

---

# Crónica anual de Derecho Eclesiástico en los Estados Unidos (2010-2011)

## *Parte I*

---

José Ignacio RUBIO LÓPEZ

Profesor Estable

Facultad de Derecho Canónico. Universidad Eclesiástica San Dámaso (Madrid)

frjoseignaciorubio@gmail.com

SUMARIO: 1. El sistema norteamericano de Derecho Eclesiástico. 2. Crónica del último año judicial (2010-2011). 2.1. *En Números*. 2.2. *Jurisprudencia Federal y Estatal sobre «Free Exercise»*. 2.2.1. *En matrimonio y familia*. 2.2.2. *En la escuela*. 2.2.3. *Adaptaciones religiosas en el trabajo*. 2.2.4. *En la aplicación de la RLUIPA del 2000*. 2.2.5. *Objeciones de conciencia*. 2.2.6. *Casos de «Free Exercise» en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. 2.3. *Jurisprudencia Federal y Estatal sobre «Non-Establishment»*. 2.3.1. *Controversias eclesiológicas internas*. 2.3.2. *Manifestaciones públicas y regulación de la religión*. 2.3.3. *Oraciones en centros públicos*. 2.3.4. *«Establishment» en la escuela*. 2.3.5. *Simbología religiosa*. 2.3.6. *Controversias sobre la «Ministerial Exception» en el mundo del trabajo*. 2.3.7. *Casos de «Non-Establishment» en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. 3. Balance del año.

Conviene recordar, al iniciar esta sección de la revista *Ius Canonicum*, que el derecho eclesiástico, tal y como por ahora es conocido en España, no constituye una disciplina autónoma en el sistema jurídico estadounidense. Su tratamiento, entendiendo por tal la regulación jurídica del hecho religioso y de sus implicaciones en la sociedad civil, forma parte sobre todo del derecho constitucional de aquel país. Y también es necesario advertir, desde este momento, que la estructura política de los Estados Unidos hace obligatorio el conocimiento de la regulación federal y estatal que ofrecen sus Constituciones y leyes, sus decisiones jurisprudenciales e iniciativas diversas de sus órganos ejecutivos. Por el momento, en esta primera parte de la crónica anual, nos conformaremos con ofrecer una esquemática presentación del sistema que servirá de obligada referencia en las sucesivas entregas y al que nos remitiremos entonces. A continuación nos ocuparemos de las principales decisiones jurisprudenciales tanto del Tribunal Supremo como de otras instancias judiciales. Y dejamos para el próximo número de la revista tanto el análisis de las intervenciones gubernamentales y de las iniciativas legislativas, como la presentación de las novedades bibliográficas y académicas, además de otras noticias de interés personal o institucional.

## 1. EL SISTEMA NORTEAMERICANO DE DERECHO ECLESIASTICO

La Constitución norteamericana de 1787 no incluyó en su texto un cuerpo de derechos, aunque sí contempló la posibilidad de introducir Enmiendas en su artículo cinco. El derecho de libertad religiosa, sobre el que gravita todo el sistema norteamericano de derecho eclesiástico, figura en las dos cláusulas iniciales de la Primera de esas enmiendas (la *First Amendment*): la cláusula de libre ejercicio (*free exercise*) y la de no establecimiento de la religión (*non-establishment*). Una y otra aseguran que *el Congreso no promulgará ley alguna para el establecimiento de una religión o para la prohibición del libre ejercicio de la misma*. Con algunas disposiciones concretas surgidas a partir de la era de los derechos civiles del pasado siglo, este marco legal de la Primera enmienda sirvió a la causa de la primera de las libertades, sin que se viera la necesidad de ninguna regulación específica, por dos siglos. Esto fue así hasta la aprobación primero, en 1993, de la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) y después, en el año 2000, de la *Religious Land Use Institutionalized Persons Act* (RLUIPA). La RFRA surgió tras la presión que sobre el Congreso realizaron diversos movimientos religiosos y por los derechos civiles que se unieron en una liga en defensa de

la libertad religiosa tres años después de una controvertida decisión del Tribunal Supremo en 1990 (*Smith*). Por su parte, la RLUIPA vio la luz tras otra sentencia del Supremo en 1997 que anulaba la aplicación estatal de la RFRA. Así las cosas, puede decirse que la protección legislativa que recibe la libertad religiosa en los Estados Unidos, en el ámbito federal, es básicamente: la garantía constitucional de las cláusulas religiosas de la Primera enmienda; el amparo federal de la ley de 1993; y, finalmente, la protección de la ley del 2000 en los dos únicos supuestos que contempla (urbanismo y personas ingresadas en ciertas instituciones). A estos textos habría que añadir también otras disposiciones contenidas en leyes como la *Civil Rights Act*, la *Americans with Disabilities Act*, la *Civil Rights of Institutionalized Persons Act* (CRIPA), la *Trafficking Victims Protection Act*, la *Fair Housing Act*, o la *Equal Credit Opportunity Act* (ECOA). Por su parte, también las Constituciones de cada Estado han incluido las dos cláusulas de *free exercise* y de *non-establishment*. A estas garantías habría que añadir las propias leyes de restauración (las llamadas *state* RFRA) que diversos Estados fueron aprobando tras la decisión del Supremo en *City of Boerne* (1997). Entonces aquí, en el ámbito estatal, podrían distinguirse tres garantías: la constitucional de las cláusulas; la legislativa federal de la RLUIPA que es de aplicación estatal, mientras no se declare su inconstitucionalidad (lo que no ha ocurrido hasta el momento); y la legislativa estatal de las RFRA que opera en 16 Estados de la Unión (Connecticut en 1993; Florida, Illinois y Rhode Island en 1998; Alabama, Arizona, South Carolina y Texas en 1999; Idaho, New Mexico y Oklahoma en 2000; Pennsylvania en 2002; Missouri en 2004; Virginia en 2007; Utah en 2008; y Tennessee en 2009) o 17 si incluimos el reciente texto de Louisiana que, en los mismos términos que los anteriores y bajo el nombre de *Preservation Religious Freedom Act*, entró en vigor el 15 de agosto de 2010. En aquellos Estados sin ley propia de restauración, la libertad religiosa vendría tutelada por las dos cláusulas constitucionales y por la legislación federal del 2000 en los dos casos previstos en ella.

En relación al amparo judicial de la libertad religiosa, éste se verifica a través del sistema jurisdiccional norteamericano que viene determinado por la estructura federal de la nación. Es posible distinguir así dos esferas (estatal y federal) y tres instancias en cada una de ellas. Por un lado, en el nivel federal se encuentran el Tribunal Supremo de los EE.UU. (*United States Supreme Court*, USSC), los Tribunales de Apelación (*Courts of Appeal* o *Circuits*) y los de Distrito (*District Courts*). Actualmente la nación está dividida en 94

distritos judiciales y 11 tribunales de apelación (circuitos), mientras el duodécimo circuito federal interviene en apelación de tribunales especiales, como el *Court of Claims*. La jurisprudencia federal se encarga de cuestiones federales e interestatales. La cúspide del sistema la ocupa el Supremo que ejerce la supremacía doctrinal sobre el ámbito federal y estatal. Por otra parte, en el ámbito estatal se reproduce la misma estructura vista en el federal. Los Tribunales estatales se componen de Cortes Supremas en cada Estado, de Tribunales de Apelación, y de Juzgados de primera instancia. A los Tribunales estatales les correspondería conocer cuestiones estatales o federales. Pues bien, el derecho de libertad religiosa ha recibido el amparo de los Tribunales en los dos órdenes (federal y estatal). Y aunque el *nuevo federalismo* norteamericano, al insistir en la soberanía estatal, ha revitalizado la jurisprudencia de cada Estado, la doctrina de los Tribunales federales, en especial del Supremo, sigue siendo determinante en la comprensión de los derechos civiles.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos interviene, desde los inicios del siglo XIX con la decisión *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), en el control de constitucionalidad de las leyes –sean estatales o federales–, bien a través del correspondiente recurso de apelación o del *writ of certiorari*. Siendo esto así, este alto tribunal no aplicó, antes de 1940, la Primera enmienda a los Estados de la Unión salvo en contadas excepciones. La llamada *doctrina de la incorporación* sirvió de cauce, a partir de los años 40 del siglo XX, para la extensión de la Primera enmienda a los Estados, a través de la Decimocuarta, desde el momento en el que esta última enmienda afirma que ningún Estado podrá, sin el debido proceso legal, privar a un ciudadano de su libertad. Así es como, las decisiones *Cantwell v. Connecticut*, 320 U.S. 296 (1940) y *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947) del Supremo de los Estados Unidos aplicaron las cláusulas federales de libre ejercicio y de no establecimiento de la religión a los Estados de Connecticut (*Cantwell*) y de New Jersey (*Everson*). Fue entonces cuando comenzó la separación oficial de la libertad religiosa en sus dos cláusulas, a través de una jurisprudencia independiente, aunque con constantes influencias recíprocas. En este tiempo, la cláusula de libre ejercicio de la religión ha contado con dos decisiones fundamentales: *Sherbert* (1963) y *Smith* (1990). Por su parte, la cláusula de no establecimiento recibió su principal interpretación constitucional en la sentencia *Lemon* (1971).

Pues bien, en atención al contenido reciente de la interpretación jurisprudencial del derecho de libertad religiosa, el Supremo –en sentencia redactada por el juez Scalia– consagró un principio de neutralidad formal en el libre ejercicio de la religión (*free exercise clause*). Esto tuvo lugar en *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), cuando Estados Unidos luchaba contra las drogas, viéndose afectado aquí el consumo ritual del peyote por los indios americanos. A partir de entonces, cualquier limitación del libre ejercicio de la religión sería posible ante una normativa o práctica neutral y de general aplicación. Atrás quedaba la operación de equilibrio de intereses (*balancing test*) mantenida desde *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963). En efecto, en esta última decisión de la Corte Warren (1953-1969), el Supremo procedió a un análisis riguroso de los intereses enfrentados (*strict scrutiny*) en el caso de esta libertad preferente. Según este examen, el interés público alegado debía ser lo bastante poderoso (*compelling state interest*) y representar la medida menos restrictiva (*least restrictive means*) si deseaba prevalecer sobre el derecho de *free exercise*. Sin embargo, tres años después de la decisión *Smith*, las Cámaras legislativas respaldaron una ley de restauración de libertad religiosa que ya hemos mencionado, la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de 1993. Lejos de quedarse ahí, la polémica continuó hasta que el Tribunal Supremo, en la sentencia *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997), invalidó esta ley –en su aplicación estatal– por entender que el Congreso se había excedido en sus facultades, invadiendo las competencias de los Estados. Más tarde, un nuevo intento legislativo encontró el respaldo del Congreso en la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) del 2000. La Corte Rehnquist (1986-2005) sostuvo, en su último año, la validez de esta legislación, por lo que se refiere al segundo supuesto de personas internas en ciertas instituciones, en *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005). El Supremo aplicó en esta ocasión la sección 3 de la RLUIPA sin entender que la misma supusiera una violación de la cláusula constitucional de no establecimiento. Y al año siguiente, la recién estrenada Corte Roberts (2005- ) se pronunció a favor de la constitucionalidad de la RFRA, en su aplicación federal, en la sentencia *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficiente União Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006), una decisión redactada por el Chief Justice Roberts para un tribunal unánime.

Tras este sucinto recorrido histórico, son fechas importantes a retener –cuando hablamos de libre ejercicio de la religión (es decir, de la *free exercise clause*)– las

de: 1789-1791 (aprobación y ratificación de la cláusula federal); 1940 (aplicación de esta cláusula a un Estado por el Supremo en *Cantwell*); 1963 y 1972 (consagración de la doctrina del estricto escrutinio, reconociendo así las exenciones por libre ejercicio, en las decisiones *Sherbert* y *Yoder* –es decir, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972)–); 1990 (afirmación del principio de neutralidad formal y superación de la doctrina *Sherbert-Yoder* en la decisión *Smith*); 1993 (aplicación por el Supremo de la doctrina *Smith* en *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, Florida*, 508 U.S. 520 (1993) y anulación de la sentencia *Smith* por el Congreso federal, restableciendo así el *Sherbert test* a través de la RFRA); 1997 (declaración de la inconstitucionalidad de la RFRA, en su aplicación estatal, por el Supremo en *City of Boerne*); 2000 (aprobación por el Congreso de la RLUIPA, recuperando las exenciones por libre ejercicio en unos supuestos muy concretos); y, finalmente, 2006 (declaración de la constitucionalidad de la RFRA, en su aplicación federal, en la sentencia *Gonzales v. O Centro Espirita*). Pues bien, todos estos años (1789-1791; 1940; 1963-1972; 1990; 1993; 1997; 2000; y 2006) son los hitos que, hasta el año 2010, jalonan el desarrollo histórico, las distintas etapas y los respectivos periodos del libre ejercicio de la religión. Aunque también es cierto que no todos estos momentos tienen igual importancia. En esa sucesión histórica, la aprobación y ratificación de la cláusula religiosa del libre ejercicio y el debate acerca del contenido concreto de esta cláusula, en relación a la doctrina del estricto escrutinio sancionada en *Sherbert*, hacen que los años 1789-1791 y 1963-1990 sean los determinantes.

Entremos ahora a conocer lo sucedido con el no establecimiento (es decir, con la *non-establishment clause*). La historia reciente de la interpretación judicial de esta cláusula en el Supremo nos habla de tres posibles respuestas: *Lemon test*; *endorsement* y *coercion test*. En 1971 el Tribunal Supremo fijó un examen tripartito en *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971), según el cual el no establecimiento exigiría que cualquier acción del gobierno (1) tuviera una finalidad secular y no religiosa, (2) su primero o principal efecto no fuera el avance o la prohibición de la religión y (3) no supusiera una excesiva vinculación (*entanglement*) entre el gobierno y la religión. Ahora bien, este test –no anulado hasta este momento– ha sido formalmente abandonado en los últimos años a través de una doble iniciativa. Por una parte, la juez O'Connor pretendió corregir el segundo elemento del *Lemon test* en *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), sirviéndose de la idea del respaldo a la religión –es decir, *endorsement*– como de

su desaprobación—*disapproval*—, algo que enviaría un mensaje a unos y otros de que ellos son reconocidos (los *insiders*) o no (los *outsiders*) como miembros plenos de la comunidad política. Después de las críticas señaladas por los magistrados Scalia y Kennedy, la juez O'Connor, en *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995), quiso clarificar cómo debería funcionar este test, advirtiendo que el criterio de examen sería el de un «observador razonable». Sin embargo, estas aclaraciones no produjeron mucho efecto en el Tribunal. Quienes ya eran partidarios del planteamiento de O'Connor, como el juez Souter, continuaron manifestándose a favor de esta posible lectura, mientras que quienes, como Scalia y Kennedy, ofrecieron sus reservas a la apuesta de O'Connor no han cambiado de parecer. Por último, una tercera propuesta es la que ha terminado por imponerse en un buen número de casos: se trata del *coercion test*. Para el magistrado Scalia, la *non-establishment clause* exige dos principios que se deben examinar conjuntamente: si la medida es neutral (*neutrality standard*) y no supone coacción alguna (*coercion test*) no queda comprometida la garantía constitucional del no establecimiento. De este modo, en relación a la *non-establishment clause*, podemos concluir que el Tribunal Supremo ha rechazado abandonar, hasta el momento, la noción de separación enunciada por la Corte Warren en 1947 (*Everson*), a pesar de permitir una cierta flexibilidad. Así, se han ido admitiendo supuestos de adaptación cuando estaba en juego otro derecho protegido como el de libertad de expresión [*Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 385 (1993); *Capitol Square v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995); *Rosenberger v. Rec-tor and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995)] o programas de asistencia escolar [*Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993); *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997); *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000); *Zelman, Superintendent of Public Instruction of Ohio v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002)], pero no en el caso de oración en la escuela [*Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992); *Santa Fe Independent v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000)]. Con ello, se ha ido consolidando en el tiempo una lectura menos estricta del no establecimiento en el Tribunal Supremo: con voces críticas hacia el *Lemon test* y favorables hacia una adaptación creciente como en los casos del bono escolar [sí en *Zelman* (536 U.S. 639), pero no en *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004)] o de la oración en las escuelas públicas [*Brown v. Gilmore*, 534 U.S. 996 (2001) [rechazado el *writ of certiorari* el 29 de octubre de 2001] y *Emily Adler v. Duval County Sch. Board*, 534 U.S. 1065 (2001) [rechazado el recurso

el 10 de diciembre de 2001]: casos en los que el Supremo, apenas un mes después de los atentados del 11 de septiembre, no lograba encontrar en su seno votos suficientes para aceptar el recurso frente a decisiones que reconocían en la escuela pública la constitucionalidad de un minuto de silencio y de oraciones por los estudiantes en sus ceremonias de graduación].

Por su parte, en la restante jurisprudencia federal y estatal, el *Lemon test* no ha sido abandonado, variando las soluciones según el test empleado. Y es que, en efecto, la flexibilidad en la lectura de los criterios o *standards* ofrecidos, la falta de uniformidad en la interpretación según el Tribunal que juzga, o la diversidad de pareceres entre los magistrados, son, todos ellos, factores que hacen que cualquier intento de predicción del resultado de un caso de no establecimiento sea un ejercicio verdaderamente difícil. Mientras que en unos Estados se permite la exposición pública de Decálogos o el comienzo de la jornada escolar con un tiempo de silencio, en otros lugares esas mismas actividades no superarían el examen de constitucionalidad. Eso sí, al menos, ya sabemos que son fechas a retener, cuando hablamos del no establecimiento de la religión (es decir, de la *non-establishment clause*) en la jurisprudencia del Supremo, las de: 1947 (*Everson*); 1971 (*Lemon*); y, si así se quiere también, aunque en menor importancia, 1984 (*Lynch*) y 1995 (*Pinette*).

Por último, en esta síntesis del sistema norteamericano de derecho eclesiástico, un capítulo aparte merecen los esfuerzos de sus últimas administraciones en la promoción del derecho de libertad religiosa. El presidente George W. Bush Jr. insistió durante sus mandatos en el papel central de esta libertad, dentro y fuera de la nación. En realidad, si es verdad que este país desea ejercer un liderazgo internacional (a través del Departamento de Estado) en la defensa de la libertad religiosa, es porque en casa (principal, pero no exclusivamente, por medio del Departamento de Justicia) se protege con eficacia esa libertad. En relación al Departamento de Justicia (el *United States Department of Justice*, USDOJ), este Ministerio cuenta con una «División de los Derechos Civiles» desde el año 1957. De esta sección depende una oficina especial para la discriminación religiosa creada en el año 2002 (*Special Counsel for Religious Discrimination*). Este órgano ha trabajado en diversas publicaciones, incluyendo el último informe del 2007 sobre el trabajo realizado por el Departamento en los cinco años anteriores (2001-2006). Además de otros escritos, existe también un informe periódico que depende de estas secciones del USDOJ y que lleva por título *Religious Freedom in Focus*. Su primer ejemplar

apareció en el año 2004 y desde entonces tiene una frecuencia bimensual o mensual, aunque su periodicidad se ha visto reducida con la administración Obama. Esta publicación se ha convertido en el medio a través del cual el Departamento de Justicia da a conocer sus actividades en este ámbito de la libertad religiosa, fundamentalmente en los tribunales, pero también fuera de ellos. Después de unos años, se vio la oportunidad de dar a conocer un informe que recogiera todo el trabajo del Departamento en esta área. Así surgió el *Report on Enforcement of Laws Protecting Religious Freedom. Fiscal Years 2001-2006*, publicado en febrero del 2007. Al mismo tiempo, la oficina *Special Counsel for Religious Discrimination* dirige un proyecto especial (*First Freedom Project*) que incluye seminarios de formación y divulgación. Se trata de una iniciativa interesante que, anunciada por el entonces Ministro de Justicia (el *Attorney General*) Alberto Gonzales en febrero de 2007, surgió con el fin de coordinar y agrupar los esfuerzos, creando un amplio departamento para tutelar la libertad religiosa bajo la División de Derechos Civiles y la guía directa del Consejero especial para la discriminación religiosa. El proyecto buscaba incentivar las relaciones con organizaciones religiosas, grupos de derechos civiles y toda persona o asociación interesada en la tutela de la libertad religiosa. A este objetivo, se han organizado encuentros y charlas, se han impartido seminarios y se han distribuido esas publicaciones señaladas. Consciente que la ignorancia de los derechos de las minorías religiosas era su principal enemigo, este proyecto pretendía, por un lado, difundir toda la información necesaria y extender la educación para evitar violaciones de la primera libertad y, por otro lado, dar también a conocer el empeño considerable de la Administración para la eficaz tutela de este derecho. Este proyecto cuenta con su propia página web ([www.FirstFreedom.gov](http://www.FirstFreedom.gov)) y pretende ser el centro desde el que se dirigen todas las operaciones referentes al derecho de libertad religiosa. Finalmente, el Departamento de Justicia actúa decisivamente para el disfrute eficaz de la libertad religiosa en las diversas controversias. De hecho, su intervención se ha revelado determinante a la hora de corregir abusos y discriminaciones que hubieran continuado sin su acción. En otros casos, su rápida actuación y acertada negociación ha evitado que el conflicto se judicializara.

Por su parte, el Departamento de Estado (*United States Department of State*, USDS) lidera la protección internacional del derecho de libertad religiosa como se insiste en el «Plan estratégico del Departamento para los años 2007-2012». Tan importante es este objetivo que existe, en el organigrama del Mi-

nisterio, una oficina específicamente dedicada a esta libertad: la «Oficina para la libertad religiosa en el orden internacional» (*Office on International Religious Freedom*, OIRF) creada por la *International Religious Freedom Act* (IRFA) de 1998 y dirigida por un embajador especial (*Ambassador-at-Large*). A esta oficina se le encomienda la importante misión de elaborar y presentar unos informes anuales (los *Annual Reports on International Religious Freedom*, 22 U.S.C. 6412, sección 102 de la IRFA) sobre el estado internacional de la libertad religiosa y que constituyen una fuente inagotable de información acerca del estado de la libertad religiosa de uno a otro extremo del mundo. Un notable esfuerzo que representa el inequívoco mensaje de la importancia que tiene esta libertad para los Estados Unidos. Al mismo tiempo, desean servir como estímulo para quienes sufren en sus cuerpos o bienes a causa de la religión que profesan. Pero, por otra parte, supone también un toque de atención hacia aquellos gobiernos o regímenes que violan o impiden la pacífica práctica religiosa de sus creyentes. En este sentido, la inclusión de un país dentro de la categoría de «especial atención» (*Countries of Particular Concern*, CPCs) conlleva la adopción de una serie de sanciones, unilaterales o no, por parte de los Estados Unidos.

## 2. CRÓNICA DE UN AÑO (2010-2011)

Presentado el sistema a grandes rasgos, podemos ofrecer ahora la memoria de este último año. En relación al periodo de tiempo tomado en consideración, hablaremos aquí de lo sucedido en Estados Unidos entre el mes de octubre de un año y el de julio del siguiente, en este caso, entre el lunes 4 de octubre del 2010 y el mes de julio del 2011. Fechas que intentaremos respetar y que vienen exigidas por el año judicial (*term*) del Tribunal Supremo, principal protagonista de nuestra historia. Para este órgano, su año comienza el primer lunes de octubre y concluye a fines de junio o principios de julio del año siguiente. Pasando ahora al contenido, recordaremos aquí lo ocurrido en el terreno judicial, tanto de la Unión como de los Estados, que estimemos de interés para el derecho de libertad religiosa. Al no ser posible recoger todo lo habido en este tiempo, seleccionaremos el material en razón de su novedad, contenido y fin, ocupando siempre un lugar destacado la jurisprudencia de su Corte Suprema bajo la presidencia actual del juez Roberts, a la que dejaremos –siguiendo un criterio ascendente– para el final en cada uno de los dos apartados (*free exercise* y *non-establishment*). Pues bien, a juzgar por los datos que ofrecemos a continuación, las controversias o litigios sobre libertad religiosa

más numerosos han tenido por objeto el libre ejercicio de la religión en el caso de personas internas en ciertas instituciones, particularmente en centros penitenciarios. Es decir, el objeto de la cláusula sobre *Institutionalized Persons* de la RLUIPA del 2000. De todos los tribunales, los federales de distrito se han llevado, como era de esperar, el grueso de los casos.

### 2.1. *En Números*

Como mera orientación, entre el 1 de junio de 2010 y el 15 de julio de 2011, encontramos, sirviéndonos del buscador jurídico Lexis-Nexis, 622 casos de libertad religiosa, 367 sobre libre ejercicio y 255 de no establecimiento. Comenzando por el libre ejercicio, la inmensa mayoría de controversias (290 de las 367) se plantearon en los tribunales federales de distrito, cerca de cuarenta casos se sustanciaron en los tribunales federales de apelación (circuitos), tres en el Tribunal Supremo –*Borough of Duryea v. Guarnieri*, 131 S.Ct. 2488 (June 20, 2011); *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct. 3020 (June 28, 2010); y *Christian Legal Soc’y Chapter of the Univ. of Cal. v. Martinez*, 130 S. Ct. 2971 (June 28, 2010)– y los demás en diferentes tribunales de 22 Estados (Illinois, California, Minnesota, New Hampshire, Ohio, Washington, Alabama, Arkansas, Connecticut, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Massachusetts, Maryland, Missouri, New Jersey, New York, Oregon, Pennsylvania, Texas, Virginia). Por su parte, de los litigios en los que se vio implicada la garantía constitucional de no establecimiento (*establishment clause*), 173 (de los 255 que hubo) tuvieron lugar en tribunales federales de distrito y 43 en circuitos de apelación. El Tribunal Supremo conoció cinco casos –*Borough of Duryea v. Guarnieri* (June 20, 2011); *Bond v. United States*, 131 S.Ct. 2355 (June 16, 2011); *Arizona Christian School Tuition Org. v. Winn*, 131 S. Ct. 1436 (April 4, 2011); *McDonald v. City of Chicago* (June 28, 2010); y *Levin v. Commerce Energy, Inc.*, 130 S. Ct. 2323 (June 1, 2010)– y el resto se planteó en 24 Estados (California, Connecticut, Minnesota, New York, Washington, Arkansas, Arizona, Georgia, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Missouri, Montana, North Carolina, New Hampshire, New Jersey, New York, Ohio, Pennsylvania, Texas, Utah, Virginia y Vermont).

Además los casos en los que estuvo implicada la *Religion Freedom Restoration Act* de 1993 o alguna de las estatales aprobadas fueron 174. De ellos, 130 se sustanciaron en tribunales federales de distrito, 23 en circuitos de apelación y 1 en el Tribunal Supremo, *Sossamon v. Texas*, 131 S. Ct. 1651 (Apr. 20,

2011). El resto de las controversias tuvieron lugar en los tribunales estatales de California, Illinois, Alabama, Connecticut, Hawaii, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Minnesota, New Jersey, New Mexico, Ohio, Rhode Island y Texas. Finalmente, se plantearon 574 casos en los que se vio afectada la RLUIPA del 2000: 491 se suscitaron en los tribunales federales de distrito, 58 en los circuitos de apelación y 1 en el Tribunal Supremo (*Sossamon*). A estos habría que añadir los planteados en los 18 Estados siguientes: California, Kentucky, New Jersey, Alabama, Arizona, Hawaii, Iowa, Illinois, Kansas, Louisiana, Maryland, Michigan, New Jersey, New York, Pennsylvania, Rhode Island, Vermont y Washington. Si buscamos casos relativos a la sección sobre urbanismo de esta ley (*zoning*) encontraremos 42 casos: 20 en tribunales federales de distrito, 9 en circuitos de apelación, ninguno en el Tribunal Supremo y los restantes en los tribunales de los Estados de California, Illinois, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Pennsylvania, Rhode Island y Washington. Pero, cuando la que se vio afectada fue la de los internos en centros penitenciarios (*prisons*) aparecen 448 casos: 407 en tribunales federales de distrito, 36 en circuitos de apelación, uno en el tribunal Supremo (*Sossamon*) y los demás en los Estados de Arizona, Kansas, New Jersey y Vermont. Finalmente, si incluimos las necesidades religiosas de la dieta (*religious diet*) surgen nada menos que 155 casos del total: 142 en tribunales federales de distrito, 10 en circuitos de apelación, 1 en el Tribunal Supremo (*Sossamon*) y otros dos más en los Estados de Arizona y Vermont (uno en cada uno).

## 2.2. *Jurisprudencia Federal y Estatal sobre «Free Exercise»*

Es imposible ofrecer un elenco exhaustivo de este tipo de casos cuando, como aquí, no se pretende más que la crónica del último año. Por el momento, a la espera de un estudio más detenido de la cuestión, nos contentaremos con indicar los aspectos más relevantes en diversos capítulos, terminando con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a través de sus fallos como de las apelaciones aceptadas o rechazadas. Pero antes de entrar en los principales apartados, señalar algunos casos aislados. Los primeros resultan de interés por su conexión directa con la RFRA de 1993 y la sentencia del Tribunal Supremo en *O Centro Espirita* (2006). En *State of Minnesota v. Ahmed*, 791 N.W.2d 296 (Minn. App., Nov. 23, 2010), un tribunal estatal de apelación rechazó el argumento de libre ejercicio, que creían amparado en la RFRA (1993), en un caso de tenencia de Khat, una planta estimulante que contiene anfetamina y

considerada como una droga ilegal en muchos países. La ley federal no fue aplicada al Estado como consecuencia de *City of Boerne* (1997). Tampoco tuvo éxito la pretendida defensa bajo la RFRA de 1993 del dueño de una granja conocida como «Eddie's Medicinal Gardens and Ministry of the Rastafari» y en la que se cultivaba marihuana en *United States v. Lepp*, 2011 WL 3152834 (9th Cir., July 27, 2011). Y lo mismo puede decirse de *United States v. Lafley*, 2011 WL 3850843 (9th Cir., Sept. 1, 2011). Un caso en el que un tribunal federal de distrito impuso como condición para la concesión de libertad vigilada, a un condenado por distribución ilegal de drogas, la no tenencia o uso de estupefacientes, incluida la marihuana. Lafley se había unido a un grupo religioso (Montana Cannabis Ministries) y pidió una exención que no le fue concedida por la existencia de un poderoso interés estatal en prevenir que un condenado usara drogas en su libertad condicional, siendo la medida adoptada la menos restrictiva para lograr ese interés. El noveno circuito concluyó que la medida del tribunal no violaba la RFRA.

Por otra parte, algunos casos han tenido por objeto procedimientos de inmigración o peticiones de asilo como la del pastor baptista de Ghana al que el noveno circuito, en *Afriyie v. Holder*, 613 F.3d 924 (9th Cir., July 26, 2010), se la concedió como consecuencia de la persecución sufrida contra los cristianos en áreas musulmanas de aquel país. El tercer circuito, en *Xiu Ying Li v. Attorney General of the United States*, 414 Fed.Appx. 482 (3rd Cir., Feb. 16, 2011), también se mostró favorable a reabrir el proceso de petición de asilo de una ciudadana china que, con más de un hijo, se había incorporado a los testigos de Jehová. Y cuando una iglesia de Florida (*First Vagabonds Church of God*), cuyo fin era proporcionar alimento a los *homeless* de la ciudad de Orlando en uno de sus parques, denunció una ordenanza que exigía una licencia para esa actividad como contraria a las garantías constitucionales de *free exercise* y *free speech*, el undécimo circuito no lo aceptó ni en *First Vagabonds Church of God v. City of Orlando, Fla.*, 610 F.3d 1274 (11th Cir., July 6, 2010), ni al año siguiente en *First Vagabonds Church of God v. City of Orlando, Fla.*, 638 F.3d 756 (11th Cir., Apr. 12, 2011). Este tribunal entendió que, aun suponiendo que esa actividad de alimentar fuera una fórmula de expresión, la normativa regulaba racionalmente esa conducta.

Por último, *United States v. Wilgus*, 638 F.3d 1274 (10th Cir., Mar. 29, 2011) ha sido por ahora el último paso de un largo litigio que comenzó cuando Wilgus, baptista de nacimiento pero seguidor de la religión nativa americana, aun-

que sin pertenecer a algún grupo reconocido y no haber nacido indio, fue arrestado por tenencia de 141 plumas de águila americana bajo la *Bald and Golden Eagle Protection Act* de 1940. Esta ley protege esa especie y únicamente contempla como exención el uso religioso de las plumas, una eximente que afecta solo a grupos de nativos americanos federalmente reconocidos. Esto mismo, restringir la exención a esos grupos, es lo que denunció Wilgus, para quien esa limitación –en los términos de la RFRA de 1993– suponía un atentado al libre ejercicio de su religión que era limitado sustancialmente por la regulación del gobierno, sin que existiera un poderoso interés estatal y esa medida fuera la menos restrictiva para lograrlo. El décimo circuito rechazó esta argumentación y consideró que la regulación federal era la medida menos restrictiva posible para lograr un poderoso interés estatal (la protección de la especie de águila y la promoción de la cultura y religión de las tribus nativas) de suerte que la condena de Wilgus no suponía un atentado a la RFRA.

### 2.2.1. *En matrimonio y familia*

Dejando fuera algún caso marginal, como la denuncia de la prohibición de Utah sobre poligamia por la televisiva familia de las «Sister Wives» (serie en antena desde finales de septiembre de 2010 que retrata la vida de un hombre casado con una mujer y espiritualmente unido a otras tres que conviven con él) en *Brown v. Herbert* (D UT, Case 2:11-cv-00652-CW, introducida el 13 de julio de 2011; en este sentido, el décimo circuito ha rechazado por falta de fundamento una denuncia contra la ley de Oklahoma que prohíbe la poligamia en *Adgeb v. Oklahoma*, 2011 WL 3930289 [10th Cir., Sept. 8., 2011]), hay dos aspectos fundamentales en derecho de familia que tienen que ver con el matrimonio o uniones civiles entre personas del mismo sexo y con la adopción por esa misma clase de personas, aspectos en los que la religión está presente. En relación a la primera cuestión, se han abierto dos frentes, uno federal y otro estatal: el uno en relación a la validez de la ley federal *Defense of Marriage Act* (DOMA) de 1996 y el otro a la Proposición 8 de California. El 23 de febrero el Attorney General Holder hizo público que la administración Obama no defendería más la validez de la sección 3 de la DOMA apelando a dos controversias existentes en la materia: un caso federal planteado en un tribunal de New York (*Windsor v. United States*) en el que la cónyuge superviviente de un *same-sex marriage* entre dos mujeres celebrado en Toronto en 2007 buscaba su reconocimiento a efectos fiscales (a fin de recuperar el pago de más de 300

mil dólares en impuestos federales hereditarios, pago que no hubiera tenido que afrontar si su matrimonio fuera entre personas de distinto sexo) y para el que la Cámara de Representantes decidió defender la validez constitucional de la *Defense of Marriage Act* mientras el *Attorney General* de New York envió un *amicus brief* al tribunal sosteniendo la nulidad de la sección legal; y el otro, sustanciado en el tribunal federal de distrito para el Distrito de Columbia (*Pedersen v. Office of Personnel Management*), agrupa un conjunto de hombres y mujeres que, casados con personas del mismo sexo en Connecticut, Vermont y New Hampshire, buscan su reconocimiento federal en igualdad de condiciones que los matrimonios entre personas de distinto sexo frente a la sección 3 de la DOMA. En este estado de cosas, un tribunal federal de quiebra en California dijo a principios de junio de 2011 en *In re Gene Douglas Balas and Carlos A. Morales*, No. 2:11-bk-17831 TD (CD CA, June 23, 2011) que la DOMA era inconstitucional al no permitir a matrimonios del mismo sexo sujetarse al Capítulo 13 del *Bankruptcy Code* por lo que no respeta los derechos de igual protección garantizados en la Quinta enmienda. Si pasamos ahora a la Proposición 8 de California (la *California Marriage Protection Act*) que, aprobada en referéndum de noviembre de 2008, prohibía los matrimonios entre personas del mismo sexo (añadiendo la sección 7.5 de la *Declaration of Rights* a su Constitución y según la cual «solo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California»), esta fue anulada por una larga sentencia de 138 páginas de un tribunal de distrito de ese Estado en *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (ND CA., Aug. 4, 2010) por violar las cláusulas de igual protección y de debido proceso legal de la Constitución norteamericana. Finalmente, otro apartado en esta materia de matrimonio y familia fue el de la negativa, en particular de las agencias católicas como las *Catholic Charities*, a facilitar la adopción de niños a parejas del mismo sexo. En este sentido, hay una controversia actualmente planteada en Illinois. Precisamente, un tribunal estatal acaba de resolver, en *Catholic Charities of the Diocese of Springfield v. State of Illinois*, No. 2011-MR-254 (IL Cir. Ct., Aug. 18, 2011), que las caridades católicas de tres ciudades de Illinois no pueden impedir que el Estado rechace renovar sus contratos por su oposición a servir a parejas no casadas (incluyendo las del mismo sexo unidas civilmente). Además, en octubre del 2010, en relación a esta cuestión, el noveno circuito falló en contra de la pretensión planteada por una asociación católica y dos católicos a título individual que una resolución de la ciudad de San Francisco en la que urgía al

Cardenal William Levada –actual Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe– a retirar una directiva suya por la que disponía que las caridades católicas de esa ciudad dejaran de colocar niños en adopción en hogares homosexuales. Esta decisión fue juzgada por los demandantes contraria a la cláusula de no establecimiento pero el noveno circuito, en *Catholic League for Religious and Civil Rights v. City and County of San Francisco*, 624 F.3d 1043 (9th Cir., Oct. 22, 2010), no lo aceptó y el recurso de apelación ante el Supremo fue rechazado el 2 de mayo del año siguiente.

Pero estas cuestiones sobre *same-sex marriage* y adopción no han sido las únicas planteadas en el campo del derecho de familia. Las implicaciones laborales por la atención al cónyuge enfermo, los acuerdos de divorcio o la patria potestad también han suscitado problemas. En este sentido, una trabajadora católica fue despedida de un hospital tras tomar un permiso de siete semanas para acompañar a su esposo enfermo a Filipinas en una peregrinación espiritual. Ella creía estar amparada por la *Family and Medical Leave Act* de 2006 pero no lo entendió así ni el tribunal de distrito ni el primer circuito al que se apeló en *Tayag v. Labey Clinic Hosp., Inc.*, 632 F.3d 788 (1st Cir. Jan. 27, 2011). El tribunal no admitió que, por muy saludable que fuera, ese tipo de peregrinación estuviera cubierta como atención o cuidado médico bajo la ley, sin que pudiera entenderse, a los efectos de la misma, como una *faith healing* que la regula en relación a los miembros de la *Christian Science*. Por otra parte, en *Greene v. Greene*, 701 S.E.2d 911 (GA Ct. App., Oct. 1, 2010), un padre cristiano fue sancionado por violar un acuerdo de divorcio en el que se le había confiado a la ex mujer judía la última decisión sobre el desarrollo religioso o espiritual de la menor dentro de la religión judía. El padre había llevado a su hija a distintas iglesias cristianas, había rezado con ella y la habían ofrecido la biblia así como diversos DVDs cristianos. En este año 2011, un tribunal estatal de apelación en Texas dijo, en *Rosenstein v. Rosenstein*, 2011 WL 3546592 (TX App., Aug. 11, 2011), que el acuerdo fijado por el tribunal en un divorcio había violado la cláusula de no establecimiento cuando se le concedió al padre judío la custodia de los hijos todas las mañanas de los domingos, no permitiéndole a la madre cristiana emplear ese día para su educación religiosa. En ese mismo acuerdo el tribunal confería prioridad, en caso de conflicto, a las fiestas religiosas del padre. Y el Tribunal Supremo de Kansas, en *Harrison v. Taubeed*, 256 P.3d 851 (KA Sup. Ct., Aug. 5, 2011), confirmó la sentencia del tribunal inferior que había confiado la custodia de un niño de 5

años a su madre testigo de Jehová a pesar de las objeciones en contra del padre que no le gustaban esas creencias religiosas. El Tribunal dijo que no podía entrar en la aprobación o no de las creencias religiosas pues los jueces no estaban para mediar en disputas teológicas. En otro caso volvió a verse afectada la *Tony Alamo Christian Ministries* a finales de abril de 2011 cuando el Tribunal Supremo de Arkansas confirmó la pérdida de derechos de patria potestad de cinco familias pertenecientes a ese grupo (los cinco casos fueron: *Myers v. Arkansas Department of Human Services*, 2011 Ark. 182; *Krantz v. Arkansas Department of Human Services*, 2011 Ark. 185; *Parrish v. Arkansas Department of Human Services*, 2011 Ark. 179; *Reid v. Arkansas Department of Human Services*, 2011 Ark. 187; y *Seago v. Arkansas Department of Human Services*, 2011 Ark. 184; todos ellos resueltos el 28 de abril del 2011) mientras no encontraran trabajo fuera del grupo y fueran económicamente independientes de él. El tribunal seguía juzgando que el ambiente de ese grupo no era seguro para el desarrollo de los niños, sin que los padres pudieran invocar en su defensa el libre ejercicio de su religión (amparado en la *free exercise clause*).

Pues bien, en otro orden de cosas, cuestiones como la planificación familiar o la reforma sanitaria de Obama también han suscitado controversias por la cuestión del aborto. Así, un tribunal federal de distrito de New York juzgó que una ordenanza municipal que afectaba a centros de atención familiar exigiendo en ellos la presencia de anuncios sobre aborto y contraceptivos violaba el derecho de libertad de expresión de los mismos en *Evergreen Association, Inc. v. City of New York*, 2011 WL 2748728 (SD NY, July 13, 2011). Por otra parte, en *Calvey v. Obama*, 2011 WL 2135736 (WD OK, Apr. 26, 2011), un tribunal de Oklahoma rechazó la pretensión de libre ejercicio de unos demandantes para los que la *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA), firmada por el presidente Obama el 23 de marzo de 2010, les obligaría a financiar la práctica del aborto. Por último, un caso interesante fue el que nos dejó un tribunal de Kansas en un caso de difamación presentado por un esposo contra su ex mujer que había dicho en su proceso de nulidad canónica que padecía un trastorno bipolar. El tribunal, en *Purdum v. Purdum*, 2011 WL 1430279 (Dist. Ct. Kan., Apr. 11, 2011), no consideró que fuera preciso abstenerse aquí en virtud de la *ecclesiastical abstention*, pues no entendió que la iglesia católica en el caso estuviera decidiendo asuntos de fe, de doctrina o de disciplina interna, pero sí aceptó que esas comunicaciones confidenciales realizadas en el curso del proceso por la demandada con

su iglesia o representantes estaban absolutamente protegidas por la cláusula de *free exercise* de la Primera enmienda. Y un último caso pintoresco tuvo por objeto el castigo corporal sobre los hijos que fue sancionado como violencia doméstica. Un asunto que fue recurrido como contrario a las creencias religiosas que permitían ese tipo de disciplina y, por tanto, en contra de las dos cláusulas religiosas de la Primera enmienda. El tribunal federal de distrito no concedió esa pretensión de los demandantes en *Currie v. State of Michigan*, 2010 WL 3324869 (ED MI, Aug. 20, 2010).

### 2.2.2. *En la escuela*

En rigor, el número mayor de litigios en la escuela tuvo por objeto la garantía constitucional del no establecimiento. Pero también han existido casos en los que el libre ejercicio de la religión y la expresión de esta (*free speech*) se han visto afectados con mayor o menor fortuna. Por ejemplo, un tribunal de Tennessee mantuvo la política de una escuela que impedía a un alumno leer o discutir sobre la biblia durante los descansos en *Whitson v. Knox County Board of Education*, 2010 WL 3632208 (ED TN, Sept. 9, 2010). En otro caso, un tribunal federal de distrito respaldó la decisión de la Universidad de Michigan que no había admitido en un programa de consejería a un estudiante por razón de sus objeciones a la hora de atender a posibles clientes en sus relaciones homosexuales. Julea Ward invocó sus creencias cristianas por las que ese tipo de contacto entre personas del mismo sexo era contrario a las enseñanzas bíblicas. Para el tribunal, en *Ward v. Wilbanks*, 2010 WL 3026428 (ED MI, July 26, 2010), la política universitaria no afectaba a la libertad de expresión sino que era parte integral del currículo existiendo una base racional. Poco antes, en *A.A. ex rel. Betenbaugh v. Needville Independent School District*, 611 F.3d 248 (5th Cir., July 9, 2010), el quinto circuito dijo que la *Texas Religious Freedom Restoration Act* protegía el derecho de un niño nativo americano en Kindergarden a llevar su pelo recogido en dos largas trenzas. Pasando a la escuela elemental, el quinto circuito, en *Morgan v. Swanson*, 627 F.3d 170 (5th Cir., Nov. 29, 2010), defendió el derecho de sus alumnos a distribuir objetos religiosos, como lapiceros o bastoncillos de caramelo con mensajes en ellos que se habían puesto dentro de unas bolsas sorpresas que se intercambiaban los alumnos, en ejercicio de su libertad de expresión. El caso tuvo por escenario dos escuelas de un distrito escolar de Texas (el Plano Independent School District en la ciudad de Plano) cuya po-

lítica, como veremos más adelante, fue denunciada y corregida en una controversia que llegó al Supremo, no aceptando éste su apelación. Y en otro caso más reciente, en *Alpha Delta Chi-Delta Chapter v. Reed*, 2011 WL 3275950 (9th Cir., Aug. 2, 2011), el noveno circuito mantuvo la política de la Universidad estatal de San Diego por la que no se admite el reconocimiento de algún grupo estudiantil que limite el ingreso o acceso a cargos sobre criterios de raza, sexo, color, edad, religión, origen nacional, orientación sexual, discapacidad física o mental o condición médica. Lo que admitió fue una posible discriminación de trato al negar la universidad el reconocimiento de una fraternidad cristiana mientras sí eran permitidos otros grupos que también condicionaban el ingreso en ellos. Finalmente, una sentencia en agosto de este año del noveno circuito, *Nampa Classical Academy v. Goesling*, 2011 WL 3562954 (9th Cir., Aug. 15, 2011), confirmó la solución ofrecida por un tribunal federal de Idaho el año anterior cuando, en *Nampa Classical Academy v. Goesling*, 714 F.Supp.2d 1079 (D ID, May 17, 2010), respaldó la política escolar que, siguiendo las directrices del fiscal general del Estado, no permitía el uso de textos o documentos religiosos en las clases de las escuelas públicas. Ahora el noveno circuito ha resuelto que la escuela, como entidad gubernamental que es, no puede actuar contra el Estado. Un profesor sí puede, pero el tribunal ha ido más allá y, acerca de la cláusula de libertad de expresión de la Primera enmienda, dice que no da a los profesores, estudiantes o padres de alumnos de la escuela pública el derecho a tener textos religiosos como una parte de su currículo escolar. A primeros de septiembre se ha pedido al noveno circuito la revisión del caso *en banc*, es decir, ante once de sus jueces. Asimismo el Thomas More Law Center también ha anunciado su intención de recurrir el fallo ante el pleno del mismo circuito en el caso de *Johnson v. Poway Unified School District*, 2011 WL 4071974 (9th Cir., Sept. 13, 2011). El tribunal respaldó aquí la política seguida por ese distrito escolar que exigía a un profesor de matemáticas de un instituto de San Diego (California) la retirada de grandes carteles con eslóganes patrióticos e históricos, pero en los que se mencionaba a Dios como Creador, que había puesto en su clase. El noveno circuito no entendió que la libertad de expresión del profesor le diera derecho a utilizar su puesto como un púlpito desde el cual predicar el papel que Dios tenía en la historia de la nación. Tampoco entendió que se hubieran visto afectadas la garantía de no establecimiento ni de igual protección.

### 2.2.3. *Adaptaciones religiosas en el trabajo*

El libre ejercicio de la religión en el campo del trabajo reclama, cuando son posibles, adaptaciones religiosas bajo el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. Y es que esa cláusula legal prohíbe toda discriminación religiosa en el trabajo, salvo en el caso de organizaciones o entidades religiosas para las que se contempla una excepción en relación a sus trabajadores. Así, por ejemplo, en *Spencer v. World Vision*, 619 F.3d 1109 (9th Cir., Aug. 23, 2010), el noveno circuito, confirmando una sentencia apelada de un tribunal de distrito de Washington, dijo que la organización humanitaria cristiana *World Vision*, pese a no pertenecer o estar afiliada a una entidad religiosa formal, sí era religiosa (su aspecto general y su misión lo era) a los efectos de la exención en materia de discriminación del Título VII de la *Civil Rights Act* por lo que mantuvo el despido de unos trabajadores por razón de sus creencias religiosas que negaban la divinidad de Cristo o la creencia en la Trinidad. Fuera de estos casos, la adaptación religiosa implica aquí el esfuerzo por parte del empleador a la hora de ajustarse de modo razonable a las exigencias que las religiones de sus trabajadores le puedan imponer, siempre que ello no suponga, eso sí, una gran dificultad, o mejor, una carga excesiva (*undue hardship*). Entrando en las controversias de nuestra crónica, los trabajadores han pedido ajustes en su aspecto físico (como serían las rastas de los nazaritas o de los rastafaris, así como la barba de trabajadores musulmanes), en el uso de su propia vestimenta (velos religiosos u objeción de un testigo de Jehová a llevar un gorro de Santa Claus) o en el día concreto y duración de su jornada de trabajo (en sábado por adventistas o judíos ortodoxos, durante el tiempo asignado para ciertas actividades de su religión o trabajo desde casa los domingos). Así, en un caso que le llegó al séptimo circuito, el tribunal tuvo que enfrentarse a la acusación de un rastafari que no había sido contratado como guardia de seguridad por negarse a cortar sus rastas. En la entrevista dijo que eso era contrario a sus creencias pero no a su religión y, en *Xodus v. Wackenhut Corp.*, 619 F.3d 683 (7th Cir., Aug. 27, 2010), el tribunal dijo que eso no era suficiente porque la religión de la persona no siempre era algo aparente y necesitaba decir al empleador que sus rastas eran una obligación religiosa. Y, en *Wallace v. City of Philadelphia*, 2010 WL 1730850 (ED PA, Apr. 26, 2010), no entendió que fuera una adaptación razonable permitir a un policía musulmán llevar su barba más larga de lo que era permitido en la política del departamento (algo más de medio centímetro por razones médicas o religiosas). A su juicio, eso hubiera supuesto

una carga excesiva sobre la ciudad. En *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 2011 WL 2748406 (ND OK, July 13, 2011) se falló a favor de una joven musulmana que había ido con su velo a la entrevista de trabajo en esa tienda de moda y que no fue contratada por esa razón. En *United States v. New York City Transit Authority*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 102704 (ED NY, Sept. 24, 2010) se buscó la adaptación de la agencia municipal de transporte a las necesidades de los trabajadores sijis y musulmanes en sus necesidades religiosas que les obligaban a llevar sus cabezas cubiertas. En *Matthews v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 417 Fed.Appx. 552 (7th Cir., Mar. 31, 2011) el séptimo circuito no vio la necesidad de una adaptación de la política anti-acoso del almacén a una trabajadora despedida por decir a un compañero gay que Dios no aceptaba a los de su condición y que todos ellos irían al infierno. Por su parte, en *Harrell v. Donabue*, 638 F.3d 975 (8th Cir., Mar. 31, 2011), el octavo circuito no concedió a un empleado adventista del servicio postal la petición de librar los sábados pues hubiera supuesto una violación del convenio colectivo o del sistema de antigüedad. En *Morgan v. City and County of Denver*, 2011 WL 587308 (D CO, Feb. 7, 2011) el tribunal aceptó la recomendación del juez de no admitir el despido de un adventista que trabajaba para el departamento de policía de Denver (Colorado) y que deseaba una exención permanente y completa para no trabajar en sábado. El departamento le había ofrecido otras adaptaciones razonables, incluida la búsqueda en otra agencia de un trabajo similar que no incluyera la necesidad de trabajar ese día. En este mismo sentido, un tribunal federal de Alabama dijo, en *Berry v. MeadWestvaco Packaging Systems, LLC*, 2011WL 867218 (MD AL, Mar. 14, 2011), que una adaptación del trabajo de un testigo de Jehová para asistir a unas reuniones religiosas los martes y miércoles de la semana hubiera supuesto una carga excesiva que no puede imponérsele al empleador. Y, en *Lippert v. Lumpkin*, 2010 WL 4868195 (OH App, Nov. 29, 2010), el tribunal no entendió que el libre ejercicio de la religión hubiera sido lesionado en un caso en el que a un trabajador se le denegaron los beneficios por desempleo tras haber sido despedido por rechazar el trabajo en la sede de la empresa, no desde su casa, los domingos. Por otra parte, en *Gaskell v. University of Kentucky*, 2010 WL 4867630 (ED KY, Nov. 23, 2010), un astrónomo denunció a la Universidad de Kentucky tras su decisión de no contratarle para el puesto de director de un nuevo observatorio una vez que se conocieron sus tesis críticas sobre la teoría de la evolución. Finalmente, en enero del 2011, se llegó a un acuerdo entre las partes con el pago de 125 mil

dólares por la Universidad. Y, en *Moore v. Metropolitan Human Service District*, 2010 WL 3982312 (ED LA, Oct. 8, 2010), una agencia estatal que ofrecía consejería a pacientes con ciertos desórdenes ordenó a una de sus trabajadoras sociales, que también era ministro de culto, que dejara de ofrecer oraciones y asistencia espiritual en sus tratamientos. La trabajadora finalmente renunció a su trabajo y el tribunal respaldó la política seguida a fin de evitar una violación de la cláusula de no establecimiento.

Por último, en algunos casos el ambiente hostil ha terminado por provocar el despido del trabajador. Así, en *Israel v. Napolitano*, 2010 WL 3338638 (ND NY, Aug. 24, 2010), un agente judío de aduanas, despedido finalmente por diversos incidentes con el público, había sufrido constantes comentarios antisemitas por parte de sus compañeros de trabajo y supervisores que incluyeron la colocación de esvásticas sobre su taquilla. Algo parecido tuvo lugar, en *Haley v. Kopf*, ASCHR No. J-09-138, OAH No. 10-0264-HRC (AK St. Commn. Hum Rts., Apr. 8, 2011), cuando en Alaska varios trabajadores de un almacén renunciaron a su trabajo tras los comentarios anticatólicos de su nuevo propietario, lo que fue denunciado aquí ante la comisión estatal de derechos humanos de Alaska que impuso al culpable el pago de algo más de 75 mil dólares. De todos modos, no resulta sencillo probar la discriminación religiosa cuando se apoya en críticas aisladas que no implican acciones contrarias contra el trabajador. Así, por ejemplo, en *Ali v. District of Columbia Government*, No. 08-01950 (HHK) (D DC, Aug. 31, 2011), el tribunal no admitió la pretensión del trabajador musulmán Tarick Alí contratado para el departamento de bomberos de Washington DC que, tras llegar tarde por estar rezando con otro compañero, escuchó que se le decía a este que debía elegir entre su trabajo y su religión. Con ello rechazó el argumento del tribunal de distrito que había dejado abierto en *Ali v. District of Columbia Government*, 697 F. Supp. 2d 88 (D DC, Mar. 24, 2010) cuando dijo que, no obstante, las pocas posibilidades de éxito que tenía el caso, al no ser capaz de demostrar una acción contraria al trabajador, siguiera adelante su reclamación como discriminación religiosa de Alí por trato desigual y ambiente hostil. Mejor fortuna tuvo un trabajador cristiano de 65 años contratado en un concesionario de coches de Louisiana al que su encargado no le permitió ausentarse para participar en un evento de su iglesia y procedió a una serie de comentarios despectivos tanto sobre la edad como sobre las creencias religiosas del empleado. Es un caso interesante porque, por vez primera en el quinto circuito, el

tribunal sostuvo, en *Dediol v. Best Chevrolet, Inc.*, 2011 WL 4011079 (5th Cir., Sept. 12, 2011), que una reclamación por ambiente de trabajo hostil puede ser fundado en un acoso por razón de edad. Ahora bien, cuando la implicada era una organización religiosa, el cuarto circuito sí rechazó de plano la pretensión de acoso y represalia que una trabajadora decía haber sufrido por una residencia católica de ancianos en Emmitsburg (Maryland) a causa de sus creencias religiosas. El tribunal en *Kennedy v. St. Joseph's Ministries*, 2011 WL 4068458 (4th Cir., Sept. 14, 2011) mantuvo que la exención prevista por el Título VII de la *Civil Rights Act* para las entidades religiosas se aplicaba también a este caso.

#### 2.2.4. *En la aplicación de la RLUIPA del 2000*

Es bien sabido que la primera parte de esta ley federal se dirige a la protección del uso religioso del suelo. Y es que las agrupaciones religiosas pueden convertirse en vecinos molestos a los que las ciudades tratan de desplazar de ciertos distritos. En muchos de estos casos se ha llegado a un acuerdo final que ha evitado judicializar la controversia. Y ello pese a su elevado coste como cuando una ciudad de New Hampshire cerró un caso a finales de junio del 2010 por valor de algo más de un millón de dólares. Esto sucedió cuando una organización católica había planeado una capilla y escuela religiosa, el St. Benedict Center, a lo que se opuso la ciudad a través de varias de sus ordenanzas. Sin embargo, cuando el acuerdo no se ha alcanzado y el conflicto ha seguido adelante, los tribunales han entrado en la cuestión del alcance e interpretación de dos cláusulas legales: una sobre los límites sustanciales (*substantial burden*) que la ordenanza o decisión municipal debe ejercer sobre el libre ejercicio de la iglesia u organización; y la otra sobre la de igualdad de condiciones (*equal terms*) en el trato. De entre los casos que se han producido, basten como ejemplo los siguientes. En *Roman Catholic Bishop of Springfield v. City of Springfield*, 760 F.Supp.2d 172 (D. MA, Jan. 4, 2011), caso similar a *City of Boerne* (1997), un obispo actuó en contra de la denegación de licencia de obra solicitada para una parroquia de la diócesis construida en 1925 en el casco histórico de la ciudad de Springfield. A su juicio se había producido una violación de la RLUIPA que no fue reconocida como tal por el tribunal. Tampoco se entendió que la ley hubiera sido violada cuando el condado de Los Angeles (California) no permitió que una escuela cristiana que operaba en zona residencial (R-1) sin las correspondientes licencias siguiera abierta mientras las tramitaba. En *County of L.A. v. Sabag-Mesrob Armenian Christian School*, 188

Cal. App. 4th 851 (Cal. App., Sept. 22, 2010) el tribunal juzgó que la decisión adoptada se ajustaba a la ordenanza de urbanismo que no suponía ni una limitación sustancial ni un trato discriminatorio. Y cuando una iglesia hispana de Chicago, por necesidades de espacio, quiso cambiarse a un suburbio en un lugar calificado como zona comercial, comprando el terreno a pesar de una ordenanza municipal que impedía su uso religioso, no se aceptó su petición en *Christian Assembly Rios de Agua Viva v. City of Burbank, Illinois*, 408 Ill. App. 3d 764, 948 N.E.2d 251 (Ill. App., Mar. 31, 2011). Pese a las objeciones de la iglesia, la ordenanza era válida y no suponía discriminación alguna. En otro «río», *River of Life Kingdom Ministries v. Village of Hazel Crest, Illinois*, 611 F.3d 367 (7th Cir., July 2, 2010), el séptimo circuito dejó constancia de la diferencia de criterios seguidos en relación a la cláusula de *equal terms* en el tercer y undécimo circuitos (si en *Lighthouse Institute for Evangelism, Inc. v. City of Long Branch*, 510 F.3d 253, at 266 (3rd Cir. 2007) el tercer circuito insistía en el propósito de la regulación, si este era o no tratar de modo distinto, en *Midrash Sephardi, Inc. v. Town of Surfside*, 366 F.3d 1214, at 1230-31 (11th Cir. 2004) el undécimo comprendía, como criterio de comparación, toda asamblea similar a una iglesia), admitiendo finalmente que no todos los distritos comerciales eran iguales y que en este caso era neutral la política del ayuntamiento que excluía del mismo a la iglesia. Por su parte, el noveno circuito, en *International Church of the Foursquare Gospel v. City of San Leandro*, 2011 U.S. App. LEXIS 8505 (9th Cir., Apr. 22, 2011), anuló la sentencia apelada en un caso en el que una iglesia por razones de espacio había solicitado un permiso de recalificación y de uso condicional de unos terrenos en zona industrial para la construcción de nuevas instalaciones de la iglesia, sin que existiera otro lugar para ello. Y es que la ciudad no había demostrado la existencia de un poderoso interés en un caso en el que parecía limitarse sustancialmente el libre ejercicio de la iglesia. El tribunal entendió que esa limitación debía suponer una significativa restricción o gran carga sobre el ejercicio. Mientras tanto, un tribunal federal de distrito de Arizona, en *Salman v. City of Phoenix*, 2011 WL 3439080 (D AZ, Aug. 5, 2011), rechazó la petición de una pareja de cristianos que demandó a la ciudad de Phoenix y a ciertos funcionarios por conspiración dirigida a privarles de su derecho al libre ejercicio de la religión. Incumpliendo la normativa de regulación urbana, estas personas utilizaban su casa y un edificio anexo para servicios religiosos en los que participaban entre 40 y 50 personas, además de poner en el jardín de la casa un lector de pantalla con

versículos bíblicos. Por último, el sexto circuito ha rechazado modificar un acuerdo alcanzado hace 16 años, octubre de 1995, en un litigio sobre uso religioso del suelo, argumentando la iglesia implicada que la entrada en vigor de la RLUIPA cinco años después del acuerdo invalidaba éste. El Tribunal, en *Northridge Church v. Charter Township of Plymouth*, 2011 WL 3180566 (6th Cir., July 28, 2011), lo rechazó, además de porque no consideraba que las circunstancias hubieran cambiado de tal modo que exigieran esa modificación, porque en aquel entonces estaba en vigor la RFRA y no había sido aún anulada en su aplicación estatal (como ya sabemos, lo sería dos años más tarde en *City of Boerne*, 1997), sin que existiera una diferencia sustancial entre los dos textos legislativos.

De todos modos, los casos más numerosos han tenido por objeto la protección del libre ejercicio de la religión de personas internas en determinados centros, en particular los penitenciarios. De la amplísima casuística habida en este tiempo podemos extraer las siguientes conclusiones. Se ha invocado la ley en asuntos muy diversos. Dejando al margen casos peregrinos como fotografías en una determinada posición que el preso alegaba religiosa, los supuestos más importantes han tenido que ver con la asistencia o consejería religiosa, servicios religiosos a presos en enfermería o en celdas de reclusión, celebraciones culturales, o interrupción de oraciones, uso de ciertos objetos religiosos (desde rosarios a cartas del tarot), recurso a dieta religiosa (kosher, halal o vegetariana), observancia de la abstinencia cuaresmal, o acceso a algunos alimentos especiales, disponibilidad de literatura religiosa (Biblia o Corán de bolsillo) o de grupos de estudio de la biblia, aspecto del recluso (vestuario, barba o pelo), acceso a capellán o ministro propio y correspondencia por email con guías espirituales, discriminación en el trato ofrecido a grupos religiosos diversos dentro de la prisión, trato discriminatorio u ofensivo por palabras o gestos, participación en programas de obligada asistencia contrarios a las creencias del preso («AA/NA program» –programa de alcohólicos anónimos o narcóticos anónimos–, el «Right Living program», «12-step program», «Therapeutic Community Program», o «NuWay program, contra el uso de drogas»), o trabajos u otro tipo de actividad física-laboral en días de descanso religioso. Entre las directrices de los centros o prácticas de los funcionarios que han sido denunciadas pueden indicarse la compra de alimentos especiales por los presos sin menú especial por quien no pueda adquirirlo, la grabación de servicios religiosos cuando no está presente ningún responsable, la prohibición

de llevar cualquier otra cosa que su tarjeta de identificación cuando salen al patio, maltratar objetos religiosos como escupir café en la biblia, el permiso dado a un capellán para la distribución de panfletos difamatorios de la fe musulmana, no querer añadir o dirigirse al preso con su nombre religioso, no poder usar la capilla por la existencia en ella de sillas y símbolos religiosos fijos, el traslado de presos de Hawaii a Arizona donde no se les permite practicar su religión nativa, negar tratamiento frente a la hepatitis de un preso ateo que no quiso participar en un programa religioso –no había otro secular– contra el uso de sustancias, tampoco se le autorizó a un preso indio de la tribu de los navajo el corte y quema de su pelo con hierbas medicinales según sus tradiciones religiosas. Quien plantea más problemas sigue siendo la población reclusa musulmana (en este sentido, preocupado por su radicalización, el Comité de la Cámara de Representantes del Congreso sobre Homeland Security mantuvo una sesión de dos días sobre esta cuestión que comenzó el 16 de junio de 2011), seguida por judíos, nativos americanos y budistas. Además de católicos, protestantes, o mormones, han protagonizado controversias otros cultos marginales como neopaganos (Wicca, Asatru u Odinism), Rastafari (grupo afro-mesiánico conocido por sus cabelleras con rastas), House of Yahveh (movimiento religioso surgido en Texas en parte similar al judaísmo), supremacistas blancos (como el Wotanism), Shetaut Neterian (antigua religión egipcia), Nation of Islam, Nations of Gods and Earth (grupo surgido en Harlem tras la salida de su fundador del grupo anterior), o cultos satánicos u ocultistas como el Lefthand Path. Pues bien, los musulmanes han desafiado la política del centro, buscando una adaptación religiosa en asuntos como la dieta (halal y frente al uso de utensilios contaminados por cerdo), el aspecto externo de su barba, la observancia religiosa del Ramadán (horario de comidas o control de calorías), uso de aceite, servicios religiosos propios (asistencia y frecuencia), ministro de culto suyo, literatura religiosa (libros en cubiertas de pasta), discriminación ante el trato que reciben los cristianos, nombre religioso, duchas e instrumentos para su higiene personal, o registros por personas de distinto sexo. Los judíos han reclamado la observancia de su Pascua, la dieta kosher, el acceso y uso del talit y de los tefilin, la tenencia de sus libros religiosos como la Tora y el Sidur. En el caso de los indios nativos americanos, se ha reclamado el uso de su pipa y del tabaco para sus ceremonias, de la bolsa que usan con medicinas religiosas, reuniones diarias de oración sobre el césped, o sus rituales de purificación. Y si los budistas han exigido dieta vegeta-

riana, los protestantes han reclamado grupos de estudio de la biblia o el uso de cruces confiscadas por razones de seguridad, los católicos han pedido observar el ayuno cuaresmal y el acceso a la capilla para misa o a programas católicos de televisión, los seguidores del diablo han buscado acceder a sus ministros y sus textos, los supremacistas a su literatura, los neopaganos de la Wicca a su incienso, los odinistas han rechazado compartir celda con personas que no fueran de la raza aria, la santería al café de cada mañana para ofrecerlo por sus santos y ancestros, o los esotéricos a sus instrumentos adivinatorios como las cartas del tarot.

Pues bien, por entrar en algunos casos, el décimo circuito desestimó por falta de pruebas la petición de un preso musulmán de Oklahoma al que no se le había respetado las exigencias de su dieta religiosa halal en *Abdulhasseb v. Calbone*, 600 F.3d 1301 (10th Cir., Apr. 2, 2010), caso que fue recurrido al Tribunal Supremo que rechazó el recurso en *Abdulhasseb v. Calbone*, 131 S.Ct. 469 (certiorari denied, Oct. 12, 2010). El tribunal creyó que no tenía elementos suficientes para decidir si el límite impuesto sobre el preso era el menos restrictivo posible respondiendo a un poderoso interés estatal, por lo que reenvió el caso al tribunal de distrito para que procediera a ello. Asimismo empleó una triple evaluación a la hora de comprender el criterio de la RLUIPA sobre límite sustancial (*substantial burden*). En este sentido, dijo que esa carga o límite se producía cuando el gobierno (1) exigía una actividad prohibida por una sincera creencia religiosa, o (2) impedía una actividad exigida por esa creencia, o (3) colocaba una presión sustancial sobre el creyente para no realizar lo que su creencia le pedía o para hacer lo que ella le impedía. Siguiendo con la comida, un tribunal federal de Indiana sí reconoció que el departamento de prisiones había violado, bajo la RLUIPA, los derechos de un preso judío al que se le había negado comida kosher en *Willis v. Commissioner, Indiana Department of Correction*, 753 F.Supp.2d 768 (SD IN, Nov. 1, 2010). A la hora de evaluar la existencia de un límite sustancial, este tribunal siguió la doctrina del séptimo circuito según la cual la presencia de ese límite exigía que el ejercicio religioso fuera efectivamente impracticable, en los términos de *Civil Liberties for Urban Believers v. City of Chicago*, 342 F.3d 752, at 761 (7th Cir. 2003). Y, tratándose de dieta religiosa, ese mismo circuito consideraba que se limitaba sustancialmente el ejercicio religioso del preso cuando el centro le obligaba a elegir entre su práctica y una adecuada alimentación, según lo dispuesto en *Nelson v. Miller*, 570 F.3d 868, at 869 (7th Cir. 2009), caso en el que el tribunal entendió que negar una dieta sin carne en cuaresma así impedía la práctica

religiosa de un preso católico. Por otra parte, un tribunal californiano no aceptó la petición de un preso de la religión Wicca al que no se le había permitido una serie de servicios religiosos. En *Mansker v. McKinzy et al.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 44909 (ED CA, May 7, 2010) el tribunal sostuvo que para demostrar un límite sustancial al libre ejercicio de la religión, el preso tenía que probar que la acción afectaba esencialmente su práctica religiosa por presionarle a cometer un acto prohibido por su religión o impedirle hacer el que su fe le reclamaba. No se trataba entonces de mera inconveniencia y, en el caso, el demandante no había podido probar que su fe le exigiera una asistencia regular a servicios religiosos. En los mismos términos se entendió la cláusula de *substantial burden* en *Smith v. Artus*, 2010 WL 3910086 (ND NY, Sept. 30, 2010) cuando el tribunal respaldó la política del centro penitenciario sobre oraciones comunitarias que afectó a un preso musulmán sunita y cuyas restricciones o limitaciones fueron comprendidas dentro de un poderoso interés estatal en la seguridad del centro. Y en *Mueller v. Jabe*, 2011 WL 1044053 (WD VA, Mar. 18, 2011), tampoco se admitió la demanda de un preso católico que exigía le fueran respetados como días de descanso los de su obligado cumplimiento cuando el centro había fijado una política común para todos los cristianos. Por otra parte, en *Coleman v. Governor of State of Michigan*, 413 Fed. Appx. 866 (6th Cir., Mar. 16, 2011), la falta de pruebas y el recurso razonable a medios alternativos impidió prosperar la demanda. En ese caso concreto, si los presos no tenían acceso a programación televisiva sí podían recibir literatura religiosa y tener visitas con las que hablar de sus creencias. Y, en *Garret v. Billings*, 2011 WL 2185859 (ED CA, May 26, 2011), un preso musulmán no pudo avanzar su petición bajo la RLUIPA a fin de usar la capilla con otros presos de su religión y la cantidad de onzas de aceite pedidas por trimestre para su uso religioso (el centro solo le permitía la mitad, dos de las cuatro solicitadas). La demanda fue desestimada por falta de pruebas y por no haber demostrado una limitación sustancial de su libre ejercicio. Finalmente, otro apartado interesante en este punto es la definición de los agentes estatales a efectos de la RLUIPA, cuando se trata de organizaciones privadas, contratadas por el departamento de prisiones, las que confieren servicios religiosos. Así, en *Florer v. Congregation Pidyon Shevuyim*, 639 F.3d 916 (9th Cir., Apr. 15, 2011), un preso de Washington demandó bajo la RLUIPA a una entidad judía que no le había atendido (no le había proporcionado una Torá, un calendario judío ni le había concedido visitas con un rabino) por conside-

rar que no era judío. El tribunal negó que los afectados fueran agentes estatales pues no figuraban como empleados o funcionarios del departamento estatal de prisiones.

#### 2.2.5. *Objeciones de conciencia*

Un tribunal estatal de apelación de Kentucky mantuvo la sanción impuesta sobre nueve amish que se habían negado a instalar el triángulo fluorescente sobre sus vehículos (los *buggies*) en *Gingerich v. Commonwealth of Kentucky*, 2011 WL 2162529 (KY Ct. App., June 3, 2011). Por su parte, un tribunal federal de Arizona, en *Hill v. Promise Hospital of Phoenix*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 68884 (D. AZ, July 7, 2010), no admitió la objeción de conciencia de un trabajador que alegaba haber sido despedido por negarse a usar el número de seguridad social que para él representaba la señal de la bestia. En este sentido, tampoco prosperó una demanda contra el Secretario de Estado de Illinois en un caso en el que una familia de cristianos, para quienes no les era permitido el uso de un número de identificación personal conforme al capítulo 13 del libro del Apocalipsis, objetaba que, en diversas instalaciones para tramitar el permiso de conducir, no había ningún impreso para solicitar la exención religiosa que legalmente era permitida a quienes no quisieran hacer uso del número de seguridad social. En *Baer-Stefanov v. White*, 773 F.Supp.2d 755 (ND IL., Feb. 25, 2011), el tribunal rechazó la petición por falta de legitimación procesal al no haber podido demostrar un daño real.

Pero los casos más numerosos han tenido lugar en el terreno sanitario. Así, el 15 de junio del 2011 un tribunal federal de distrito de New Jersey consideró que la autopsia de un feto sin consentimiento de su madre judía no violaba la protección del *free exercise* en *Thompson v. Robert Wood Johnson University Hospital*, 2011 WL 2446602 (D NJ, June 15, 2011). Por su parte, un tribunal de apelación de Arkansas sostuvo en mayo de este año que el rechazo de un trasplante de hígado sin transfusión de sangre suponía una violación del libre ejercicio de la religión de unos testigos de Jehová en *Stinemetz v. Kansas Health Policy Authority*, 45 Kan.App.2d 818 (KS App., May 4, 2011). Mientras que en otro caso, en *DiGeronimo v. Fuchs*, 927 N.Y.S.2d 904 (NY S.Ct. Richmond Cty., Aug. 4, 2011), un tribunal estatal de New York rechazó la acusación de mala praxis médica dirigida contra el doctor que había salvado la vida de una mujer testigo de Jehová por una transfusión de sangre. La mujer había objetado por razones religiosas a esa transfusión pero, tras las complicaciones ha-

bidas en el parto, su esposo autorizó esa medida sin la cual hubiera muerto. Y el 29 de abril un tribunal federal de apelación para el Distrito de Columbia respaldó las directrices de la administración Obama sobre financiación pública de programas de investigación con células madre embrionarias en *Sherley v. Sebelius*, 644 F.3d 388 (DC Cir., Apr. 29, 2011). De este modo anuló una decisión previa de septiembre del 2010 en sentido contrario. Por su parte, en relación con la píldora del día después, un tribunal de Illinois sentenció en *Morr-Fitz, Inc. v. Blagojevich* (Case No. 2005-CH-000495, Apr. 5, 2011) que una normativa de su departamento estatal de farmacia que exigía la distribución de esa clase de contraceptivo, además de otras normas, vulneraba la *Health Care Right of Conscience Act* y la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) de Illinois, así como la cláusula de libre ejercicio de la Primera enmienda. Finalmente, el 22 de marzo el cuarto circuito sostuvo, en *Workman v. Mingo County Board of Education*, 419 Fed.Appx. 348 (4th Cir., Mar. 22, 2011), la validez de una normativa de West Virginia que exigía la vacunación frente a varias enfermedades como condición necesaria para la asistencia escolar. Asimismo, el 23 de julio de este año en *Caviezel v. Great Neck Public Schools*, 2011 WL 3022247 (ED NY, July 23, 2011), un tribunal federal de distrito de New York rechazó la petición de los padres que reclamaban una exención religiosa a la exigencia estatal de vacunación para la escuela pública, sobre el fundamento que sus objeciones eran de naturaleza más filosófica que religiosa. Y como en *America* todo es posible, la objeción a la imposición de vacunas no se detuvo en humanos y, en *Fobrmeister v. Doe*, 2011 WL 3566412 (M.D. Fla., Jul. 27, 2011), un tribunal federal de Florida falló en contra de la objeción planteada por un hombre que se había opuesto a la necesidad de vacunación del perro que quería adoptar. Para el tribunal no resultaban claras las creencias religiosas del hombre. En otro caso, el Tribunal Supremo de Montana suspendió, el 2 de marzo en *Office of State Public Defender on Behalf of L.K. v. Montana Fourth Judicial District Court*, No. OP 11-0100 (MT Sup. Ct., Mar. 2, 2011), una orden del tribunal estatal de distrito que imponía una cirugía sobre una mujer que objetaba a ella por razones religiosas al creer que Dios la curaría.

Finalmente, cuando ha entrado en escena la cuestión del aborto y de la planificación natural, la iglesia católica ha reaccionado defendiendo su política *pro-life* como cuando no dudó en denunciar una normativa de 2009 de la ciudad de Baltimore que exigía a sus centros colocar un cartel en sus salas de es-

pera, algo que afectaba igualmente al *free speech* como puede verse en *O'Brien Archbishop of Baltimore et al. v. Mayor and City Council of Baltimore*, 768 F.Supp.2d 804 (D MD, Jan. 28, 2011). Asimismo, en enero del 2011, la Conferencia norteamericana de obispos católicos anunció que no rechazaría completamente el proyecto sanitario de Obama, sino que buscaría su reforma a fin de garantizar los derechos de conciencia y evitar que dinero público fuera destinado a la práctica del aborto o de planes de seguros que lo incluyeran. Otra cuestión son los servicios de contracepción sobre los que la administración Obama (Departamentos de tesoro, trabajo y salud) ha querido incluir, a través de unas reglas publicadas en el mes de julio de 2011, una exención para empleadores religiosos, una excepción muy estrecha, a juicio de los hospitales católicos, pues solo entiende por tales empleadores los que tengan por fin el avance de valores religiosos, empleen personal y sirvan a pacientes que principalmente compartan esos mismos preceptos y sea una organización no lucrativa. Alguien ha calificado ya esa medida como «the parish housekeeper exemption». Por el momento, dos tribunales federales de distrito han sostenido la validez de la reforma sanitaria sin ver en ella problemas relacionados con las cláusulas federales de comercio o de libre ejercicio: uno el 30 de noviembre de 2010 en *Liberty University Inc. et al. v. Geithner*, 753 F.Supp.2d 611 (WD VA, Nov. 30, 2010) y el otro el 22 de febrero del 2011 en *Mead v. Holder*, 766 F.Supp.2d 16 (D DC., Feb. 22, 2011). Asimismo, el cuarto circuito respaldó esa reforma en dos sentencias del 8 de septiembre. En *Commonwealth of Virginia v. Sebelius*, 2011 WL 3925617 (4th Cir., Sept. 8, 2011), el tribunal negó legitimación procesal para denunciar la ley federal al Estado de Virginia y en *Liberty University v. Geithner*, 2011 WL 3962915 (4th Cir., Sept. 8, 2011), dos jueces concluyeron que una ley federal (*Anti-Injunction Act*) impedía al tribunal entrar en el caso.

#### 2.2.6. Casos de «Free Exercise» en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos

Hay que recordar que el 28 de junio de 2010, pocos meses antes del comienzo de nuestra crónica, el Tribunal Supremo falló en contra del derecho de expresión religiosa de un grupo cristiano de abogados y estudiantes de Derecho, la *Christian Legal Society* (CLS), en una sentencia redactada por la juez Ginsburg con el voto favorable de Kennedy. En este caso, una Facultad de Derecho estatal, pública, de California, el *Hastings College of the Law* dentro de la *University of California*, se negó al reconocimiento oficial de ese grupo cristiano por su nor-

mativa interna, según la cual los miembros de la CLS debían hacer una «Declaración de Fe» y dirigir sus vidas según los principios prescritos en ella (la aceptación de Jesucristo como Salvador, la inspiración sagrada de la Biblia y el rechazo de la homosexualidad figuraban entre ellas). El caso es que no reconocerles como un grupo oficial suponía para ellos un trato discriminatorio por el que no podían acceder a fondos e instalaciones de la universidad, además de a ciertos canales de comunicación o al uso del logotipo de la Facultad. El noveno circuito falló en contra de las pretensiones de esa asociación cristiana y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia apelada en una reñida votación de 5 a 4. De este modo el Supremo respaldó la política de no discriminación y de bienvenida de todos («*all comers*» rule) del *College*. Sin embargo, frente a esta argumentación de Ginsburg, el juez Alito defendió la política de admisión del grupo como un derecho de expresión religiosa protegido por la garantía constitucional del *free exercise*. Alito contó con el respaldo del Chief Justice Roberts y de los jueces Scalia y Thomas. La argumentación del caso ante el Tribunal Supremo en defensa de los intereses del grupo corrió a cargo de Michael McConnell, anterior juez federal que había figurado en las quinielas para ocupar un puesto en el Supremo. La sentencia del Supremo fue *Christian Legal Society v. Martinez*, 130 S.Ct. 2971 (June 28, 2010), confirmando la decisión recurrida del noveno circuito en *Christian Legal Soc’y Chapter of Univ. of Cal. v. Kane*, 319 Fed. Appx. 645 (9th Cir., Mar. 17, 2009) y reenviándole el caso. El fallo del Supremo tuvo el mérito de reunir en su oposición a grupos tan dispares entre sí como los siguientes: ACLU, Alliance Defense Fund, American Center for Law & Justice, American Jewish Committee, Americans United for Separation of Church and State, Baptist Joint Committee, Becket Fund for Religious Liberty, Christian Legal Society, Foundation for Individual Rights in Education, Hastings College of Law, Interfaith Alliance, o la Union of Orthodox Jewish Congregations. Sea como fuere, este caso no fue la única controversia planteada por CLS ante los tribunales y en alguna ocasión, como esta reciente del 10 de agosto de 2011 (*CLS v. Eck*, No. 09-35581), fue resuelta, estando en apelación ante el noveno circuito desde junio del 2009, por un acuerdo entre las partes que llevó a CLS a desistir en su demanda. El acuerdo permitirá a la asociación cristiana, sin recibir fondos públicos, ser reconocida por el decano como un grupo estudiantil independiente, además de continuar usando las instalaciones de la facultad de derecho de la Universidad de Montana, su página web y los boletines para comunicarse con los estudiantes.

El 2 de marzo del 2011 el Tribunal Supremo resolvió, en una votación de 8 a 1, un caso a favor de la libertad de expresión de una iglesia (la *Westboro Baptist Church*) que se había manifestado en frente del lugar en el que se celebraba el funeral por un *marine*, Matthew Snyder, muerto en Irak. Es una práctica de esta iglesia reunirse, como señal de protesta por la tolerancia norteamericana frente a la conducta homosexual, con ocasión de los funerales de los soldados muertos en combate. Y así lo hicieron en este caso que llegó al Supremo. El Chief Justice Roberts redactó la opinión del Tribunal en *Snyder v. Phelps*, 131 S.Ct. 1207 (Mar. 2, 2011) confirmando la decisión apelada del cuarto circuito [*Snyder v. Phelps*, 580 F.3d 206 (4th Cir., Sept. 24, 2009)] que anulaba, a su vez, la de un tribunal federal de distrito de Maryland que había fallado inicialmente a favor del padre del *marine* por la presión sufrida, intromisión y angustia emocional. Para Roberts la manifestación de la iglesia solo demostraba su punto de vista sobre la tolerancia de la nación acerca de un pecado y la consecuencia de un Dios que mata a los soldados americanos como castigo. Se trataba entonces de una cuestión general sin entrar en aspectos de carácter privado. Y que el escenario escogido fuera el lugar en frente de un funeral no parecía que fuera a transformar la naturaleza del discurso de los manifestantes. La única voz en contra de esta sentencia fue la del juez Alito. No negó que la iglesia tuviera derecho a expresar de la manera que juzgara mejor sus creencias u opiniones pero no le parecía que pudiera hacerlo causando un daño emocional a personas particulares en momentos de especial tensión. Esto ya no parecía contribuir al debate público.

Por su parte, el 20 de abril del 2011 el Supremo, en una decisión de 6 a 2 redactada por el juez Thomas, confirmó la sentencia apelada del quinto circuito en *Sossamon v. Texas*, 560 F.3d. 316 (5th Cir., Feb. 17, 2009) y ofreció una interesante interpretación de la RLUIPA del 2000. En esta ocasión afirmó que las personas internas en ciertas instituciones, en este caso un preso de Texas, no pueden exigir gastos frente al Estado en las demandas relacionadas con esa ley. En *Sossamon v. Texas*, 131 S.Ct. 1651 (Apr. 20, 2011), el Tribunal dijo que los Estados que hubieran aceptado financiación federal para sus centros penitenciarios no pierden por esa razón su inmunidad soberana frente a reclamaciones monetarias amparadas en la RLUIPA. Y es que la sección 4 de esta ley dispone que los internos puedan obtener una reparación adecuada (*appropriate relief*) contra un gobierno que sustancialmente ha limitado su ejercicio religioso sin tener un interés poderoso y sin usar la medida menos restrictiva para lograrlo. Pues bien, para el juez ponente una renuncia de esa inmunidad soberana exigía una declaración expresa e inequí-

voca en la norma, lo que no figuraba aquí. La juez Sotomayor escribió una opinión disidente a la que se unió Breyer y la juez Kagan no intervino en el caso.

Por lo que se refiere a los recursos de apelación presentados (*writ*s of *certiorari*) en casos de *free exercise*, el Supremo negó el escrito en cuatro ocasiones y lo aceptó en un supuesto que puede llegar a afectarlo. Es verdad que considerándolo aisladamente, el rechazo o la aceptación del recurso por parte del Tribunal no dice mucho, entre otras cosas porque solo habrá caso de aceptarlo. Además los criterios por los que toma finalmente la decisión de entrar o no en su conocimiento dependen de las circunstancias del caso pero también de la necesidad de fijar doctrina en el supuesto de discrepancia entre circuitos. Sea como fuere, dejar constancia aquí de los recursos presentados tiene el interés de ver la orientación seguida. En primer lugar, el Tribunal no quiso entrar en una controversia en la que el quinto circuito, en *Morgan v. Plano Independent School District*, 589 F.3d 740 (5th Cir., Dec. 1, 2009), había resuelto a favor de la validez de la regulación de un distrito escolar de Texas de 2005 que restringía los espacios y tiempos en los que los estudiantes podían distribuir material escrito (aquí estaba en juego también el derecho de libertad de expresión y los objetos afectados fueron bastoncillos de caramelo con detalles religiosos y tickets para programas musicales y de teatro en la iglesia). El Supremo no aceptó el recurso en *Morgan v. Plano Independent School District*, 130 S.Ct. 3503 (certiorari denied, June 28, 2010). Y tampoco quiso entrar en dos casos relativos a la RLUIPA, uno en materia de urbanismo y el otro relacionado con un preso. En *Board of County Commissioners v. Rocky Mountain Christian Church*, 131 S.Ct. 978 (certiorari denied, Jan. 10, 2011), el Supremo rechazó la apelación presentada en un caso en el que el décimo circuito había fallado [*Rocky Mountain Christian Church v. Board of County Commissioners*, 613 F.3d 1229 (10th Cir., July 19, 2010)] en defensa de la posición de la iglesia que había solicitado una licencia para ampliar sus instalaciones por entender que el rechazo de esa petición violaba las disposiciones de la RLUIPA sobre términos iguales y limitaciones razonables. Por su parte, el Tribunal no admitió, en *Thunderhorse v. Pierce*, 131 S.Ct. 896 (certiorari denied, Jan. 10, 2011), el recurso en un caso en el que el quinto circuito [*Thunderhorse v. Pierce*, 364 Fed.Appx. 141 (5th Cir., Feb. 9, 2010)] había rechazado la demanda de un preso nativo americano al que no se le había permitido crecer su cabello, usar su pipa en la celda o limitar ciertas compras. Y, finalmente, el 27 de junio también rechazó la apelación en un supuesto de *zoning law* bajo la RLUIPA en *Miles Christi Religious Order v. Township of Northville, Michigan*, 2011 WL 1595729 (certiorari denied, June 27, 2011), cuando el sexto circuito había ya

fallado en contra de la orden religiosa católica por falta de sustancia o madurez (*ripeness*) del caso en *Miles Christi Religious Order v. Township of Northville*, 629 F.3d 533 (6th Cir., Dec. 21, 2011).

Así las cosas, la única controversia de *free exercise* en la que el Tribunal Supremo aceptó el *certiorari* que se le presentó tuvo lugar ante una sentencia del noveno circuito [*Pollard v. The Geo Group, Inc.*, 629 F.3d 843 (9th Cir., Dec. 10, 2010)]. Se trata de *Minnecci v. Pollard*, 131 S.Ct. 2449 (certiorari granted, May 16, 2011). El argumento oral tuvo lugar el martes 1 de noviembre. Aquí el Supremo deberá determinar hasta qué punto los presos pueden llevar adelante lo que se conoce como «una acción *Bivens*» (en recuerdo de un caso de 1971, *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971), cuando un preso federal defendió sus derechos constitucionales frente a trabajadores de una compañía privada que operaba en la prisión bajo contrato con el gobierno) de resarcimiento de daños. El noveno circuito en este caso falló a favor de las pretensiones del preso por los daños causados en el tratamiento de su brazo herido. Es verdad que no se trata de un caso de libre ejercicio en sentido estricto pero desde el momento en el que hay contratistas que se ven implicados en cuestiones religiosas, como por ejemplo las dietas de los presos u otros servicios que les pueden prestar, la solución de este caso sí podrá afectar a estos otros supuestos.

### 2.3. *Jurisprudencia Federal y Estatal sobre «Non-Establishment»*

Los seis grandes apartados en la materia han tenido que ver con situaciones internas de las iglesias sobre las que los tribunales en general no han querido entrar, sean manifestaciones públicas de la religión, oraciones en entes públicos, decisiones en el ámbito escolar, ciertos símbolos religiosos o el alcance de la doctrina sobre la *ministerial exception* en litigios laborales. Terminaremos este apartado con los casos resueltos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos o planteados ante él.

#### 2.3.1. *Controversias eclesiológicas internas*

Un caso en el que un tribunal federal entró a definir el estatuto de la «iglesia» a efectos fiscales del Internal Revenue Code fue *Foundation of Human Understanding v. United States*, 614 F.3d 1383 (C.A. Fed. Cir., Aug. 16, 2010). Aquí se dijo que debía ser una organización religiosa que pudiera mostrar la

existencia de un grupo de creyentes que se reúnen regularmente para la oración y culto comunitario. Este fallo fue recurrido ante el Supremo que rechazó la apelación el 12 de noviembre de ese mismo año en *Foundation of Human Understanding v. United States*, 131 S.Ct. 1676 (certiorari denied, Nov. 12, 2010). Sin embargo, cuando los tribunales se han visto obligados a intervenir ha sido normalmente por cuestiones relativas a la propiedad de las iglesias en el caso de ruptura o de separación de la congregación, así como a otros conflictos planteados por sus miembros. En *Calvary Episcopal Church v. Duncan*, No. 293 C.D. 2010 (PA Commn. Ct., Feb. 2, 2011), el tribunal le dio la razón a una diócesis, la de Pittsburgh (Pennsylvania), afiliada a la Iglesia episcopal en Estados Unidos, dejando que la propiedad de las parroquias fuera negociada entre las partes. El problema había surgido cuando en una convención diocesana de 2008 se votó la separación de la diócesis de la Iglesia episcopal de Estados Unidos y su incorporación a la más conservadora Anglican Province of the Southern Cone. Pocos días antes, otro tribunal de Texas, en *The Episcopal Church v. Salazar*, No. 141-237105-09 (TX Dist. Ct., Jan. 20, 2011), resolvió una situación similar decidiendo que la propiedad de la diócesis debía pertenecer a los individuos que permanecían leales al cuerpo jerárquico de la iglesia, no aquellos que se habían separado para afiliarse a esa provincia más conservadora. En otro caso, *Retta v. Mekonnen*, 338 S.W.3d 72 (TX App., Mar. 3, 2011), una iglesia había puesto una cuota mensual a sus miembros como condición de permanencia, algo que fue denunciado por quienes consideraron que los dirigentes no habían sido elegidos apropiadamente, el tribunal de apelación entendió que el inferior no tenía jurisdicción para decidir el caso por implicar una disputa que exigía determinar la doctrina religiosa y el gobierno eclesial. Y en *Hope Presbyterian Church of Rogue River v. Presbyterian Church (USA)*, 242 Or.App. 485, 255 P.3d 645 (OR App., Apr. 27, 2011), el conflicto tuvo por objeto la propiedad de una congregación escindida en 2007 de la Iglesia presbiteriana de Estados Unidos a causa de desacuerdos teológicos, el tribunal anuló la decisión apelada y concluyó que tanto por deferencia jerárquica como por principios neutrales del derecho, la titularidad de los bienes pertenecía a la iglesia nacional. Otro ejemplo fue *Fesseba v. Ethiopian Orthodox Tewahedo Debre Meberet St. Michael's Church in Dallas*, 2011 WL 2685969 (TX App., July 12, 2011), cuando un tribunal estatal de apelación de Texas no quiso entrar en una controversia interna suscitada por anteriores miembros de la Iglesia que denunciaban irregularidades en las elecciones, reu-

niones y cuotas mensuales. El tribunal no quiso aplicar al caso la doctrina de los «principios neutrales de derecho» que le hubiera permitido acceder al litigio, al tratarse de cuestiones relativas al gobierno interno de la iglesia y asuntos eclesiales que los tribunales civiles no pueden decidir. Pues bien, esta misma doctrina de la *ecclesiastical abstention* sirvió en el 2010 para que un tribunal de apelación de Washington, en *Rentz v. Werner*, 156 Wash. App. 423, 232 P.3d 1169 (WA App., June 7, 2010), no entrara en una discusión entre anteriores miembros de una fundación religiosa que habían sido expulsados de la misma por la actual ministro de la iglesia para quien aquellos eran herejes. Lo contrario hubiera supuesto entrar a discernir cuestiones doctrinales o disciplinarias en contra de la garantía concedida en la Primera enmienda. Algo parecido tuvo lugar en New York cuando su Tribunal Supremo desestimó una denuncia por difamación de una feligresa sobre el pastor de una iglesia pentecostal. Este último había corregido a la primera durante una oración por acoger bajo su techo a una mujer y un hombre casado, acusándola, con referencias bíblicas, de tener una casa de prostitución. El Tribunal, en *Kaplan v. Khan*, 31 Misc.3d 1227(A), 2011 WL 1879039 (SC NY, May 17, 2011), no aceptó el caso pues hubiera supuesto entrar a dirimir una cuestión doctrinal. Sin embargo, en *Johnson v. Antioch United Holy Church, Inc.*, 2011 WL 3569830 (NC App., Aug. 16, 2011), un tribunal estatal de apelación de North Carolina sí aplicó, a diferencia del tribunal inferior y en una controversia de gobierno interno, principios neutrales de derecho para su solución. Algo que no siguió un tribunal de apelación de Florida, en *Rosenberger v. Jamison*, 2011 WL 4104760 (Fl. App., Sept. 16, 2011), cuando no quiso entrar en una controversia religiosa planteada sobre el gobierno de una iglesia baptista tras el cambio de su normativa interna. O en aquel otro, resuelto en el mismo día, en el que un pastor metodista en New York fue transferido por el obispo sin el previo aviso de tres meses, algo preceptivo en el código interno de su iglesia, normativa que también dejaba al obispo margen para su actuación. Entrar en el caso hubiera supuesto inmiscuirse en cuestiones internas, así lo entendió un tribunal federal de distrito en *Washington v. African Methodist Episcopal Church, Inc.*, 2011 WL 4352404 (WD NY, Sept. 16, 2011).

### 2.3.2. *Manifestaciones públicas y regulación de la religión*

El noveno circuito rechazó la denuncia presentada por un viejo conocido de los tribunales, el ateo Michael Newdow, ahora ministro de culto y funda-

dor de una iglesia, la *First Amendment Church of True Science* (FACTS), levantada sobre la idea de la inexistencia de Dios, contra el lema nacional «In God We Trust» en la moneda. Este Tribunal, en *Newdow v. Lefevre*, 598 F.3d 638 (9th Cir., Mar. 11, 2010), negó que el hecho supusiera una violación del no establecimiento. Por su parte, un tribunal federal de distrito de Wisconsin dijo que la ley federal que señalaba el primer jueves de mayo como día nacional de oración violaba la cláusula de no establecimiento en *Freedom From Religion Foundation, Inc. v. Obama*, 705 F.Supp.2d 1039 (WD WI., Apr. 15, 2010). Como reacción, los fiscales generales de 29 Estados se dirigieron al séptimo circuito buscando la anulación de la sentencia y el reconocimiento que el *National Day of Prayer* no contravenía la *establishment clause*, lo que concedió este circuito en una decisión unánime el 14 de abril de 2011 en *Freedom From Religion Foundation, Inc. v. Obama*, 641 F.3d 803 (7th Cir., Apr. 14, 2011), por falta de legitimación procesal al no haber demostrado la existencia de un daño real sufrido por los demandantes, de modo que rechazó que esa asociación demandante o sus miembros tuvieran capacidad procesal (*standing*) para cuestionar la validez constitucional de la ley federal que creó el *National Day of Prayer*, así como las proclamaciones presidenciales que se han hecho bajo la misma. A finales de junio, un tribunal federal de distrito, en *Kalman v. Cortes*, 723 F.Supp.2d 766 (ED PA, June 30, 2010), anuló una ley de Pennsylvania que prevenía la blasfemia, al impedir que la denominación de las empresas pudieran contener ese tipo de palabras ofensivas o que profanaran el nombre del Señor (en el caso se trataba de una sociedad titulada «I Choose Hell Productions LLC»), por ser contraria al no establecimiento según los tres criterios del *Lemon test*, así como a la garantía constitucional de la libertad de expresión. Mejor suerte tuvo la ley de New York sobre Kosher (la *Kosher Law Protection Act* de 2004) pues un tribunal federal de distrito acaba de sostener su validez constitucional rechazando el argumento que la cuestionaba por razones de no establecimiento. Siguiendo el *Lemon test*, el tribunal ha considerado, en *Commack Self-Service Kosher Meats, Inc., v. Hooker*, 2011 WL 3328511 (ED NY, Aug. 3, 2011), que el Estado tenía un interés secular en la regulación y que ésta no favorecía a un grupo religioso sobre otro. Mientras no podía entrar a definir lo que era o no kosher, algo que sería un asunto religioso, sí tenía un interés en proteger frente al fraude a todos los posibles compradores de esa clase de comida. Un tribunal de distrito de Oklahoma se pronunció a fines de noviembre del 2010 en contra de las enmiendas anti-Sharia que habían sido apro-

badas en referéndum el 2 de ese mes en *Awad v. Zirrax*, 754 F.Supp.2d 1298 (WD OK, Nov. 29, 2010).

### 2.3.3. *Oraciones en centros públicos*

Las oraciones en la apertura de sesiones de algunos órganos de gobierno ha sido una constante en la historia de los Estados Unidos. Durante el tiempo de esta crónica han surgido controversias sobre este asunto en reuniones de ayuntamientos, condados o cámaras legislativas de los Estados, además de otras iniciativas de sus gobernadores u otros supuestos en los que podría verse en la oración un respaldo gubernamental de la religión. En esta labor ha estado muy empeñada la *Freedom From Religion Foundation, Inc.* (FFRF) así como ciertos grupos de ateos. Entrando en los casos, la propuesta de un almuerzo de oración nacional previsto para el 10 de febrero de 2011 en la Academia de la fuerza aérea en Colorado Springs (Colorado) fue mantenido finalmente a pesar de la denuncia presentada por la *Military Religious Freedom Foundation* y cinco de sus profesores en *Mullin v. Gould* (D. CO, Feb. 9, 2011). Para la ocasión se leyeron textos budistas, del Corán, de la Biblia, así como una oración judía. Por otra parte, el gobernador republicano de Texas y candidato a las próximas elecciones presidenciales del 2012, el cristiano Rick Perry, inspirado en las antiguas rogativas, declaró el último fin de semana de abril (del 22 al 24) del 2011 como días de oración por la lluvia en su Estado y proclamó el 6 de agosto de este mismo año como día de oración y ayuno por la nación, coincidiendo con un evento (un *prayer rally* anunciado como *The Response: A Call To Prayer for a Nation in Crisis* y al que invitó a otros gobernadores siendo el católico de Kansas San Brownbak el único en aceptar) financiado por la *American Family Association* (fundada en 1977 por un pastor metodista) para rezar en el Reliant Stadium de Houston (Texas). Perry fue llevado a los tribunales por esta razón pero, en *Freedom from Religion Foundation, Inc. v. Perry*, 2011 WL 3269339 (SD TX, July 28, 2011), la denuncia fue desestimada por falta de legitimación procesal, sin que se hubiera podido demostrar en el caso una lesión concreta y real en los demandantes, pues las declaraciones del gobernador representaban una invitación, más que una obligación o mandato. Otro gobernador, en este caso el de Virginia, el también republicano y católico Bob McDonnell, a fines de abril del 2010, decidió revocar una política del departamento estatal de policía del 2008 que había adoptado el anterior gobernador demócrata Tim Kaine tras una decisión del cuarto circuito en *Turner v.*

*City Council of Fredericksburg, VA*, 534 F.3d 352 (4th Cir., July 23, 2008), según la cual los capellanes de la policía podían dirigir oraciones no sectarias en eventos oficiales. Esto provocó entonces que seis capellanes dejaran el puesto como protesta en lo que se consideró un ataque a su libertad de expresión y al cristianismo. Tras la decisión de McDonnell, ahora los capellanes podrán volver a rezar según su conciencia y conforme a la tradición de su fe, siendo respetuosos con las demás religiones. Mientras tanto, el cuarto circuito sostuvo que la práctica de rezar en una comisión de un condado de North Carolina violaba la separación exigida por el no establecimiento. En *Joyner v. Forsyth County, North Carolina*, 2011 WL 3211354 (4th Cir., July 29, 2011), no se dijo que debieran rechazarse siempre esa clase de oraciones (la política era invitar a toda congregación existente en la comunidad para que enviara uno de sus líderes religiosos a fin de dirigir esa oración en sus reuniones), sino que en la práctica concreta de este caso resultaba que todos los invitados eran cristianos, mencionando a Jesús en el 80% de sus oraciones pero no a ninguna otra divinidad. El tribunal consideró que esto avanzaba la religión cristiana. Sin embargo, una política similar fue admitida por un tribunal federal de distrito de California, en *Rubin v. City of Lancaster*, 2011 WL 2693568 (CD CA, July 11, 2011), cuando fueron admitidas las oraciones realizadas en el ayuntamiento de esta ciudad con referencias a Jesús. Lo mismo había tenido lugar, en *Galloway v. Town of Greece*, 732 F.Supp.2d 195 (WD NY, Aug. 5, 2010), cuando este tribunal federal de New York permitió que las reuniones de la junta municipal de Greece comenzaran con una plegaria dirigida por un ministro de culto de todos los grupos de la ciudad, sin directrices ni restricciones sobre su contenido. Un caso curioso de censura religiosa fue resuelto en mayo de este año por un tribunal federal de distrito de Texas. Coincidiendo con el *Memorial Day* tenía lugar una ceremonia en el cementerio nacional de Houston en la que el director del lugar, siguiendo la política exigida por el departamento de veteranos (*US Department of Veterans Affairs*), pedía a los ministros de culto que fueran a participar la entrega previa del texto de sus oraciones para asegurarse de este modo que incluyeran a todas las creencias. Y así fue como el departamento le dijo al pastor cristiano Scott Rainey que no se le permitiría dirigir esa oración si no cambiaba las referencias que hacía a Jesús y a sus creencias religiosas. El tribunal le dio la razón y exigió a ese departamento que no volviera a controlar el contenido de la plegaria y bendición en *Rainey v. U.S. Department of Veterans Affairs*, No. 4:11-cv-01992 (SD TX, May 26, 2011).

En relación a las plegarias de apertura en las cámaras legislativas de los Estados, la de Minnesota abrió su sesión en mayo de 2011 con la intervención de un pastor cristiano, fundador de *You Can Run But You Cannot Hide International* (grupo surgido en defensa de los valores judeocristianos en la sociedad), que en su oración cuestionó la religión de Obama negando que fuera cristiano y provocando por su tono el malestar del presidente de la Cámara que aseguró no volvería a ser invitado. En el caso de Hawaii, su senado –tras una denuncia recibida de la *American Civil Liberties Union, ACLU*– decidió acabar en el mes de enero de 2011 con la práctica de comenzar sus sesiones con una oración, aunque un grupo de nueve senadores quisieron mantener la práctica antes de la apertura de la legislatura, algo que fue aceptado por el presidente de la cámara como libertad de expresión. Por el contrario, la cámara baja de este Estado no seguirá esa decisión del senado continuando las oraciones sin menosprecio de alguna religión. Pues bien, el tercer circuito no ha querido seguir el criterio constitucional seguido en materia de oraciones legislativas (*Marsh v. Chambers*) en el caso de una plegaria mantenida por un departamento escolar. En este caso, *Doe v. Indian River School District*, 2011 WL 3373810 (3rd Cir., Aug. 5, 2011), desde el momento en el que los estudiantes solían acudir a las reuniones del departamento, el tribunal prefirió aplicar al caso la regla establecida en ceremonias de graduación (*Lee v. Weisman*), encontrando aquí, en aplicación del *Lemon test*, que el principal efecto de esas oraciones era el avance de la religión y que la práctica constituía una vinculación excesiva del gobierno con la religión en un caso en el que funcionarios públicos componían y ofrecían esas oraciones. Finalmente, un preso que asistió a un programa para casos de carácter sexual (*Reduction of Sexual Victimization Program, RSVP*), denunció como algo contrario al no establecimiento la oración con la que terminaban las sesiones. En *Munson v. Norris*, 375 Fed.Appx. 638 (8th Cir., May 3, 2010), el tribunal volvió a negar que hubiera sido obligado a recitar esta oración o que se le hubiera sancionado por no hacerlo, de modo que no se había violado la cláusula de no establecimiento.

#### 2.3.4. «*Establishment*» en la escuela

Los puntos de conflicto en el ámbito escolar durante este tiempo continuaron siendo los de siempre, es decir, oración y momentos de silencio, lugares de celebración académica, simbología religiosa estática y dinámica en

la escuela, uso extraescolar de las instalaciones, adaptaciones religiosas de trabajadores (como descanso sabático), casos de discriminación, contenido del currículo escolar (programas escolares como el *released time*, práctica de *homeschooling* o enseñanza de la evolución y creación) y, por último, financiación en el caso del cheque escolar (*voucher program*) o de otras vías de subvención. Veamos algunos casos. En *Sherman ex rel. Sherman v. Koch*, 623 F.3d 501 (7th Cir., Oct. 15, 2010), el séptimo circuito respaldó la constitucionalidad, sin que en ella se hubiera vulnerado la *establishment clause* en aplicación del *Lemon test*, de la ley estatal de Illinois, la *Illinois Silent Reflection and Student Prayer Act*, por la que toda escuela pública debía comenzar la jornada con un breve periodo de silencio que, sin ser un ejercicio religioso, sí daba la posibilidad de entrar en una oración o reflexión en silencio antes de las actividades diarias. El 11 de marzo de 2010 el noveno circuito sostuvo la validez del *under God* de la *Pledge of Allegiance*, sin que contraviniera la cláusula de no establecimiento, frente a las objeciones presentadas, en *Newdow v. Rio Linda Union School District*, 597 F.3d 1007 (9th Cir., Mar. 11, 2010). Meses más tarde, el quinto y el primer circuito dijeron lo mismo respaldando la *Pledge* (en Texas y en New Hampshire bajo la *NH School Patriot Act*) en las escuelas de Texas y de New Hampshire en *Croft v. Perry*, 624 F.3d 157 (5th Cir., Oct. 13, 2010) y *Freedom from Religion Foundation v. Hanover School District*, 626 F.3d 1 (1st Cir., Nov. 12, 2010). En el capítulo de las ceremonias de graduación, el quinto circuito resolvió el 3 de junio de 2011, en *Schultz v. Medina Valley Independent School District*, No. 11-50486 (5th Cir., June 3, 2011), a favor de la oración dirigida por estudiantes en Texas. Y lo mismo hizo el Tribunal Supremo de Montana en *Griffith v. Butte School District No. 1*, 358 Mont. 193, 244 P.3d 321 (MT Sup. Ct., Nov. 19, 2010). Cuando los lugares escogidos para esas ceremonias fueron iglesias, un tribunal federal de distrito de Wisconsin, en *Does 1, 7, 8 and 9 individually v. Elmbrook Joint Common School District No. 21*, 2010 WL 2854287 (ED WI, July 19, 2010), autorizó su celebración sin entender que esa práctica –basada en motivos reales y prácticos– supusiera un respaldo no permitido de la religión. El séptimo circuito, en *John Doe 3 v. Elmbrook School District*, No. 10-2922 (7th Cir., Sept. 9, 2011), confirmó la sentencia apelada y permitió así que esos dos institutos públicos de Wisconsin desarrollaran sus ceremonias de graduación en la iglesia cristiana que había sido alquilada para la ocasión. Mientras que otro tribunal, esta vez de Connecticut, en *Does 1, 2, 3, 4, and 5 v. Enfield*

*Public Schools*, 716 F.Supp.2d 172 (D CT, May 31, 2010), prohibió la ceremonia de graduación del 2010 que dos institutos habían planeado en una iglesia cristiana, lo que hubiera supuesto a juicio del tribunal, por las circunstancias concretas del lugar, un respaldo religioso.

Entrando ahora en la simbología y otras expresiones en la escuela, el poster del decálogo ha seguido siendo el símbolo religioso estático más controvertido. Si hay casos en los que se han retirado, en otros se han mantenido como cuando el departamento escolar de un condado del Estado de Virginia (Giles County) decidió por unanimidad el 20 de enero del 2011 volver a colocar aquellos que habían sido previamente retirados ante la presión ejercida por la *Freedom from Religion Foundation*. Otras manifestaciones religiosas dinámicas han tenido más suerte por las implicaciones de libertad de expresión de los alumnos o profesores. Tratándose de estudiantes, en *Iacono v. Croom*, No. 5:10-cv-00416-H (ED NC, June 6, 2011), se llegó a un acuerdo en el que la escuela permitió finalmente a una alumna, integrante de la *Church of Body Modification*, llevar un *piercing* en el nariz como expresión de su creencia religiosa. En *Zamecnik v. Indian Prairie School District #204*, 636 F.3d 874 (7th Cir., Mar. 1, 2011), también se permitió, como libertad de expresión, que un estudiante en una *high school* de Illinois exhibiera sobre su ropa o útiles personales el eslogan «Be Happy, Not Gay». Y en *R.H. v. Schenectady City School District*, No. 1:10-cv-640 LEK/DRH (ND NY, Oct. 30, 2010), se llegó a un acuerdo por el que se permitió el uso del rosario por encima de la ropa de un estudiante de 13 años en la escuela secundaria. Por otra parte, el 1 de julio del 2011 se resolvió finalmente una larga controversia surgida en el distrito escolar de Santa Rosa en la Florida. En juego estaban ciertas prácticas religiosas en las escuelas. Y en el acuerdo se niega que expresiones coloquiales tales como «God Bless You» o «Thank Heavens» puedan constituir casos de oración. Por otra parte, cuando un profesor de historia en una escuela pública hizo comentarios negativos hacia la religión en general y el cristianismo en particular, el noveno circuito, en *C.F. ex rel. Farnan v. Capistrano Unified School District*, 2011 WL 3634159 (9th Cir., Aug. 19, 2011), negó que se hubiera violado la cláusula de no establecimiento y que el profesor gozaba de una inmunidad limitada. Algo parecido sucedió en *Lopez v. Candaele*, 630 F.3d 775 (9th Cir., Dec. 16, 2010), cuando un estudiante cristiano de Los Angeles City College denunció sin éxito la interrupción y ataque sufrido por parte de su profesor –le llamó *fascist bastard* y

no le dejó concluir su discurso— durante una intervención suya en clase en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo. El alumno lo denunció como algo contrario a la política escolar de acoso sexual, pero no se logró probar la amenaza y el tribunal rechazó la controversia.

En otro orden de cosas, el segundo circuito, en *Bronx Household of Faith v. Board of Education of the City of New York*, 2011 WL 2150974 (2nd Cir., June 2, 2011), respaldó la política del departamento de educación de New York que prohíbe el uso de las escuelas por grupos para servicios religiosos después del horario escolar, aunque las instalaciones fueran disponibles para otras muchas actividades. En *Crider v. University of Tennessee, Knoxville*, 2011 WL 1188435 (ED TN, Mar. 28, 2011), no se admitió la pretensión de una trabajadora adventista del Séptimo Día que la Universidad de Tennessee se ajustase a sus creencias religiosas con el fin de no hacerla trabajar en sábado. Y en *Hensley v. Johnston County Board of Education*, 2010 WL 5437240 (ED NC, Dec. 23, 2010), un tribunal federal de distrito rechazó la petición de discriminación religiosa planteada por una profesora de ciencias de octavo grado que, tras rechazar pedir disculpas a los padres cristianos por su método de enseñanza sobre la evolución y sus referencias a Dios, fue transferida a otra escuela. Y, en el caso de los alumnos, en *Vaynberg v. Seton Hall University*, 2010 WL 4510904 (D NJ, Oct. 21, 2010), no se aceptó un caso de discriminación religiosa planteado por una estudiante judía contra la Universidad católica Seton Hall. La alumna Farakh Vaynberg no fue admitida en un programa de doctorado en terapia física por falta de puntuación que aseguraba no haber logrado tras la negativa de uno de sus profesores de eximirla de clases para la celebración del Yom Kippur. Tampoco fue aceptada, en *Meadows v. Lesb*, 2010 WL 3730105 (WD NY, Sept. 17, 2010), la petición de unos padres dirigida a la escuela a fin de eximir a su hijo del almuerzo en la cafetería para respetar la práctica religiosa de la familia de ayuno cuaresmal de siete de la mañana a cuatro de la tarde, pues esa práctica no bastaba para sostener una creencia religiosa sincera.

Pasando ahora al sistema y currículo escolar, en *In re Kurowski*, 161 N.H. 578, 20 A.3d 306 (NH Sup. Ct., Mar. 16, 2011), el tribunal Supremo de New Hampshire dispuso que una niña de once años regresara al sistema público escolar, dejando el sistema de *homeschooling*, tras el divorcio de los padres y la controversia entre ellos sobre la educación de la hija. En otro caso, *Moss v. Spartanburg County School District No. 7*, 775 F.Supp.2d 858 (D S.C., Apr.

5, 2011), el tribunal permitió que la instrucción religiosa por una escuela cristiana fuera aceptada dentro de los créditos del sistema público escolar bajo la ley estatal de South Carolina (*South Carolina Released Time Credit Act*) sin que esto violara la cláusula de no establecimiento. Y en *PLANS, Inc. v. Sacramento Unified School District*, 752 F.Supp.2d 1136 (ED CA, Nov. 5, 2010), un tribunal federal de distrito de California rechazó que la adopción del método de enseñanza de las escuelas Waldorf por dos distritos escolares de California supusiera una violación de la cláusula de no establecimiento, pues no habían podido demostrar ante el tribunal que el sistema antroposófico de Rudolph Steiner fuera religioso. Por otra parte, en *Institute for Creation Research Graduate School v. Texas Higher Education Coordinating Board*, 2010 WL 2522529 (WD TX, June 18, 2010), un tribunal federal de Texas le dio la razón a su departamento educativo que había rechazado el programa de enseñanza ofrecido por un instituto que promovía la teoría de la creación, sin que el tribunal llegara a ver en esto una discriminación del punto de vista, una violación de los derechos de libertad de expresión o de libre ejercicio de la religión del Instituto garantizado en la *Texas Religious Freedom Restoration Act*, sino un legítimo interés estatal en proteger y preservar la integridad de los grados educativos. Y es que la política de neutralidad seguida por el Estado de Texas en esta materia obligaba a no pronunciarse sobre la controversia entre evolución y creación, de ahí que cuando una directora de la agencia estatal de educación tomó parte en ella, enviando un email sobre una presentación crítica del creacionismo, fue despedida. Confiando la decisión apelada, el quinto circuito, en *Christina Castillo Comer v. Scott*, 610 F.3d 929 (5th Cir., July 2, 2010), entendió que la política estatal no violaba el no establecimiento desde el momento que ni avanzaba ni impedía la religión como su principal o primer efecto (*Lemon test*).

Finalmente, cuando se ha cuestionado el envío de fondos públicos, el séptimo circuito actuó en contra de la decisión de la Universidad de Wisconsin que había rechazado financiar ciertos programas de un grupo estudiantil católico en aplicación de una directiva suya que sí daba dinero a actividades de grupos de estudiantes reconocidos para el culto, evangelización o instrucción religiosa. Esta sentencia *Badger Catholic, Inc. v. Walsh*, 620 F.3d 775 (7th Cir., Sept. 1, 2010), fue recurrida ante el Tribunal Supremo que, como veremos, rechazó su apelación en el mes de marzo de 2011. Y tratándose del bono o cheque escolar, un tribunal estatal de Indiana no ha rechazado en bloque, como se pretendía, el nuevo pro-

grama estatal (*Choice Scholarship Program*)<sup>1</sup> en *Meredith v. Daniels*, No. 49D07-1107-PL-025402 (IN Super. Ct., Aug. 15, 2011), mientras que otro tribunal de Colorado sí se ha mostrado en contra de la validez de esta clase de programas en *Larue v. Colorado Board of Education*, No. 11-cv-4424; No. 11-cv-4427 (CO Dist. Ct., Aug. 12, 2011). Y cuando la controversia se ha centrado en la transferencia de suelo por parte de una ciudad de Indiana a un instituto católico (St. Joseph's High School) para construir un estadio de fútbol con la condición de permitir usarlo a la ciudad por un periodo de tiempo de diez años, un tribunal federal de distrito, en *Wirtz v. City of South Bend, Indiana*, 2011 WL 3922697 (ND IN, Sept. 7, 2011), encontró que ese acuerdo suponía un respaldo gubernamental (*endorsement test*) de la religión prohibido por la *establishment clause*.

### 2.3.5. Simbología religiosa

La existencia de símbolos religiosos estáticos en lugares públicos ha seguido planteando problemas durante este último año. Cruces, menorás, belesnes, decálogos, placas de automóvil u otros carteles han sido los causantes. Por ejemplo, en el tema de las cruces cristianas, el décimo circuito sostuvo que la presencia de trece de ellas, con un altura ligeramente superior a los tres metros y medio, que una asociación privada (la *Utah Highway Patrol Association*) había colocado en suelo público como memorial a los miembros de la patrulla de autopistas muertos en acto de servicio, suponía una violación de la cláusula de no establecimiento aunque las cruces pertenecieran a esa asociación. La argumentación del tribunal, en *American Atheists, Inc. v. Duncan*, 616 F.3d 1145 (10th Cir., Aug. 18, 2010), siguió los pasos del *Lemon test* dentro de la lógica del *endorsement*<sup>2</sup>. Al año siguiente, el noveno circuito dijo el 4 de enero, en

<sup>1</sup> Un Centro de la Universidad de Indiana (el *Center for Evaluation and Education Policy*, CEEP, <http://www.indiana.edu/~ceep/>) hizo público un estudio el 1 de septiembre bajo el título de *School Choice Issues in Indiana: Sifting through the Rhetoric* que, elaborado por tres autores y en 20 páginas, ofrece con detalle un excelente estudio de tres programas educativos de Indiana (incluido el *Choice Scholarship Program*) en una perspectiva comparada con otros existentes en los demás Estados de la Unión (Tabla 3: *Compilation of School Choice Nationwide*, pp. 12-16). Para quien esté interesado en esta cuestión, el estudio puede ser consultado en: [http://www.ceep.indiana.edu/projects/PDF/PB\\_V9N3\\_2011\\_EPB.pdf](http://www.ceep.indiana.edu/projects/PDF/PB_V9N3_2011_EPB.pdf) (visto el 20 de septiembre de 2011).

<sup>2</sup> El 31 de octubre de 2011 fue rechazado el recurso de apelación presentado en este caso ante el Tribunal Supremo con el parecer contrario del juez Thomas que dejó constancia de su oposición en 19 páginas. Su comentario queda aplazado hasta la crónica del año 2011-2012.

*Trunk & Jewish War Veterans v. City of San Diego*, 629 F.3d 1099 (9th Cir., Jan. 4, 2011), que la cruz de 43 pies de alto (13 metros) situada en el *Mt. Soledad Memorial* (La Jolla en San Diego, California) implicaba un respaldo gubernamental de la religión que era contrario a la garantía de separación de la cláusula de no establecimiento. En su argumentación empleó el tripartito test establecido en *Lemon*. Pues bien, en *Sherman v. State of Illinois*, 2011 WL 532255 (CD IL, Feb. 8, 2011), se desestimó una demanda por falta de capacidad procesal de quien, sobre fundamentos de *establishment*, se oponía a la ayuda estatal de 20 mil dólares para la renovación de la *Bald Knob Cross*, una gran cruz blanca de 34 metros que desde 1963 figuraba al sur de Illinois. En este momento, la asociación «Friends of the Cross» está recogiendo fondos para terminar de restaurar la cruz. Otro caso significativo tiene que ver con la cruz del *World Trade Center* (WTC) de la ciudad de New York. Entre los escombros de las torres gemelas se encontraron dos vigas en forma de cruz (de dos toneladas y 6 metros de alto), convirtiéndose desde entonces en un auténtico icono religioso. El caso es que al comenzar las obras de reconstrucción de la zona, la cruz se situó cerca de la iglesia católica de St. Peter, detrás del lugar del atentado. Y a finales de julio de 2011 la cruz volvió a situarse junto al antiguo WTC donde está previsto forme parte de un museo y memorial nacional. Decisión que fue rechazada por la *American Atheists, Inc.* que introdujo una demanda, en *American Atheists, Inc., v. Port Authority of New York and New Jersey* (NY Co. Sup. Ct., July 26, 2011), contra ella como violación de la cláusula de no establecimiento, a menos que se ofreciera un espacio similar a los americanos no cristianos.

Pero las cruces cristianas no han sido las únicas en plantear problemas. A ellas se han añadido alguna menorá y también belenes. Comenzando por el primero de esos símbolos, un candelabro judío de 18 pies de alto (casi cinco metros y medio), un tribunal estatal de apelación de New York, en *Chabad of Mid-Hudson Valley v. City of Poughkeepsie*, 76 A.D.3d 693, 907 N.Y.S.2d 286 (NY App. Div., Aug. 31, 2010), admitió su presencia en suelo público sin considerar que ello violara la *establishment clause* pues había otros elementos seculares y de otras religiones, lo que ayudaba a transmitir un mensaje socio-cultural más que religioso de esos días de fiesta. Donde sí se había vulnerado la separación exigida, al dar la percepción de una vinculación excesiva del gobierno con la religión, era en el uso de fondos, en el trabajo y en la intervención del equipo municipal para la iluminación nocturna del símbolo, aunque los gastos los hubieran reembolsado los interesados. Y en relación a las

escenas de navidad o belenes, un tribunal federal de Michigan no permitió a una familia colocar un belén en la mediana de una carretera muy transitada, aunque esto lo viniera haciendo desde 1945. Para el tribunal, en *Satarwa v. Board of County Road Commissioners of Macomb County*, 2011 WL 1515174 (ED MI, Apr. 19, 2011), el lugar no era un foro público en el que se hubiera abierto un espacio para la libre expresión y, aunque lo fuera, existía un poderoso interés estatal de seguridad en la materia. Mejor fortuna tuvo el belén que desde 1946 una asociación católica (el *Manitowoc County Catholic Women's Club*) de Wisconsin levantaba en el tiempo de Navidad frente al tribunal del condado. En este caso, la política seguida sobre símbolos desde 2009 creaba un foro público que permitía a todo ciudadano mostrar sus imágenes o símbolos al margen del contenido de su mensaje y el tribunal la mantuvo en *Freedom From Religion Foundation v. Manitowoc County*, 708 F. Supp. 2d 773 (WD WI, Apr. 22, 2010).

Tratándose de decálogos, los tribunales han fallado a favor de su presencia en *ACLU of Kentucky v. Grayson County, Kentucky*, 591 F.3d 837 (6th Cir., Jan. 14, 2010). El sexto circuito decidió aquí que un conjunto de documentos (las *Foundations of American Law and Government* constaba de nueve documentos históricos, entre ellos el decálogo) que habían sido colocados en la sala del tribunal de un condado de Kentucky se mantuviera por no ver en ello ningún respaldo religioso. También un tribunal federal de distrito, en *Red River Freethinkers v. City of Fargo*, 749 F.Supp.2d 940 (D ND, Sept. 8, 2010), se pronunció favorablemente a la presencia de las tablas de la ley en una plaza de la ciudad de Fargo (North Dakota). El caso tenía su historia. En el 2005 ya se había admitido este monumento sin ver en ello ninguna violación de la cláusula de no establecimiento y fue entonces cuando esa asociación ofreció donar un monumento similar en el que se rechazara la visión de Estados Unidos como una nación cristiana, al tiempo que condicionó su retirada en el caso que el dedicado a los diez mandamientos pasara a propiedad privada. La comisión municipal aceptó la condición, pero al recibir más de 5 mil firmas pidiendo respetar su emplazamiento, lo mantuvo en su lugar. Ahora la asociación pretendía que ese cambio había transformado el monumento en un claro elemento religioso. Mientras tanto, otros tribunales han rechazado la presencia de los diez mandamientos, como en *ACLU of Ohio Foundation, Inc. v. DeWeese*, 633 F.3d 424 (6th Cir., Feb. 2, 2011), cuando el sexto circuito se pronunció en contra del poster de un decálogo que el juez James DeWeese había colocado

en su sala de un condado de Ohio como violación del no-establecimiento por suponer un explícito *endorsement* de la religión. El juez había puesto en el lugar un cartel con el *Bill of Rights* y otro en el que se comparaban en paralelo los absolutos morales de los diez mandamientos con otros diez principios humanistas a los que se les llamaba relativos morales. El 13 de junio de 2011 fue recurrida esta decisión ante el Supremo que acaba de rechazar el recurso el 13 de octubre. El 1 de agosto había presentado su escrito de apoyo a DeWeese la *Foundation for Moral Law* del antiguo Chief Justice del Tribunal Supremo de Alabama Roy S. Moore. Pues bien, a la misma conclusión que el caso anterior llegó un tribunal federal de Florida cuando, en *ACLU of Florida Inc. v. Dixie County Florida*, 2011 WL 2784238 (ND FL, July 15, 2011), decidió que un condado de Florida removiera de su tribunal un monumento dedicado a los diez mandamientos que se encontraba ahí desde el 2006 y en el que el tribunal también utilizó el criterio del *endorsement*.

En el capítulo de carteles, placas o matrículas de automóvil se han dado casos para todos los gustos. Así, un tribunal federal de distrito de Wisconsin sostuvo, en *Freedom from Religion Foundation v. Ayers*, 748 F.Supp.2d 982 (WD WI, Sept. 29, 2010), que ni ese grupo ni sus miembros tenían capacidad procesal para denunciar como contraria a la cláusula federal de no establecimiento la colocación de una placa con la *Pledge of Allegiance* y el lema nacional de «In God We Trust» en el *Capitol Visitors Center* en Washington DC. Otro caso denunciado, esta vez por *American Atheists* a fines de junio del 2011, tuvo por objeto la placa de una calle de Brooklyn en New York con el nombre de «Seven In Heaven» como memorial de siete bomberos que murieron en las torres gemelas. Pues bien, otro conflicto que no llegó a los tribunales pero que refleja las posiciones enfrentadas en la sociedad norteamericana se produjo en los días anteriores a la última navidad del 2010 en Fort Worth (Texas). Mientras un grupo de ateos colocó diversos anuncios de publicidad en cuatro autobuses urbanos en los que se podía leer «millones de personas son buenas sin Dios», otros –además de intentar un boicot de esos autobuses por lo que se consideraba una provocación en navidad– se pasearon con furgonetas detrás de esos autobuses en las que se mostraban anuncios en sentido contrario, carteles con el eslogan de «dos billones de personas son buenos con Dios» seguidos de «yo todavía te amo, Dios». También nos ha resultado interesante el caso de unas matrículas de automóvil con la inscripción de «In God We Trust»

que había solicitado una asociación no lucrativa de Kentucky contraria a la pornografía, *Reclaim Our Culture Kentuckiana (ROCK)*, como medio de recaudar fondos. No fue admitida esa petición y la decisión fue respaldada por un tribunal estatal en el mes de abril del 2011. Sin embargo, parece que en julio fue finalmente aprobada un tipo de matrícula con esa inscripción y estaban esperando la solicitud de 900 de ellas para que el Estado comenzara su fabricación. Esperaban disponer de ellas el 1 de noviembre. Por su parte, otro Estado como South Carolina intentó por ley ofrecer matrículas con la inscripción «I believe» y la imagen de una cruz, algo que un tribunal federal de distrito tampoco admitió. Ahora su *Attorney General* ha resuelto a favor de un plan similar ya no por vía legal sino a través de la iniciativa de un grupo privado que, como cualquier otro, podía solicitar un tipo especial de matrícula pagando por ello. La matrícula ahora contiene la imagen de un amanecer y tres cruces en referencia al Calvario.

Pero los problemas relacionados con los símbolos religiosos no solo han tenido lugar en suelo público. Asociaciones de vecinos y acuerdos de propietarios también han pretendido excluirlos aunque con distinta fortuna. En *Weatherspoon v. Provincetowne Master Owners Association*, 2010 WL 3522559 (D CO, Sept. 2, 2010), un tribunal federal de Colorado respaldó la decisión de una asociación de vecinos que exigió la retirada de una cruz de 8 pies de alto (casi dos metros y medio) que la propietaria de una parcela había erigido en ella, sin que esto hubiera sido una violación del derecho al libre ejercicio de esta persona que había, en cambio, violado un acuerdo de neutralidad religiosa y de general aplicación. Por el contrario, en *Shoreline Towers Condominium Association v. Gassman*, 404 Ill. App. 3d 1013, 936 N.E.2d 1198 (Ill. App., Sept. 30, 2010), el tribunal reconoció el derecho que asistía a una residente, a la que esa asociación le había retirado y prohibido colocar en la puerta de su apartamento una mezuzá judía (esa pequeña caja con un pergamino en su interior en el que están escritos versículos de la Torá y que los judíos colocan en la parte derecha de la jamba de sus puertas como protección de sus hogares) y que comenzó un litigio por discriminación religiosa, de denunciar el hecho y participar activamente en su resolución según una ley estatal de Illinois de 2008 (*Illinois Anti-Strategic Lawsuits Against Public Participation Act, Anti-SLAPP*). De hecho, como consecuencia de la acción de Gassman, la asociación cambió su normativa para permitir ciertos objetos religiosos sobre las puertas de los apartamentos, la ciudad de Chicago corrigió su normativa para impe-

dir que asociaciones de vecinos pudieran llegar a interferir con las prácticas religiosas de los inquilinos y el Estado de Illinois promulgó una ley en el mismo sentido.

Hasta aquí hemos visto algunos casos relativos a símbolos religiosos estáticos. Pero también los dinámicos han planteado alguna que otra controversia como cuando, en *Council on American-Islamic Relations v. Callahan*, 2010 WL 1754780 (ED MI, Apr. 29, 2010), un tribunal federal de Michigan no aceptó la denuncia de *free exercise* presentada por una mujer musulmana a la que el juez le había pedido quitarse el velo islámico en la sala del tribunal. El tribunal no admitió la queja sobre el fundamento que los jueces gozan de inmunidad absoluta cuando actúan en el ejercicio de sus funciones judiciales, sin que además existiera lesión alguna cuando la mujer nunca dijo que era una prenda religiosa y no tuvo reparo en quitársela cuando así se le ordenó hacerlo. Sea como fuere, el pluralismo religioso tan característico de América desde sus mismos orígenes históricos, unido a otra de las garantías constitucionales más apreciadas como es la de libre expresión, no hace pensar que vayan a ser muy numerosos los litigios sobre esta clase de signos, aunque sí es previsible que se den por razones de seguridad.

### 2.3.6. Controversias sobre la «Ministerial Exception» en el mundo del trabajo

Además de la genérica «ecclesiastical abstention», formulada por vez primera en *Watson v. Jones*, 80 U.S. 679 (1871) y según la cual los tribunales evitan entrar en controversias que impliquen cuestiones de interpretación teológica o disciplina de las iglesias, por la vulneración que entrañaría de la *establishment clause*, la doctrina de la *ministerial exception* es una regla jurisprudencial con el mismo fin que opera en el campo del trabajo y especialmente en casos de discriminación laboral. Suele presentarse como una cuestión enraizada en las garantías de libertad religiosa de la Primera enmienda y a ella recurren instituciones religiosas ante demandas laborales de quienes ejercen ciertas funciones en ellas. Por ejemplo, no prosperaría la demanda en la que una congregación religiosa hubiera decidido despedir a un pastor porque sus sermones fueran aburridos o heréticos, pues en tal caso los tribunales se verían obligados a entrar a valorar esa decisión interna. Pero no todo es tan simple. En primer lugar, mientras queda claro que comprende a los ministros de culto de esas entidades (pastores, sacerdotes, rabinos), no lo es tanto si incluye también a otros trabajadores como, por ejemplo, profesores que enseñan materias

seculares, aunque también clases diarias de religión dirigiendo a los estudiantes a la oración y al culto, o personal administrativo de esas entidades que también pueda intervenir marginalmente en actividades de carácter religioso. En estos casos habría que determinar si es o no un ministro comisionado, a efectos de la excepción. En segundo lugar, dado que existen normas específicas que incluyen exenciones concretas para organizaciones religiosas, no resulta siempre fácil precisar el alcance de esa exención. Y, finalmente, la naturaleza de esta exención (mantener la independencia de la organización) lleva a permitir cierta discriminación en la contratación, sirviéndose de la religión para evaluar la cualificación del puesto, lo que fue reconocido en el capítulo de las excepciones del título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. Pero también puede haber otro tipo de discriminación no basada en las doctrinas religiosas de la entidad que no se entiende muy bien por qué debiera ser permitida. Ante este conjunto de interrogantes, no es de extrañar que los tribunales hayan vacilado en sus conclusiones, llegando a soluciones diversas.

El noveno circuito entendió que la exención ministerial se aplicaba a un seminarista católico que, sin ser aún ministro de culto, se preparaba para ello en un caso en el que dos seminaristas alegaban violación de la ley estatal de Washington sobre salario mínimo en *Alcazar & Rosas v. Corporation of the Catholic Archbishop of Seattle*, 627 F.3d 1288 (9th Cir., Dec. 10, 2010). El Tribunal no quiso seguir, eso sí, el tripartito test que ese mismo circuito había perfilado en el mes de marzo de ese año en *Alcazar & Rosas v. Corporation of the Catholic Archbishop of Seattle*, 598 F.3d 668 (9th Cir., Mar. 16, 2010), cuando indicó que una persona sería ministro cuando, empleada por una organización religiosa, fuera elegido para el puesto o cargo por criterios religiosos y desarrollara algunos deberes y responsabilidades religiosas. Este era el criterio del noveno circuito, pero no del segundo circuito que no parece compartir la tesis de rechazo de toda demanda laboral de un ministro, sino tan solo aquellas que exigieran del tribunal entrar a dirimir el derecho exclusivo de la institución religiosa a decidir los asuntos relativos a su doctrina o disciplina interna como había sido establecido ya en *Rweyemamu v. Cote*, 520 F.3d 198 (2nd Cir. 2008). Esta fue la tesis seguida por el Tribunal Supremo de Connecticut en *Dayner v. Archdiocese of Hartford*, 301 Conn. 759, 23 A.3d 1192 (CT Sup. Ct., Aug. 2, 2011), no admitiendo la demanda de la directora de una escuela católica que había sido despedida y que hubiera supuesto entrar en cuestiones relativas al gobierno interno de la archidiócesis.

Por su parte, el tribunal de apelación de Michigan, en *Weishubn v. Catholic Diocese of Lansing*, 287 Mich. App. 211 (Mich. App., Jan. 26, 2010), sostuvo que la profesora de una escuela católica elemental contratada para dar clases de matemáticas, pero también de religión y con implicación en las funciones religiosas del centro, era un ministro a los efectos de la exención. A diferencia de esta última decisión, el sexto circuito, en *EEOC v. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School*, 597 F.3d 769 (6th Cir., Mar. 9, 2010), mantuvo que los profesores de una escuela parroquial cuyas materias de enseñanza son primariamente de naturaleza secular, aunque también realicen alguna actividad religiosa, no son ministros a los efectos de la exención ministerial pudiendo, en este caso, acogerse a la *Americans With Disabilities Act* de 1990. Esta ley es la que permite a las organizaciones religiosas y a sus escuelas dar preferencia en el empleo a personas de una determinada religión, lo que les permite exigir a sus trabajadores la observancia de los preceptos religiosos de la organización. Pues bien, en este caso, Cheryl Perich, profesora de una escuela elemental religiosa, fue despedida tras una enfermedad que la mantuvo alejada de las clases y la cuestión a dilucidar era saber si estaba en juego o no esa *ministerial exception* pues, de estarlo, no podría impugnar el despido. Esta profesora se ocupaba de materias seculares pero también enseñaba clases diarias de religión y llevaba a los alumnos a la oración y culto, por lo que podría parecer un ministro comisionado, título que además recibió así una vez contratada. Aquí es donde el sexto circuito dijo que un trabajador es un «ministro» a los efectos de esa excepción si los deberes principales del empleado consisten en enseñar, difundir la fe, gobernar la iglesia, supervisar una orden religiosa, o vigilar o participar en un ritual religioso o de culto. Y de este modo pudo concluir que la trabajadora no tenía deberes esencialmente religiosos, de ahí que fuera despedida en violación de la *Americans With Disabilities Act* y que no estuviera afectada por la *ministerial exception* porque no era ministro a los efectos de ella. El caso es que otros tribunales no han puesto el listón tan alto y aseguran que esa excepción tiene lugar siempre que el trabajador de una organización religiosa tenga algunos deberes o responsabilidades de carácter religioso, aunque no sean sus principales ocupaciones. Ante esta diversidad de juicios, el Supremo aceptó el recurso que se le planteó en marzo y deberá decidir, si no prefiere limitarse estrictamente a la controversia planteada, en el próximo *term* 2011-2012 sobre el alcance y contenido de la *ministerial exception*.

Por el momento, a diferencia de *Hosanna-Tabor*, un tribunal federal de Missouri dijo, en *McNeil v. Missouri Annual Conference of the United Methodist Church*, 2010 WL 3732191 (WD MO, Sept. 20, 2010), que una mujer que había sido rechazada para ministro ordenado a causa de su salud física no estaba cubierta por la *Americans With Disabilities Act* porque supondría entrar en la política interna de la *United Methodist Church* algo que no podía hacer bajo la *ministerial exception*. Por su parte, en *Barton v. MikelHayes*, 2010 WL 3927605 (ND NY, Oct. 7, 2010), el obispo de la iglesia metodista decidió retirar la licencia pastoral a un anterior ministro a causa de su conducta. Este inició un pleito por acoso sexual y discriminación de género bajo el Título VII de la *Civil Rights Act*, algo que fue rechazado por el tribunal bajo la excepción ministerial pues la acción disciplinar fue tomada siguiendo las directrices religiosas internas de la iglesia. Pero, siguiendo con supuestos de acoso sexual y discriminación tras su denuncia, el más alto tribunal estatal de apelación de Maryland, en *Prince of Peace Lutheran Church v. Linklater*, 2011 WL 4374963 (MD Ct. App., Sept. 21, 2011), no admitió esa clase de excepción en el caso de una directora de música en una iglesia luterana. No había cuestiones doctrinales que dirimir en un caso en el que la iglesia tenía además una rigurosa normativa contra ese tipo de conducta. En otra controversia, un tribunal de Oregon sostuvo el criterio de la excepción ministerial con independencia de las motivaciones o intereses subjetivos del interesado. Así, en *Green v. Concordia University*, 2010 WL 3522346 (D OR, Sept. 8, 2010), una mujer nacida en 1957 solicitó su admisión en un programa de la universidad de Concordia (*Director of Christian Education*, DCE) que capacitaba para una posición ministerial dentro de la iglesia luterana. No fue admitida y ella lo denunció como una discriminación por razón de su edad, al tiempo que pretendía evitar la exención ministerial por su intento de enseñar en escuelas públicas. También prosperó esa exención frente a la reclamación presentada por dos miembros de la iglesia de la Cienciología que alegaban violaciones de la *Trafficking Victims Protection Act* de 2000. Los denunciante, marido y mujer, pertenecían a una asociación dentro de esa iglesia, la *Sea Organization*, que trabaja para ella y en la que sus integrantes viven en comunidad sujetos a una férrea disciplina. La mujer, en *Claire Headley v. Church of Scientology International*, 2010 WL 3184389 (CD CA, Aug. 5, 2010), acusó a esa organización de dos abortos bajo la presión a la que fue sometida y su esposo, en *Marc Headley v. Church of Scientology*, 2010 WL 3157064 (CD CA, Aug. 5, 2010), también refirió otros ejem-

plos de abuso físico. El tribunal rechazó esas denuncias bajo las tesis de la *ministerial exception* para no entrar en la doctrina y prácticas religiosas de esa organización. Finalmente, en *Hendricks v. Marist Catholic High School*, 2011 WL 996757 (D OR, Mar. 17, 2011), este tribunal federal de distrito de Oregon no quiso acogerse a esa excepción en el caso de discriminación por razones de edad de un profesor de *high school* en una escuela católica al que no se le renovó el contrato. No era un ministro sino un profesor laico, aunque en ocasiones realizara actividades relacionadas con la religión. Y la *ministerial exception* ha servido también para que los tribunales entraran o no, según los casos, en demandas de discriminación racial: sí prosperó la exención, y por tanto no hubo lugar a la discriminación, en el de una profesora afroamericana en *Adams v. Indiana Wesleyan University*, 2010 WL 2803077 (ND Ind., July 15, 2010), pero no en el de una administrativa que, siendo la única afroamericana y tras una crítica a la organización para la que trabajaba, fue despedida por reducción de personal en *McCallum v. Billy Graham Evangelistic Association*, 2011 WL 3438756 (WD NC, Aug. 5, 2011). Y el décimo circuito sí acogió la excepción ministerial en otro caso de discriminación de género y edad planteado por el director del departamento de formación religiosa de la diócesis católica de Tucson en *Skrzypczak v. Roman Catholic Diocese of Tulsa*, 611 F.3d 1238 (10th Cir., July 13, 2010).

### 2.3.7. Casos de «Non-Establishment» en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos

Fue el 28 de abril de 2010 cuando el Tribunal Supremo, en *Salazar v. Buono*, 130 S.Ct. 1803, 559 U.S. \_ (2010), no creyó que la presencia de una cruz en un desierto de California («Mojave National Preserve») fuera algo inconstitucional. La cruz latina había sido erigida en 1934 en ese desierto californiano de San Bernardino por unos veteranos de guerra en memoria de los caídos en la Primera Guerra Mundial. En el año 2001, Frank Buono, un antiguo empleado del «National Park Service», denunció la cruz como violación de la *establishment clause*. El tribunal de distrito le dio la razón en primera instancia. Esta decisión fue confirmada en apelación por el noveno circuito. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una sentencia 5 a 4 escrita por el juez Kennedy, no vio que esa cláusula exigiera la erradicación de todos los símbolos religiosos cuando éstos cumplieran además un fin secular, es decir, el recuerdo del valor de aquellos que entregaron su vida por la nación y los ideales que ésta representa. Y entonces el Tribunal procedió a la anulación de las dos sentencias re-

curridas: *Buono v. Kempthorne*, 502 F.3d 1069 (9th Cir. 2007) y *Buono v. Kempthorne*, 527 F.3d 758 (9th Cir. 2008). El escrito del Supremo fue asumido por el Chief Justice Roberts y en parte por el juez Alito pues no veía necesario reenviar el caso para posterior procedimiento. Por su parte, el juez Scalia escribió una opinión a la que se sumó el juez Thomas, concurriendo en el fallo de la mayoría, pero haciendo constar su parecer acerca de la falta de legitimación procesal del demandante que no había podido probar ningún actual o inminente daño en el caso. La disidencia corrió a cargo del juez Stevens, en una opinión a la que se unieron los jueces Ginsburg y Sotomayor, y del juez Breyer. Pero aquí no acabó el asunto, como estábamos en California era de esperar alguna reacción hollywoodiense, lo que sucedió en la noche del domingo 9 de mayo cuando fue robada la cruz. Dos días después fue publicada una carta anónima de un veterano –así decía– que había robado la *Sunrise Rock Cross* y se ofreció como recompensa para recuperarla la cuantía de 125.000 dólares. Finalmente, la tarde del 20 de mayo fue reemplazada la cruz por otra, 15 centímetros más alta.

Al año siguiente, el 4 de abril de 2011 el Tribunal Supremo concluyó en *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 131 S.Ct. 1436, 563 U.S. \_ (2011), que unos contribuyentes de Arizona carecían de legitimación procesal para denunciar, como contrarios a la cláusula de no establecimiento, los créditos fiscales ofrecidos para contribuir a los gastos de matrícula escolar de escuelas religiosas. Fueron dos casos consolidados los que se resolvieron ese día, tras aceptar el Supremo su apelación en *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 130 S.Ct. 3350 (certiorari granted, May 24, 2010) y en *Garrriott v. Winn*, 130 S.Ct. 3324 (certiorari granted, May 24, 2010). La sentencia impugnada del noveno circuito, *Winn v. Arizona Christian School Tuition Organization*, 562 F.3d 1002 (9th Cir., Apr. 21, 2009), fue anulada por el Supremo. El programa denunciado ofrecía créditos fiscales para contribuciones a organizaciones escolares que ofrecían becas a estudiantes de escuelas privadas, muchos de ellos en escuelas religiosas. En una votación de 5 a 4, la redacción de la sentencia fue confiada al juez Kennedy a cuya opinión se unieron el Chief Justice Roberts y los jueces Scalia, Thomas y Alito. El Supremo rechazó que el precedente *Flast v. Cohen* (1968) fuera aquí aplicable sobre la distinción entre gastos y créditos fiscales. El juez Scalia solicitó la anulación de *Flast* en una opinión concurrente a la que se le unió Thomas. Finalmente, la juez Kagan ofreció una opinión contraria a la que se le sumaron los tres jue-

ces restantes Ginsburg, Breyer y Sotomayor, argumentando que la distinción entre gastos y créditos fiscales hecha por la mayoría era arbitraria, corriendo el riesgo de eliminar de hecho todas las ocasiones por las que un contribuyente podría impugnar el apoyo financiero del gobierno a la religión. Esto ocurría el 4 de abril y el 18 de ese mismo mes el Supremo aceptaba el recurso presentado en un caso similar, *Arizona School Choice Trust v. Winn*, 131 S.Ct. 2091 (certiorari granted, Apr. 18, 2011), que reenviaba al noveno circuito para que procediera conforme a lo resuelto el día 4.

Hasta aquí las dos sentencias del Supremo que en materia de no establecimiento deben ser reseñadas. Abrimos ahora el capítulo de los recursos de apelación presentados en esta materia. En mayo del 2010 el Supremo rechazó el recurso presentado en el caso *Boy Scouts of America v. Barnes-Wallace*, 130 S.Ct. 2401 (certiorari denied, May 3, 2010). Un caso antiguo, *Barnes-Wallace v. Boy Scouts of America*, 530 F.3d 776 (9th Cir., June 11, 2008), en el que estaba en juego la validez constitucional del régimen de alquiler de una propiedad de la ciudad de San Diego cuando era arrendada a un grupo como los *Boy Scouts* que excluían del mismo a ateos, agnósticos u homosexuales, exigiendo de sus miembros o voluntarios la creencia en Dios. Meses más tarde, el Supremo tampoco aceptó la apelación de *Stratechuk v. Board of Education, South Orange-Maplewood School District*, 131 S.Ct. 72 (certiorari denied, Oct. 4, 2010). Aquí el tercer circuito, en *Stratechuk v. Board of Education*, 587 F.3d 597 (3rd Cir., Nov. 24, 2009), había respaldado la política de un distrito escolar de New Jersey prohibiendo música religiosa en conciertos escolares. Días después, el Supremo rechazó la apelación presentada en *Association of Christian Schools International v. Stearns*, 131 S.Ct. 456 (certiorari denied, Oct. 12, 2010). Un caso en el que, a principios de año, el noveno circuito, en *Association of Christian Schools International v. Stearns*, 362 Fed.Appx. 640 (9th Cir., Jan. 12, 2010), había aceptado la política de admisión seguida por la Universidad de California cuando rechazaba que ciertos cursos de *high school* ofrecidos en escuelas cristianas calificaran para la admisión de esos estudiantes. Y entrando ya en el 2011, el Supremo rechazó también la apelación presentada en *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 131 S.Ct. 1474 (certiorari denied, Feb. 22, 2011), aquel viejo caso del 2005 sobre el decálogo que regresaba al Tribunal. En esta ocasión, la impugnada era una decisión del sexto circuito, *ACLU of Kentucky v. McCreary County*, 607 F.3d 439 (6th Cir., June 9, 2010), que rechazaba la exposición de los diez mandamientos en dos tribunales de Kentucky por su fin

religioso. Seis días después, el Supremo rechazó también, el 28 de febrero del 2011, el recurso presentado en *Cooke v. Tubra*, 131 S.Ct. 1569 (certiorari denied, Feb. 28, 2011). Un pleito de difamación por un pastor contra su anterior iglesia y dos de sus responsables, en el que el tribunal estatal de apelación de Oregon, en *Tubra v. Cooke*, 233 Or. App. 339, 225 P.3d 862 (OR App., Jan. 27, 2010), no había considerado religiosas o doctrinales las declaraciones de la organización religiosa objeto de controversia por lo que no estaban amparadas por el privilegio de la Primera enmienda. Al mes siguiente, el Supremo tampoco quiso entrar en dos casos que se han visto antes, ni en la cuestión de la validez del «In God We Trust» de las monedas en *Newdow v. Lefevre*, 131 S.Ct. 1612 (certiorari denied, Mar. 7, 2011), ni en la de la financiación a grupos estudiantiles para actividades de carácter religioso por la Universidad de Wisconsin en *Walsh v. Badger Catholic, Inc.*, 131 S.Ct. 1604 (certiorari denied, Mar. 7, 2011). Pues bien, el Supremo no quiso entrar tampoco en el mes de marzo en el caso de la definición de iglesia a efectos fiscales del IRS en *Foundation of Human Understanding v. United States*, 131 S.Ct. 1676 (certiorari denied, Mar. 21, 2011). Al mes siguiente, el Supremo rechazó la apelación presentada en dos casos unidos en *Kentucky Baptist Homes for Children, Inc. v. Pedreira*, 131 S.Ct. 2091 (certiorari denied, Apr. 18, 2011) y *Pedreira v. Kentucky Baptist Homes*, 131 S.Ct. 2143 (certiorari denied, Apr. 18, 2011). En la sentencia apelada del sexto circuito *Pedreira v. Kentucky Baptist Homes*, 579 F.3d 722 (6th Cir., Aug. 31, 2009), el tribunal rechazó primero una denuncia de discriminación laboral por una trabajadora que alegaba haber sido despedida por su condición de lesbiana, y sostuvo después que unos contribuyentes federales carecían de legitimación para denunciar la canalización de fondos de cuidado infantil a KBHC (*Kentucky Baptist Homes for Children*) por el Estado de Kentucky, pero que los contribuyentes estatales sí tenían legitimación para denunciar los fondos estatales pagados a KBHC para la atención de los niños.

Como ya sabemos, el Supremo rechazó el recurso de apelación presentado en el mes de mayo en *Catholic League for Religious and Civil Rights v. City and County of San Francisco, California*, 131 S.Ct. 2875 (certiorari denied, May 12, 2011), frente a aquella sentencia del noveno circuito que había respaldado la política de la ciudad de San Francisco sobre adopción por parejas del mismo sexo en la que criticaba la directiva del Cardenal Levada. Pocos días después, el Supremo tampoco aceptó el recurso en *Newdow v. Roberts*, 131 S.Ct. 2441 (certiorari denied, May 16, 2011). Aquí el tribunal de apelación del circuito de

DC, en *Newdow v. Roberts*, 603 F.3d 1002 (CA DC, May 7, 2010), había rechazado la denuncia presentada de no establecimiento a la oración y al uso del «so help me God» que el Chief Justice dirige al Presidente del Gobierno en las ceremonias de juramento en el día de inauguración de su mandato. Y más tarde, el 23 de mayo, el Supremo declinó entrar en el caso *Daniel Chapter One v. Federal Trade Commission*, 131 S.Ct. 2917 (certiorari denied, May 23, 2011). Un caso en el que el tribunal de apelación del circuito de DC, en 405 Fed.Appx. 505 (CA DC, Dec. 10, 2010), había defendido que el reconocimiento formal del estatus legal de una organización como entidad religiosa no impedía que la *Federal Trade Commission* (FTC) regulara sus anuncios de suplementos dietéticos. El último recurso de apelación fue desestimado el día 13 de junio de este año en *Freedom From Religion Foundation v. United States*, 2011 WL 1322972 (certiorari denied, June 13, 2011), caso en el que el primer circuito había defendido la ley estatal de New Hampshire (la *School Patriot Act*) que exigía un tiempo durante la jornada escolar para la recitación voluntaria de la *Pledge of Allegiance*.

Finalmente, de todos los recursos presentados en este periodo de tiempo, el único en ser admitido por el Supremo, ante la disparidad de pareceres en los circuitos, fue *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 131 S.Ct. 1783 (certiorari granted, Mar. 28, 2011). Una controversia que esperamos lleve al Tribunal a pronunciarse sobre el alcance de la doctrina de la «ministerial exception» amparada en la Primera enmienda y reconocida ampliamente en los tribunales federales de apelación. El argumento oral tuvo lugar a las 10 horas de la mañana del miércoles 5 de octubre y la mayor parte de los escritos presentados en apoyo de las partes (*amicus brief*) lo son para las tesis del demandante, entre ellos, el de la Conferencia católica de obispos norteamericanos.

### 3. BALANCE DEL AÑO 2010-2011

Tras este largo recorrido, sí podemos concluir ahora nuestra crónica sobre jurisprudencia con las siguientes consideraciones. En relación a las cláusulas religiosas de la Primera enmienda, el libre ejercicio de la religión conoció en el año 2010 dos aniversarios de muy distinto signo. Mientras el 17 de abril se cumplían 20 años de la decisión del Tribunal Supremo en *Smith*, el 22 de septiembre se celebraban los primeros 10 años de la entrada en vigor de la RLUIPA. Esta ley fue aprobada tras demostrar que las principales violaciones en la materia ocurrían en el campo de la legislación urbana y en la situación

de personas que habían sido ingresadas en ciertos centros, casos en los que se volvía al *Sherbert test* frente al principio de neutralidad formal sancionado por Scalia en *Smith*. Pues bien, los números que hemos ofrecido en esta crónica demuestran claramente que los presos se están sirviendo de esa ley para todo tipo de reivindicaciones y que los suyos son los litigios más numerosos. Los tribunales han aplicado la doctrina del estricto escrutinio que sigue el texto legal, desde el momento en el que el Tribunal Supremo sancionó su validez en *Cutter v. Wilkinson* (2005). Aunque también es cierto que situaciones de seguridad del centro y falta de pruebas del preso a la hora de mostrar su creencia han terminado por darle la razón al departamento de prisiones. El Supremo aún no se ha pronunciado sobre la validez de la cláusula de *zoning law* de la RLUIPA, rechazando en el tiempo de esta crónica el recurso de apelación presentado en los casos de *Rocky Mountain Christian Church* (10th Cir., 2010) y *Miles Christi Religious Order* (6th Cir., 2011). De todos modos, hemos podido identificar aquí tres casos resueltos por el Tribunal Supremo. En el año 2010 (*CLS v. Martinez*) el Tribunal resolvió en contra de las pretensiones de *free speech* del grupo cristiano de estudiantes de derecho de la *Christian Legal Society*. Y al año siguiente, en *Snyder v. Phelps*, sí reconoció la libertad de expresión de una iglesia que organizaba manifestaciones críticas sobre el gobierno enfrente de funerales por militares muertos en Irak. Finalmente, en *Sossamon v. Texas*, interpretó una de las cláusulas de RLUIPA concluyendo que los internos no podían exigir gastos frente al Estado en las demandas relacionadas con esa ley. Otros casos de *free exercise* los hemos visto planteados en los capítulos indicados de matrimonio y familia, escuela, adaptaciones religiosas en el trabajo y objeciones de conciencia. Pasando ahora a la *establishment clause*, han surgido controversias en cuestiones internas de las iglesias, ante manifestaciones públicas de la religión y su regulación, en el caso de oraciones en centros públicos, en el ámbito escolar, en el de los símbolos religiosos y, finalmente, en el campo del trabajo sobre el alcance de la «excepción ministerial». El Tribunal Supremo se pronunció a favor de una cruz en un desierto californiano en el 2010 (*Salazar v. Buono*) y, en el 2011 (*Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*), de un sistema público de créditos fiscales ofrecidos para contribuir a los gastos de matrícula escolar de las escuelas religiosas.

Pues bien, jurisprudencialmente hablando, el próximo *term* promete tanto interés como el pasado. Por lo que sabemos hasta el momento, el Tribunal Supremo ha fijado el argumento oral en dos casos que afectan a cláusulas religiosas

de la Primera enmienda. En el primero, tendrá que decidir sobre el contenido de la *ministerial exception* (*Hosanna-Tabor*) y en el segundo sobre aspectos que pueden afectar a la sección de la RLUIPA relativa a personas internas en ciertos establecimientos, en particular los penitenciarios (*Minneeci*). A estos dos tendríamos que añadir algún otro caso marginal como *M.B.Z. ex rel. Zivotofsky v. Clinton*, 131 S.Ct. 2897 (certiorari granted, May 2, 2011), en el que el Supremo tendrá que determinar si una ley del Congreso (sección 214 de la *Foreign Relations Authorization Act* de 2002) lesiona el poder del presidente del gobierno a la hora de reconocer gobiernos extranjeros. Su argumento oral está previsto para el lunes 7 de noviembre. El noveno circuito en *Zivotofsky v. Secretary of State*, 571 F.3d 1227 (9th Cir., July 10, 2009), no atendió la pretensión de los padres del niño de 3 años que buscaban, según esa ley, poner Israel y no Jerusalén como lugar de nacimiento en el pasaporte estadounidense del menor. Y es que, para ese tribunal, la cuestión del reconocimiento de Jerusalén como parte de Israel no era una cuestión judicial sino política sobre la que Estados Unidos no había tomado posición a través de la política de su Secretaría de Estado. En otro caso, *Knox v. California State Employees Association, Local 1000, Service Employees International Union, AFL-CIO-CLC*, 628 F.3d 1115 (9th Cir., Dec. 10, 2010), el noveno circuito falló a favor de las tesis de los sindicatos demandados en un caso de tasas impuestas a trabajadores que no pertenecían a ellos sin avisarles de un aumento temporal de esas cargas. El asunto tiene sus consecuencias por la posible objeción religiosa de los trabajadores que no quieren destinar su dinero a causas contrarias a sus creencias. El Supremo admitió el recurso presentado en *Knox v. Service Employees International Union, Local 1000*, 131 S.Ct. 3061 (certiorari granted, June 27, 2011). Y, por último, el segundo circuito dijo, en *Fox Television Stations, Inc. et al. v. Federal Communication Commission (FFC)*, 613 F.3d 317 (2nd Cir., July 13, 2010), un caso con claras implicaciones religiosas y morales, que la política de la agencia federal sobre emisiones con lenguaje indecente era demasiado vaga por lo que falló a favor de las emisoras. El Supremo aceptó la apelación presentada en *FFC v. Fox Television Stations, Inc.*, 131 S.Ct. 3065 (certiorari granted, June 27, 2011), pero a fin de precisar si esa política federal violaba las garantías constitucionales recogidas en la Primera (*free speech*) y Quinta enmienda.

Llegados a este punto, puede concluirse una vez más que esa *nación bajo Dios* que es América ofrece, mejor que ningún otro lugar del mundo, un punto de acceso privilegiado para el análisis tanto de la primera de las libertades

como de la relación entre religión y política o religión y Estado. Mientras la religión y su presencia en la escena pública siguen siendo importantes para el pueblo americano, la libertad continúa respondiendo a un proyecto personal de existencia. No es la religión el enemigo del que deba defenderse la libertad, sino su principal aliado y estímulo. Tal vez sea por esta razón que la Conferencia norteamericana de obispos católicos decidió crear, a finales de septiembre y, tras la sesión plenaria de junio, un comité especial sobre libertad religiosa.