting: The Enduring Significance of the Precise Text of the Constitution*, 89 *Notre Dame Law Review* 1907 (2014); IDEM, *Fixing Statutory Interpretation*, 129 *Harvard Law Review* 2118 (2016); IDEM, *The Judge as Umpire: Ten Principles*, 65 *Catholic University Law Review* 683 (2016); IDEM, *One Government, Three Branches, Five Controversies: Separation of Powers Under Presidents Bush and Obama*, *Marquette Lawyer* 9 (Fall 2016); IDEM, *Two Challenges for the Judge as Umpire: Statutory Ambiguity and Constitutional Exception*, 92 *Notre Dame Law Review* 1907 (2017); IDEM, *From the Bench: The Consti-*

y con una decena de casos sobre libertad religiosa en los doce años que intervino como juez de circuito (una opinión para la mayoría del Tribunal (*In re Navy Chaplaincy*, 2008), dos votos particulares coincidentes con la decisión (*Newdow v. Roberts* en 2010 y *Mahoney v. Doe* en 2011), y uno en contra en *Priests for Life*, 2015)¹⁷². En su primer año ju-

tutional Statesmanship of Chief Justice William Rehnquist, 2017 Walter Berns Constitution Day Lecture (AEI Paper & Studies: 2017); IDEM, *The Role of the Judiciary in Maintaining the Separation of Powers*, en “The Heritage Foundation”, Lecutere No. 1284, delivered October 25, 2017 (February 1, 2018); IDEM ET AL., *Law of Judicial Precedent*, Thomson Reuters, St. Paul, MN 2016.

¹⁷² El juez Kavanaugh intervino en una serie de casos sobre libertad religiosa en los años que estuvo en el circuito para el Distrito de Columbia: *Estate of Coll-Monge v. Inner Peace Movement*, 524 F.3d 1341 (DC Cir., May 6, 2008), una controversia sobre marcas; *In re Navy Chaplaincy*, 534 F.3d 756 (DC Cir., August 1, 2008), un caso en el que unos capellanes de la armada denunciaron peores condiciones en su plan de jubilación que las de los católicos, en contra de la garantía de no establecimiento, pero Kavanaugh, escribiendo para la mayoría, consideró que carecían de legitimación activa; *St. John's United Church of Christ v. FAA*, 550 F.3d 1168 (DC Cir., December 19, 2008), un caso en el que varias comunidades religiosas cercanas al aeropuerto internacional de Chicago denunciaron un proyecto que afectaba a un cementerio en contra de las garantías previstas en la RFRA, fallando el tribunal en su contra al carecer de legitimación; *Kaemmerling v. Lappin*, 553 F.3d 669 (DC Cir., December 30, 2008), un caso en el que un preso no quería someterse a una prueba legal de ADN invocando la garantía de la RFRA, sin que el tribunal accediera a su pretensión por falta de reclamación; *Newdow v. Roberts*, 603 F.3d 1002 (DC Cir., May 7, 2010), un caso en el que el tribunal, con un voto particular de Kavanaugh concurriendo en la decisión, negó que las oraciones en la inauguración presidencial o la inclusión del “so help me God” en la fórmula de juramento presidencial comprometieran la garantía constitucional de no establecimiento; *Daniel Chapter One v. FTC*, 405 Fed. Appx. 505 (DC Cir., December 10 2010), un caso en el que el tribunal dispuso que la Comisión federal de comercio podría regular los anuncios de productos de una organización religiosa que generaba beneficios económicos para su fundador y esposa, no creyendo que esa comisión hubiera violado la garantía del no establecimiento; *Mahoney v. Doe*, 642 F.3d 1112 (DC Cir., June 21, 2011), un caso en el que un grupo de manifestantes pro-vida deseaban marcar con tiza la calle de enfrente de la Casa Blanca como protesta contra la política en materia de aborto de la administración Obama, en contra de una normativa de DC que impedía el deterioro de propiedad pública, Kavanaugh ofreció una opinión sumándose al resultado en la que consideró la medida una razonable limitación de modo, tiempo y lugar de la libertad de expresión; *United States v. Moore*, 651 F.3d 30 (DC Cir., July 29, 2011), un caso de condena por muchos cargos, entre ellos drogas y asesinato, en el que los procesados denunciaron una serie de errores, como la referencia a las creencias religiosas de unos testigos y en el que el tribunal no consideró que este hecho fuera un error o

dicial en el Supremo, 2018-2019, ha ofrecido cuatro opiniones particulares en los casos que hemos visto: tres sumándose a la decisión, aunque advirtiendo de ciertas cosas (*Murphy*, *American Legion* y *Morris County*); una en contra del juicio del tribunal, al rechazar la petición presentada al tribunal (*June Medical*); y otra uniéndose al juez Alito (*Kennedy*).

En un tribunal moderadamente conservador, como es la actual Corte Roberts, aún es pronto para saber cómo actuará el juez asociado Kavanaugh en materia de libertad religiosa, pero lo cierto es que, en su primer año, parece inclinarse por una débil (no estricta ni rígida) comprensión de la cláusula constitucional del no establecimiento y una lectura de la garantía de libre ejercicio no tan favorable o generosa como la de otros colegas (Thomas, Alito y Gorsuch), aunque tampoco tan limitada como la del ala liberal (Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan).

En relación con el no establecimiento, es claro que Kavanaugh rechaza una estricta o rígida separación: primero, por considerar errónea la famosa metáfora del muro de separación (*Everson v. Board of Education*, 1947), según indicó en su discurso ante el *American Enterprise Institute* del 2017¹⁷³; segundo, por no creer que los *framers* de la Constitu-

resultara algo relevante; *In re Navy Chaplaincy*, 738 F.3d 425 (DC Cir., December 27, 2013), un caso en el que un grupo de capellanes denunciaron un trato distinto al que recibían los protestantes y católicos, y en el que el tribunal no vio ninguna violación de la garantía de no establecimiento de la Primera o de igualdad de la Quinta Enmienda porque la estadística aportada fue considerada por el tribunal de distrito y ahora por el circuito deficiente; *In re Charges of Judicial Misconduct*, 769 F.3d 762 (DC Cir., August 12, 2014), un caso en el que se abrió una comisión contra una juez del quinto circuito acusado de mala conducta por ciertos comentarios sobre la pena de muerte en una conferencia en la que apeló a la tradición judeo-cristiana y a sus creencias cristianas, siendo desestimados los cargos por el tribunal; *Priests for Life v. United States HHS*, 808 F.3d 1 (DC Cir., May 20, 2015), un caso en el que el circuito decidió rechazar en pleno la reapertura del caso denunciando la validez del mandato contraceptivo de la *Obamacare* como contrario a las garantías de libre ejercicio de la Primera Enmienda, y en el que el juez Kavanaugh reaccionó con un voto particular en contra de esa decisión, afirmando que la opinión del tribunal no aplicaba correctamente la RFRA y contradecía decisiones recientes del Supremo como *Hobby Lobby* (2014).

¹⁷³ Cfr. B. KAVANAUGH, *From the Bench: The Constitutional Statesmanship of Chief Justice William Rehnquist*, cit., at 13.

ción o del *Bill of Rights* fueran partidarios de una estricta o formal neutralidad entre la religión y la no religión¹⁷⁴; y tercero, por entender que debieran permitirse aquellas prácticas religiosas que estuvieran enraizadas en la historia o en la tradición de la nación¹⁷⁵. Ahora bien, también es cierto que se le ha censurado que, en los casos de oraciones en actos oficiales y como criterio suficiente de legitimación procesal, diera por válida la presencia de un daño psicológico en el demandante ofendido, lo que ciertamente podría incrementar el número de demandas frívolas en los tribunales. Así lo hizo Kavanaugh en *Newdow*, caso que él hubiera resuelto, según indicara en su voto particular sumándose al resultado del tribunal, recurriendo al test de la tradición histórica aplicado por el Supremo en el caso de las oraciones legislativas (*Marsh v. Chambers*, 1983)¹⁷⁶.

Y por lo que se refiere al libre ejercicio, también se ha dicho que el juez Kavanaugh pudo acertar con el resultado correcto, aunque sin advertir los peligros presentes en algunos argumentos¹⁷⁷. Por ejemplo, en *Priests for Life* (siguiendo de cerca la opinión concurrente del juez Kennedy en *Hobby Lobby* (2014), precedente que creía vinculante aquí), dio por buena la presencia de un interés poderoso (*compelling*) del Estado en garantizar la contracepción a las mujeres. Y, en *Maboney*, uniéndose a la mayoría y, sobre todo, al modo en el que esta argumentó, en el que parecía permitir un examen de la centralidad de la prácti-

¹⁷⁴ Cfr. IDEM, *The Role of the Judiciary in Maintaining the Separation of Powers*, cit., at 3, en <https://www.heritage.org/sites/default/files/2018-02/HIL1284.pdf>.

¹⁷⁵ Cfr. *Santa Fe Independent School v. Doe*, 1999 WL 1272963, at *27-28.

¹⁷⁶ Cfr. ANONYMOUS, *Potential Supreme Court Nominee Brett Kavanaugh Has a Troubling Record on Religious Liberty*, *The Federalist*, July 5, 2018, en <https://thefederalist.com/2018/07/05/potential-supreme-court-nominee-brett-kavanaugh-troubling-record-religious-liberty/>. Un escrito que salía al paso de otro publicado el día antes, más favorable: E. WHELAN, *Judge Kavanaugh's Record on Religious Liberty*, *National Review*, July 4, 2018, en <https://www.nationalreview.com/bench-memos/judge-kavanaugh-record-on-religious-liberty/>. En el otro lado ideológico se pronunciaba en contra del historial de este juez "Americans United for Separation of Church and State": AU, *Brett Kavanaugh: A Threat to Church-State Separation and Religious Freedom*, A Report from Americans United for Separation of Church and State. July 10, 2018. Updated August 28, 2018, en <https://www.au.org/sites/default/files/2018-08/Brett%20Kavanaugh%20Report%20%20-%20Updated%20August%2028.pdf>.

¹⁷⁷ Cfr. ANONYMOUS, *Potential Supreme Court Nominee Brett Kavanaugh...*, cit.

ca religiosa para discernir si existía o no una carga sustancial (algo aclarado por la RLUIPA, al señalar que el ejercicio de la religión de la RFRA no se limitaba al obligado por la creencia religiosa o al que fuera central a esta), no creyó que la política de DC de prohibir unos escritos con tiza enfrente de la Casa Blanca, por unos manifestantes provida, fuera una violación del libre ejercicio bajo la RFRA. Por otra parte, en *Kaemmerling*, Kavanaugh se sumó también a la mayoría, pero sin advertir lo que esta parecía sostener en la opinión del Tribunal: que las razones religiosas por las que un preso se oponía a una prueba de ADN no eran lo bastante fuertes. Ahora bien, también es cierto que, ya en el Supremo, el juez Kavanaugh se unió a Thomas y Gorsuch para seguir la tesis de Alito que aventuraba una corrección de *Smith*. Veremos si su lectura del libre ejercicio ayuda al Supremo a recuperar la comprensión fuerte del *Sherbert test*.

En conclusión, una primerísima aproximación parece indicar, en el nuevo “Knight” de la “Roberts Court”, una lectura de la libertad religiosa más cercana a lo que tantas veces hemos definido como visión positiva de la libertad religiosa, desde una lectura creyente de las cláusulas, fiel a sus orígenes¹⁷⁸, en unos tiempos en los que el presidente Trump no ha dejado de invocar a Dios y defender la presencia de los creyentes en la plaza pública, como hiciera en su memorable discurso de 8 de junio de 2018 en Washington, D.C., haciendo de la libertad religiosa una de las prioridades de la agenda política de su administración, dentro y fuera¹⁷⁹. Su particular modo de gestionar los asuntos públicos

¹⁷⁸ Cfr. M. W. McCONNELL, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harvard Law Review 1409 (1990); IDEM, *Establishment and Disestablishment at the Founding, Part I: Establishment of Religion*, 44 William & Mary Law Review 2105 (2003).

¹⁷⁹ Cfr. D. TRUMP, *Remarks by President Trump at the Faith and Freedom Coalition’s Road to Majority Conference*, June 8, 2018, Washington, D.C., en <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-faith-freedom-coalitions-road-majority-conference/>. Como ya sabemos, la defensa nacional de la libertad religiosa corre a cargo sustancialmente de su Departamento de Justicia y de su actual fiscal general, el católico William P. Barr, según las directrices marcadas en su brillante discurso del 11 de octubre de 2019, al que nos referimos en la nota n. 181 (*infra*), mientras que la defensa internacional está en manos del Departamento de Estado y de su Secretario actual, el cristiano Mike Pompeo, según otro discurso reciente de 22 de octubre con ocasión de la reunión anual de la conservadora “Heritage Foun-

acabó con la paciencia de los demócratas que, liderados por la *Speaker* de la Cámara de Representantes Nancy Pelosi, intentaron su destitución con un intento fallido de *impeachment* a principios de este año 2020 en el que se decidirá la nueva presidencia del país.

Mientras tanto, una vez resuelto el litigio sobre los restos del arzobispo Fulton Sheen¹⁸⁰, entre las cuestiones pendientes, directa o indirectamente relacionadas con el derecho de libertad religiosa, que siguen dividiendo a la sociedad norteamericana, y sobre las que el actual Departamento de Justicia tiene una firme intención de resolver favorablemente a los intereses de los creyentes¹⁸¹, dejando así abiertas las puertas del Supremo para controversias presentes y futuras que, Dios mediante, abordaremos en las próximas crónicas, podríamos indicar, entre otras, las siguientes:

- (1) la suerte final de *Roe v. Wade* (al Supremo le han ido llegando recursos contra leyes estatales restrictivas del derecho al aborto, siendo muy previsible que aumenten los recursos ante él, en especial, tras la amplia intervención legislativa en el 2019¹⁸²; los jueces Thomas, Alito, Gorsuch y Kavanaugh pa-

dation”: M. POMPEO, *Trump Administration Diplomacy: The Untold Story*, en “Heritage Foundation President’s Club Meeting 2019”, October 22, 2019, en <https://www.state.gov/trump-administration-diplomacy-the-untold-story/>. Una síntesis de la posición de la administración Trump en relación con la libertad religiosa lo encontramos en J. DYS, *Trump and Religious Liberty*, First Things, May 2019, en <https://www.firstthings.com/article/2019/05/trump-and-religious-liberty>.

¹⁸⁰ Cfr. *In the Matter of Cunningham v. Trustees of St. Patrick’s Cathedral*, 33 N.Y.3d 994 (NY Ct. App., May 2, 2019); 33 N.Y.3d 905 (NY Ct. App., June 6, 2019). El 27 de junio, los restos del arzobispo Sheen llegaron a la Catedral de Peoria, Illinois, siendo momentáneamente reanudada la causa de beatificación de este Siervo de Dios, hasta que se decidió posponerla en diciembre.

¹⁸¹ Cfr. W. P. BARR, *Attorney General William P. Barr Delivers Remarks to the Law School and the de Nicola Center for Ethics and Culture at the University of Notre Dame*, October 11, 2019, en <https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-william-p-barr-delivers-remarks-law-school-and-de-nicola-center-ethics>. Aquí siguió sustancialmente un escrito suyo de 1995 al que actualizó: IDEM, *Legal Issues in a New Political Order*, 36 *Catholic Lawyer* 1 (1995).

¹⁸² La *Missouri Stands for the Unborn Act* of 2019, HB 126, fue bloqueada en *Reproductive Health Services of Planned Parenthood of the St. Louis Region, Inc. v. Parson*, 389 F.Supp.3d 631 (WD MO, August 27, 2019); diversas leyes de Virginia (“Licensing Statute”, “Licensing Regulations”, “Hospital Requirement”, “Physician-Only law”,

recen inclinados a revisar los precedentes *Roe* y *Casey* en los casos de aborto, a juzgar por su posición en las últimas decisiones)¹⁸³;

- (2) la validez de las leyes estatales sobre asistencia al suicidio (*People ex rel Becerra* o *Glassman*)¹⁸⁴;
- (3) la constitucionalidad de la ley federal sobre circuncisión femenina (para otros, mutilación) en *United States v. Nagarwala*¹⁸⁵;
- (4) la admisión de exenciones religiosas en los casos de vacunación escolar obligatoria en *F.F. v. New York*, o en *In re K. Y-B*¹⁸⁶;
- (5) la política seguida por agencias católicas de adopción y acogida en relación con los hogares del mismo sexo (*Buck v. Gordon*)¹⁸⁷;
- (6) los derechos de los padres en la emancipación de sus hijos adolescentes (*Calgaro*, recurso finalmente rechazado);
- (7) los límites de la libertad de expresión y del llamado “discurso profesional” en relación con la terapia de cambio de orienta-

“Two-Trip Mandatory Delay law”, o “Inspections law”) fueron bloqueada parcialmente en *Falls Church Medical Center, LLC v. Oliver*, 412 F.Supp.3d 668 (ED VA, September 30, 2019); o la *Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act* of 2019, HB 481, de Georgia (prohibiendo abortos desde el momento en el que se percibe el latido del corazón del no nacido a partir de la sexta semana LMP) también bloqueada en *SisterSong Women of Color Reproductive Justice Collective v. Kemp*, 410 F.Supp.3d 1327 (ND GA, October 1, 2019).

¹⁸³ Cfr. *Gee v. Planned Parenthood of Gulf Coast*, 139 S.Ct. 408 (December 10, 2018); *June Medical Services v. Gee*, 139 S.Ct. 663 (February 7, 2019); *Harris v. West Alabama Women’s Center*, 139 S.Ct. 2606 (June 28, 2019). Ya sabemos que, el 4 de octubre de 2019, el Supremo aceptó los recursos de apelación presentados en el caso de la ley de Louisiana (*June Medical Services LLC v. Gee*).

¹⁸⁴ Cfr. *People ex rel Becerra v. Superior Court of Riverside County*, 29 Cal.App.5th 486 (CA App., November 27, 2018); *Glassman v. Grewal*, Case No. AM-000707-18T3 (NJ App., August 27, 2019).

¹⁸⁵ Cfr. *United States v. Nagarwala*, 350 F.Supp.3d 613 (ED MI, November 20, 2018).

¹⁸⁶ Cfr. *F.F. on behalf of her minor children v. State of New York*, 65 Misc.3d 616 (Albany Cty. Sup. Ct., August 23, 2019); *In re K. Y-B*, 242 Md.App. 473 (MD Ct. Special Appeals, August 30, 2019).

¹⁸⁷ Cfr. *Buck v. Gordon*, Case No. 1:19-CV-286, 2019 WL 4686425 (WD MI, September 26, 2019).

ción sexual (“Sexual Orientation Change Efforts”, SOCE) de menores (*Pickup v. Newson*)¹⁸⁸ y de adultos (ley de New York City 2018/22)¹⁸⁹;

¹⁸⁸ Es decir, si el derecho de libertad de expresión religiosa llevó al Supremo, en *NIFLA v. Becerra* (2018), a resolver la cuestión de los avisos contrarios a sus creencias en centros pro-vida a favor de ellos, ¿no habría que amparar igualmente la libertad de expresión religiosa de los terapeutas y psicólogos en su labor de asistencia de los menores que solicitaran libremente su ayuda para cambiar de orientación sexual? En *NIFLA*, el Supremo rechazó la argumentación del noveno circuito cuando hablaba de discurso profesional merecedor de un examen menos riguroso que el propio de la libertad de expresión, algo que este circuito ya había hecho antes en esos casos de terapia sobre orientación sexual como en *Pickup v. Brown* (2013 y 2014), del mismo modo que el tercer circuito en *King v. Governor of New Jersey*, 767 F.3d 216 (3rd Cir., September 11, 2014). En el caso de California, recordemos que una ley de 2012, SB 1172, había prohibido a los profesionales de la salud mental, como psicólogos, psiquiatras, terapeutas u otros, ofrecer asistencia a menores de 18 años que quisieran cambiar o disminuir una conducta o atracción no deseada hacia personas del mismo sexo. Un tribunal federal de distrito entendió que esa ley contravenía la libertad de expresión y los derechos de los menores a recibir el asesoramiento profesional que desearan, pero el noveno circuito en apelación mantuvo la validez de la ley, primero en *Pickup v. Brown* (2013) y después, al año siguiente, al negarse a reabrir el caso en pleno: *Pickup v. Brown*, 728 F.3d 1042 (9th Cir., August 29, 2013) y *Pickup v. Brown*, 740 F.3d 1208 (9th Cir., January 29, 2014). El Supremo no aceptó entonces el recurso de apelación en *Pickup v. Brown*, 134 S.Ct. 2871 (June 30, 2014), así como en el caso similar *Welch v. Brown*, 134 S.Ct. 2881 (June 30, 2014). Muchos entendieron que ahora, después de *NIFLA v. Becerra*, se había corregido esos casos, pero el noveno circuito no procedió a ello. Los demandantes acudieron al Supremo que rechazó el recurso en *Pickup v. Newson*, 139 S.Ct. 2622 (2019). Ciudades, condados y Estados (el último de los Estados, el 20 en hacerlo, el de Virginia en marzo de 2020, HB 386) siguen prohibiendo esa clase de terapia por lo que los casos se irán multiplicando, con la posibilidad de pronunciarse finalmente el Supremo si entraran en conflicto. Uno de ellos, por ejemplo, es el planteado en Florida contra una normativa local de Tampa por David Pickup y Robert Vazzo en *Vazzo v. City of Tampa*, Case No. 8:17-cv-2896-T-02AAS, 2019 WL 1040855 (MD FL, March 5, 2019); el 4 de octubre este tribunal anuló la normativa sin entrar en cuestiones constitucionales sobre libertad de expresión y religión: *Vazzo v. City of Tampa* (MD FL, October 4, 2019). Otro es el planteado por Chirtopher Doyle contra la normativa similar de Maryland sin que un tribunal federal viera en ella nada contrario a la libertad de expresión y de ejercicio de la religión del demandante en *Doyle v. Hogan*, 411 F.Supp.3d 337 (D MD, September 20, 2019).

¹⁸⁹ Esta normativa de New York City había dado un paso más en el caso de la terapia de cambio de orientación sexual, incluyendo ahora también a los adultos, además de los menores. Asistido por la “Alliance Defending Freedom” (ADF), un doctor judío ortodoxo denunció, en enero de 2019, la validez de la ley a la que calificaba de *Counseling Censorship* por violar sus derechos de libertad de expresión y de libre ejercicio re-

- (8) la validez de la política discriminatoria del metro de Washington sobre publicidad religiosa en relación con la Primera Enmienda y la RFRA (*Archdiocese of Washington v. WMATA*)¹⁹⁰;
- (9) la defensa de los derechos del colectivo LGBT (en pretación de servicios públicos, en el ejército, o en las escuelas¹⁹¹);
- (10) la definición de discriminación sexual en el trabajo (a fin de saber si la orientación sexual o por identidad de género se encuentra incluida o no en el Título VII, *Bostock*, *Altitude Express*, y *Harris Funeral Homes*) o los requisitos exigidos en el caso de una adaptación religiosa en el empleo (*Patterson*, caso cuya apelación fue finalmente rechazada);
- (11) el alcance de las doctrinas de la excepción ministerial (los casos de las profesoras *Agnes Morrissey-Berru* y *Kristen Biel*) y de la abstención eclesiástica (*Feliciano*, caso finalmente reenviado al tribunal inferior);
- (12) la aclaración sobre la decisión del Supremo *Hill v. Colorado* del 2000 en materia de libertad de expresión (de aceptar el Supremo el recurso en *Price*);
- (13) la validez de la reforma sanitaria de Obama (tras la decisión del tribunal de distrito de Texas, recurrida ahora ante el quinto cir-

ligioso: *Schwartz v. City of New York*, Case 1:19-cv-00463 (ED NY, filed January 23, 2019). Ante el temor de un caso que pudiera llegar al segundo circuito y al Supremo, en el que se pudieran pronunciar en contra de esa normativa, la ciudad decidió revisarla en septiembre para aplicarla solo a la terapia sobre menores, cfr. J. C. MAYS, *New York City Is Ending a Ban on Gay Conversion Therapy. Here's Why*, en *New York Times*, September 13, 2019, at A26, en <https://www.nytimes.com/2019/09/12/nyregion/conversion-therapy-ban-nyc.html>.

¹⁹⁰ *Archdiocese of Washington v. Washington Metropolitan Area Transit Authority*, 897 F.3d 314 (DC Cir., July 31, 2018). El recurso de apelación al Supremo fue presentado en mayo de 2019: *Archdiocese of Washington v. Washington Metropolitan Area Transit Authority*, CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, Case No. 18-1455 (filed, May 20, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-1455/100381/20190520152056321_5.20.19%20WMATA%20Petition%20FINAL.pdf.

¹⁹¹ Cfr. *Students and Parents for Privacy v. School Directors of Township High School District 211*, 377 F.Supp.3d 891 (ND IL, March 29, 2019); *Grimm v. Gloucester County School Board*, 400 F.Supp.3d 444 (ED VA, August 9, 2019); *Meriwether v. Trustees of Shawnee State University*, Case No. 1:18-cv-753, 2019 WL 4222598 (SD OH, September 5, 2019).

cuito, sobre la que decidirá el Supremo en el 2021 tras haber admitido el recurso el 2 de marzo de 2020), así como de la última normativa de Trump en materia de objeción de conciencia moral y religiosa frente al mandato contraceptivo, con dos sentencias de los circuitos tercero y noveno en contra (*Pennsylvania v Trump* y *California v. Azar*), cuyos recursos de apelación fueron admitidos y unidos el 17 de enero de 2020 fijando la discusión del caso para el 29 de abril de este año, salvo que la crisis provocada por el coronavirus COVID-19 obligara al Tribunal a posponerlo¹⁹²;

- (14) la revisión del precedente *Employment Division v. Smith* (en el caso de la política de Filadelfia sobre acogida de menores (*Fulton*), y en el del rechazo al uso del número de la seguridad social (*Ricks*), después de que Alito, Thomas, Gorsuch y Kavanaugh, suficientes para aceptar estos recursos, manifestaran su deseo de corregir *Smith* en el caso del entrenador de fútbol que rezaba al final de los partidos (*Kennedy*), si es que así se lo plantearan);
- (15) si, bajo la RFRA, pueden reclamarse, como remedio apropiado, daños económicos contra los funcionarios federales en el ejercicio de sus funciones, ante la discrepancia de pareceres en los circuitos (*Tanvir v. Tanzin* y *Ajaj v. United States*)¹⁹³;
- (16) la política migratoria y de asilo de la administración Trump;

¹⁹² Cfr. *Commonwealth of Pennsylvania and State of New Jersey v. President of United States of America*, 930 F.3d 543 (3rd Cir., July 12, 2019); *California v. U.S. Department of Health & Human Services*, 941 F.3d 410 (9th Cir., October 22, 2019).

¹⁹³ El segundo y tercer circuitos han dicho que sí: *Tanvir v. Tanzin*, 894 F.3d 449 (2nd Cir., June 25, 2018); *Mack v. Warden Loretto FCI*, 839 F.3d 286 (3rd Cir., October 11, 2016); mientras que el undécimo circuito, *Davila v. Gladden*, 777 F.3d 1198 (11th Cir., January 9, 2015), y tribunales federales de distrito, como *Ajaj v. United States*, Case No. 14-cv-01245-JPG-RJD, 2019 WL 3804232 (SD IL, August 13, 2019), han expresado dudas o han dicho que no. El 12 de julio de 2019 fue presentado un recurso de apelación ante el Supremo en el caso del segundo circuito: *FNU Tanzin v. Tanvir*, CERTIORARI TO THE SECOND CIRCUIT, Case No. 19-71 (*filed*, July 12, 2019), en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-71/107979/20190712161315195_Tanzin%20v.%20Tanvir.pdf, siendo admitido por el Supremo el 22 de noviembre: *Tanzin v. Tanvir*, Case No. 19-71, 2019 WL 6222538 (November 22, 2019); la discusión del caso, prevista inicialmente para el 24 de marzo de 2020, fue pospuesta por el COVID-19.

- (17) la validez de las oraciones legislativas en órganos de gobierno por sus miembros, ante la discrepancia de pareceres entre el cuarto y sexto circuito (*Rowan y Bormuth*);
- (18) la aplicación de un test para los casos de simbología religiosa que supere los empleados hasta la fecha (*lemon test, endorsement test, y coercion test*);
- (19) el alcance de la oración, libertad de expresión y no establecimiento en la escuela como en las ceremonias de graduación (*American Humanist v. Greenville*)¹⁹⁴, así como el contenido de su plan de estudios con lecciones sobre biblia, islam, hinduismo o yoga (*Wood v. Arnold*, recurso rechazado en octubre);
- (20) la protección del sigilo sacramental en casos de abuso sexual (*Ronchi v. Florida*, 2018)¹⁹⁵;
- (21) la constitucionalidad de la exención fiscal concedida a las ayudas al clero para gastos de alojamiento-vivienda, lo que se conoce como *parsonage allowance* (*Gaylor v. Mnuchin*)¹⁹⁶; o
- (22) finalmente, la validez del cheque o bono escolar (es decir, de los programas neutrales y generales de ayuda económica a los alumnos que eligen asistir a escuelas religiosas (*Espinoza*), lo que fue discutido el 22 de enero de 2020 como un caso de discriminación religiosa, algo “odioso a nuestra Constitución”¹⁹⁷, en palabras del *Chief Justice* Roberts en *Trinity Lutheran Church*, 2017).

¹⁹⁴ Cfr. *American Humanist Association v. Greenville County School District*, Case No. 6:13-cv-2471-BHH (D SC, July 18, 2019), en <http://americanhumanist.org/wp-content/uploads/2019/07/143.-Court-Order-07.18.2019.pdf>.

¹⁹⁵ Cfr. *Ronchi v. State of Florida*, 248 So.3d 1265 (FL Dist. Ct. App., June 15, 2018). El tribunal de distrito ordenó testificar a un sacerdote católico sobre las declaraciones recibidas en el sacramento de la reconciliación. En segunda instancia, este tribunal dijo que eso violaría la ley estatal de libertad religiosa (*Florida Religious Freedom Restoration Act*), al no ser la medida menos restrictiva de lograr un poderoso interés estatal.

¹⁹⁶ Cfr. *Gaylor v. Mnuchin*, 919 F.3d 420 (7th Cir., March 15, 2019).

¹⁹⁷ Cfr. *Trinity Lutheran Church v. Comer*, 137 S.Ct. 2012, at 2025 (2017) [Roberts, C. J.]: “But the exclusion of Trinity Lutheran from a public benefit for which it is otherwise qualified, solely because it is a church, is odious to our Constitution all the same, and cannot stand”.