

GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL. LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE IGUALDAD SOBRE LAS ENTIDADES RELIGIOSAS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO¹

Gender and sexual orientation. The enforcement of equality laws on religious entities in United States Law

SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS

Universidad Complutense de Madrid

scarribas@der.ucm.es

Cómo citar/Citation

Cañamares Arribas, S. (2023).

Género y orientación sexual. La aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el derecho norteamericano.

Revista Española de Derecho Constitucional, 128, 13-36.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.01>

Resumen

En este trabajo se analiza la interacción entre el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de género y de orientación sexual y la libertad religiosa de las confesiones y empresas de tendencia que les faculta para desarrollar sus actividades de acuerdo con su propia doctrina religiosa. A la luz de la jurisprudencia norteamericana

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Igualdad de género y creencias en el marco de la Agenda 2030». Referencia: I+D+i PID2020-114400GB-I00.

También se ha contado con el apoyo del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Dignidad humana y cohesión social: una búsqueda de vías para minimizar el efecto socialmente divisivo de los conflictos entre derechos humanos en el ámbito de la libertad de religión y creencia», PID2019-106005GB-I00, así como del grupo de investigación REDESOC de la Universidad Complutense Madrid.

se aportan una serie de pautas para la solución de los conflictos que puedan surgir en el ejercicio de estos derechos.

Palabras clave

Confesiones religiosas; autonomía confesional; igualdad de género; orientación sexual.

Abstract

This paper focuses on the interaction between the protection of the right to equality and non-discrimination based on gender and sexual orientation and the right of religious denominations and ethos-based entities to carry out their activities in accordance with their own religious doctrine. Considering the US jurisprudence, some guidelines are provided for the resolution of conflicts that may arise in the exercise of these rights.

Keywords

Religious denominations; religious autonomy; gender equality; sexual orientation.

SUMARIO

I. DERECHO A LA IGUALDAD Y LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO NORTEAMERICANO: 1. Derecho a la igualdad y no discriminación. 2. La protección constitucional de la libertad religiosa. II. EL PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD (*EQUALITY ACT*) Y SU IMPACTO SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA COLECTIVA. III. ORIENTACIÓN SEXUAL Y LIBERTAD RELIGIOSA COLECTIVA. LA SENTENCIA *FULTON V. CITY OF PHILADELPHIA*. IV. LA NEUTRALIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS, CLAVE DE BÓVEDA DEL SISTEMA. V. CONSIDERACIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. DERECHO A LA IGUALDAD Y LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

1. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Uno de los mayores puntos de fricción que presenta hoy en día la integración social de las confesiones religiosas está en la compatibilidad de algunos aspectos de su doctrina con las políticas de igualdad impulsadas por los poderes públicos, en particular con aquellas referidas al género y a la orientación sexual. Esta falta de sintonía se hace especialmente evidente cuando la llamada «perspectiva de género» que subyace en ciertas normas en materia de igualdad resulta difícilmente asimilable en clave religiosa.

A la hora de proporcionar una respuesta jurídica a estas tensiones es útil proyectar la mirada sobre el derecho norteamericano debido a dos razones fundamentales que aparecen como contrapuestas: de un lado, porque se encuentra pendiente de aprobación un proyecto de ley de igualdad (*Equality Act*) ajeno a cualquier sensibilidad religiosa, en tanto que pretende eliminar cualquier excepción de esta índole a su íntegro cumplimiento; y, de otro, porque los tribunales de justicia, en particular el Tribunal Supremo, han pronunciado una serie de sentencias en que se tutela la libertad de religión frente a una aplicación supremacista de las leyes y políticas públicas de igualdad por razón de género y de orientación sexual.

De esta manera, centrando el análisis en el derecho norteamericano, hay que señalar, ante todo, que la protección de la igualdad y no discriminación se encuentra consagrada, a nivel constitucional, en la *Equal Protection Clause*, contenida en la decimocuarta enmienda a la Constitución norteamericana, en cuya virtud los poderes públicos no pueden establecer distinciones entre

quienes se encuentren en las mismas circunstancias cuando no respondan a un objetivo legítimo².

Al analizar las posibles vulneraciones del derecho a la igualdad, los tribunales estadounidenses han empleado un triple examen de constitucionalidad, en función de la naturaleza de los derechos afectados³. De este modo, cuando la posible discriminación conecta directamente con el ejercicio de los derechos fundamentales o viene referida a alguna «categoría sospechosa» —raza, religión, nacionalidad y extranjería—, los tribunales tratan de ser muy garantistas aplicando un estricto escrutinio (*strict scrutiny test*), de modo que la diferencia de trato solo se considerará legítima cuando responda a un interés preponderante del Estado y, a la vez, se empleen los medios menos restrictivos sobre la igualdad y no discriminación.

En cambio, si la diferencia de tratamiento afecta a cuestiones de menor entidad, los tribunales aplican el *rational basis test*, en cuya virtud bastará con acreditar que el trato diferente responde a un interés legítimo y que existe un fundamento racional entre la medida discriminatoria y la consecución de los objetivos perseguidos.

Entre estos dos criterios de análisis constitucional todavía es posible detectar un *tertium genus* —conocido precisamente como el *intermediate scrutiny*— que se aplica en aquellos casos en que la norma establece una diferencia de trato que afecta a las llamadas *quasi-suspect classes*. Tradicionalmente los tribunales norteamericanos han venido integrando dentro de esta categoría algunas características personales como el sexo⁴, la orientación sexual⁵, el género⁶ y la filiación natural. En estos casos, la jurisprudencia entiende que el examen de constitucionalidad debe centrarse en acreditar que el Estado

² La XIV enmienda a la Constitución norteamericana tiene, en la parte que nos interesa, el siguiente tenor: «Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws»

³ Sobre estas cuestiones, *vid.* Ariens y Destro (2002: 374 y ss.).

⁴ *Vid.* *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996), y *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982).

⁵ Por todas, *vid.* *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988).

⁶ El Tribunal Supremo se refirió por primera vez al *intermediate scrutiny* en la sentencia *Craig*, que venía referida a un caso de *gender-based discrimination*. *Vid.* *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

persigue un interés gubernamental importante y que la diferencia de trato esté sustancialmente conectada con el objetivo perseguido.

2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

La libertad religiosa se consagra, en términos muy amplios, en la primera enmienda a la Constitución, donde se afirma que el Congreso no aprobará ninguna ley prohibiendo el libre ejercicio de la religión.

Al interpretar el contenido de esta enmienda, resulta imprescindible acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más concretamente, a su sentencia *Sherbert* (1963), donde se resolvió un recurso planteado por una trabajadora de una empresa textil —miembro de la Iglesia adventista del séptimo día— que se negó, por imperativos de conciencia, a trabajar en sábado frente a la decisión de la empresa de ampliar los horarios de trabajo. Tras ser despedida solicitó la prestación por desempleo, pero le fue denegada, según lo dispuesto en la *South Carolina Unemployment Compensation Act*⁷, por haber rechazado otras ofertas de trabajo. Aunque su rechazo estuvo motivado por el hecho de que le hubieran exigido trabajar en sábado, tales razones no se consideraron suficientes, por parte del departamento de empleo de Oregón, para conservar el derecho a percibir el subsidio de desempleo.

Al estimar el recurso por vulneración de la libertad religiosa, el Tribunal Supremo estableció que los poderes públicos sólo pueden restringir sustancialmente el libre ejercicio de la religión cuando sea necesario para atender a un interés preponderante del Estado —*compelling State interest*— y siempre que se empleen los medios menos restrictivos para su protección —*least restrictive means*—⁸. Esto supone, en definitiva, aplicar un estricto escrutinio para valorar la constitucionalidad de las restricciones a este derecho fundamental.

Esta doctrina se mantuvo inalterada durante casi treinta años, concretamente hasta la sentencia *Smith* (1990)⁹, cuando el Tribunal Supremo vino a

⁷ La norma dispone en la parte que nos interesa lo siguiente: «68-114. Ilegitimidad para beneficios. – Cualquier trabajador (asegurado) no tendrá derecho a los beneficios: [...] (3) Rechazo a aceptar trabajar. – (a) Si la Comisión entiende que ha rechazado, sin justa causa, (i) tanto solicitar un trabajo adecuado disponible cuando haya sido indicado por la oficina de empleo o la Comisión, (ii) aceptar un trabajo adecuado disponible que le haya sido ofrecido por la oficina de empleo o un empresario» (S. C. Code, Tit. 68, 68-1 to 68-404).

⁸ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

⁹ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

desestimar el recurso presentado por dos indios americanos, miembros de la Native American Church, que fueron despedidos de sus puestos de trabajo en un centro de rehabilitación de toxicómanos por consumir una sustancia alucinógena —peyote— en las ceremonias de su grupo religioso. El consumo de esta sustancia, calificada como droga en el estado de Oregón, constituía delito, lo que determinó que los recurrentes vieran denegadas sus solicitudes de subsidio de desempleo, por considerarse el despido, en ambos casos, procedente.

El Tribunal Supremo afirmó en *Smith* que el estado no necesita demostrar un interés preponderante para la aplicación de leyes neutrales y de carácter general sobre la libertad religiosa de los ciudadanos, por mucho que puedan tener un impacto frente al libre ejercicio de la religión. De esta manera, abandonando el estricto escrutinio empleado en *Sherbert*, el Tribunal consideró que, en estos casos, resulta suficiente para restringir la libertad religiosa acreditar que existe una conexión racional entre la medida restrictiva y el objetivo perseguido por la norma.

Este cambio de jurisprudencia —ratificado por el Tribunal Supremo en la sentencia *Church of Lukumi* (1993)—¹⁰ condujo a que el legislativo aprobara la Ley de Restauración Religiosa (1993)¹¹, que vino a normativizar el criterio

¹⁰ Esta decisión estima el recurso presentado por un grupo religioso practicante de la santería que emplea el sacrificio animal como uno de sus principales ritos que entendía que las ordenanzas municipales de la ciudad de Hialeah (Florida) que prohibían este tipo de actos entrañaban una vulneración de su libertad religiosa. El Tribunal Supremo declaró que las ordenanzas resultaban inconstitucionales, ya que no tenían un carácter neutral en lo religioso ni eran de general aplicación, dado que, por razones de salubridad pública, se limitaba a prohibir el sacrificio de animales empleados en unos ritos religiosos concretos, dejando fuera, entre otros supuestos, el sacrificio de animales con fines no religiosos.

Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah, 508 U.S. 520 (1993).

¹¹ El contenido esencial de la Religious Freedom Restoration Act (Ley de Restauración de la Libertad Religiosa) se recoge en su art. 3, que tiene el siguiente tenor:

«SEC. 3. Free exercise of religion protected.

(a) IN GENERAL.— Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) EXCEPTION.— Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person— (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest».

El texto de esta norma está disponible en la siguiente página web: bit.ly/3qOhgyx (última visita: 23 de septiembre de 2022).

Sherbert, garantizando, de este modo, la aplicación de un estricto escrutinio cuando la aplicación de una ley general provoque una restricción sustancial en el libre ejercicio de la religión.

Sin embargo, pocos años después, esta norma fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *Flores* (1997)¹², con base en que el Congreso había excedido sus competencias, ya que su contenido se inmiscuía en el ámbito competencial de los estados federados. Esta decisión determinó que la gran mayoría de estados federados reaccionaran aprobando normas de protección de la libertad religiosa siguiendo el modelo de la Ley federal de Restauración Religiosa, es decir, normativizando la doctrina *Sherbert*. Por lo demás, la vigencia de la Ley de Restauración a nivel federal no se vio alterada por *Flores*, tal y como quedó confirmado por el propio Tribunal Supremo en la sentencia *O Centro Espirita* (2006)¹³.

Descrito brevemente el marco constitucional de la igualdad y no discriminación, así como de la libertad religiosa en el ámbito norteamericano, voy ahora a detenerme en analizar cómo se armoniza el ejercicio de estos derechos fundamentales en el derecho norteamericano. Para ello, en primer lugar, haré alusión

¹² En esta sentencia se desestima el recurso de la Diócesis de San Antonio (Texas) frente al Ayuntamiento de la ciudad de Boerne, que denegó la preceptiva licencia municipal para la ampliación de la iglesia de St. Peter, por el daño que produciría en la imagen del centro histórico de la localidad. El Obispado entendió que la denegación de la licencia suponía una vulneración de la *Religious Freedom Restoration Act*, frente a la posición del Consistorio, que defendió la inconstitucionalidad de la Ley de Restauración en su aplicación a los estados federados.

El Supremo entendió que la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa era inconstitucional, pues excedía las competencias del Congreso en el marco de la decimocuarta enmienda, que no le faculta para dictar normas de carácter sustantivo o general, que inciden directamente en el ámbito de la legislación estatal, atacando el equilibrio entre el poder federal y el estatal configurado por la Constitución.

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

¹³ En esta sentencia se estima el recurso presentado por un grupo religioso frente a la decisión de la Administración norteamericana de impedirles la importación de ayahuasca para sus ritos religiosos al estar considerada como prohibida por la legislación nacional. El Tribunal aplica la Ley de Restauración afirmando que la Administración no ha demostrado que tuviera un interés preponderante en aplicar la legislación antidroga sobre el caso de la Uniao do Vegetal, por lo que estimó la vulneración de la libertad religiosa colectiva.

Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal, 546 U.S. 418 (2006).

Sobre el contenido de esta sentencia puede verse Cañamares Arribas (2009: 177-201).

al contenido del proyecto de Ley de Igualdad (*Equality Act*) que se encuentra pendiente de aprobación por el Senado de Estados Unidos y, en segundo lugar, centraré mi análisis en la sentencia *Fulton v. City of Philadelphia* (2021)¹⁴, que constituye la última decisión del Tribunal Supremo donde resuelven alguna tensiones derivadas del ejercicio de estos derechos fundamentales.

II. EL PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD (EQUALITY ACT) Y SU IMPACTO SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA COLECTIVA

Durante las últimas cuatro legislaturas, se han introducido en el Congreso norteamericano diversos proyectos de ley de igualdad —*Equality Act*— que pretenden, principalmente, extender la protección que dispensa la *Civil Rights Act* (1964) a una serie de características personales que, hasta ahora, no estaban cubiertas por la norma: el género y la orientación sexual. El proyecto de ley ha sido aprobado por la Cámara de Representantes en febrero de 2021, de modo que, en la actualidad, como acabo de indicar, se encuentra pendiente de aprobación por el Senado¹⁵.

En este punto es preciso señalar que la *Civil Rights Act* constituye la principal norma en materia de igualdad en el derecho norteamericano, en tanto prohíbe la discriminación por razón de raza, color y origen nacional en una serie de ámbitos, a saber: el ejercicio del derecho de voto, la educación pública, las relaciones laborales, los lugares abiertos al público (*public accommodations*), el alojamiento y el acceso a programas de fondos federales. Adicionalmente, esta norma prohíbe la discriminación por razón de sexo y de religión en dos ámbitos concretos: en las relaciones laborales y en el alojamiento. No obstante, en estos últimos casos se contemplan excepciones a la prohibición de discriminar a favor de entidades religiosas.

En efecto, el citado título VII, referido a la igualdad y no discriminación en el empleo, permite que las entidades religiosas discriminen a sus trabajadores por razón de su religión, de modo que pueden exigirles que compartan sus mismas creencias religiosas como forma de asegurar el mejor cumplimiento

¹⁴ *Fulton v. City of Philadelphia*, 141 S.Ct. 1868 (17 de junio de 2021).

¹⁵ El objeto de la proyectada ley se pone de manifiesto en su propio título: «To prohibit discrimination on the basis of sex, gender identity, and sexual orientation, and for other purposes» (H.R.5 — 117th Congress, 2021-2022).

El texto de este proyecto de ley, tal y como ha sido aprobado por la House of Representatives, puede verse en la siguiente página web: bit.ly/44467rG (última visita: 23 de septiembre de 2022).

de sus propios fines, incluso cuando desarrollen actividades de naturaleza no estrictamente religiosa¹⁶.

Más allá de esta excepción hay que tener en cuenta que esta norma no resulta de aplicación, en virtud de la llamada «excepción ministerial», ni a las relaciones de los ministros de culto con sus confesiones religiosas, tal y como reconoció el Tribunal Supremo en la sentencia *Hosanna Tabor* (2012)¹⁷, ni a los profesores de religión en centros educativos de inspiración religiosa, tal y como dispuso el mismo Tribunal en su sentencia *Our Lady of Guadalupe* (2020)¹⁸.

Al margen de estas precisiones, es importante señalar que alguno de los objetivos perseguidos por el proyecto de la *Equality Act* ya han sido anticipados por el Tribunal Supremo en la sentencia *Bostock* (2020)¹⁹. En efecto, en esta decisión se ha puesto de manifiesto que tanto la orientación sexual como la identidad de género constituyen características protegidas bajo la discriminación por razón de sexo, de suerte que resultan prohibidas en el ámbito de las relaciones laborales en virtud de lo establecido en el título VII de la *Civil Rights Act* (1964).

En consecuencia, hay que entender que el título VII prohíbe, sin excepciones, que las entidades religiosas puedan discriminar a sus trabajadores por razón de su orientación sexual o de su identidad de género, en tanto tales características resultan protegidas bajo el paraguas de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Esta precisión resulta especialmente trascendente en relación con la libertad religiosa colectiva, pues, tal y como puso de manifiesto el juez Gorsuch en *Bostock*, el cumplimiento de estas disposiciones puede llevar a las confesiones religiosas a ir en contra de su propia doctrina²⁰. De un modo

¹⁶ Así lo declaró el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987).

¹⁷ *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 565 U.S. 171 (2012).

¹⁸ Como justificación de la extensión de esta *ministerial exception* a los profesores de Religión de centros educativos religiosos, el Tribunal afirma: «The religious education and formation of students is the very reason for the existence of most private religious schools, and therefore the selection and supervision of the teachers upon whom the schools rely to do this work lie at the core of their mission» (sentencia *Our Lady of Guadalupe Sch. v. Morrissey-Berru*, 140 S. Ct. 2049, p. 2055).

¹⁹ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S. 140 S. Ct. 1731 (2020). Un comentario a esta sentencia puede verse en Rubio López (2020) y Johnson (2022: 685-710).

²⁰ Más concretamente, el Tribunal afirmó: «[...] complying with Title VII's requirement in cases like ours may require some employers to violate their religious convictions» (*Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731 (2020), pp. 1753-1754).

aún más contundente, el juez Alito, en su voto disidente en esta misma sentencia, apuntó que incluir la orientación sexual y la identidad de género bajo el concepto de «discriminación por razón de sexo» resultaba irresponsable frente al libre ejercicio de la religión, ya que podría desencadenar un conflicto abierto con las prácticas laborales basadas en las creencias religiosas que llevan a cabo numerosas iglesias, sinagogas, mezquitas y otras instituciones religiosas. No en vano, estas entidades —continúa Alito— necesitan trabajadores que vivan la doctrina religiosa o el ideario, por lo que obligarles a contratar trabajadores cuya conducta no respeta los principios de la organización les empujará a trasladar un mensaje objetable²¹.

En todo caso, si se llegara a aprobar la Ley de Igualdad en los términos hasta ahora proyectados, las tensiones con la libertad religiosa colectiva trascenderían el ámbito laboral, pues, como ya he señalado, el objetivo de esta norma es extender la protección frente a la discriminación por género y orientación sexual a todos los ámbitos contemplados en la *Civil Rights Act*, más allá, por tanto, del propio de las relaciones laborales sobre el que se proyectó la sentencia *Bostock*.

En efecto, otro de los cambios importantes que introduce el proyecto de *Equality Act* afecta a su título II, donde se prohíbe la discriminación en las llamadas *public accommodations*, es decir, una serie de lugares abiertos al público donde se proporcionan bienes o servicios.

Es importante destacar que, bajo la redacción actual, el título II no comprende dentro del concepto de *public accommodation* los lugares de culto, en cuanto se limita a cuatro tipos de negocios: restauración, hospederías, estaciones de servicio y sitios de entretenimiento. Precisamente, una de las novedades que introduciría la *Equality Act* es la ampliación del concepto de *public accommodation* de suerte que pasaría a incluir cualquier establecimiento en que se proporcionen bienes, servicios o determinados programas, independientemente de la naturaleza del negocio. A su vez, por establecimiento (*establishment*) se entendería cualquier lugar de exposición, entretenimiento, ejercicio, diversión o de reunión pública, entre otros.

De esta manera, como se ha señalado, dentro del concepto de *public accommodation* podrían incluirse los lugares de culto y, por consiguiente, quedar sujetos a la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género, salvo en el caso de que limitaran sus actividades únicamente a los miembros, algo que no se concilia adecuadamente con el carácter proselitista del fenómeno religioso (Colby, 2021: 31).

²¹ *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731, p. 1780.

Por esta razón, se ha considerado que la ampliación del concepto de *public accommodation* puede poner en peligro la libertad religiosa colectiva en tanto que serviría de base a posibles demandas frente al modo de organización y funcionamiento de las entidades religiosas. A título de ejemplo, se ha advertido de que la extensión de la discriminación por razón de sexo sobre el amplio concepto de *public accommodations* supondría que la práctica de separar por sexos las salas de oración en sinagogas y mezquitas constituiría una discriminación prohibida por esta norma²².

Por lo demás, también resultarían afectadas algunas entidades de tendencia de inspiración religiosa, en tanto que dentro del concepto de «establecimiento público» se integran los lugares de prestación de servicios. En este sentido, se ha señalado que los centros sanitarios de inspiración religiosa podrían verse obligados a practicar abortos o cirugías de reasignación de género para evitar incurrir en una posible discriminación en el marco de la *Equality Act* (Tracey, 2021: 30-32). En el caso del aborto, los motivos de este recelo se encuentran en que el proyecto de ley no incluye una cláusula de neutralidad en materia de aborto (*abortion neutrality provision*) cuando incorpora, dentro de la protección de la igualdad por razón de sexo, el embarazo, el parto o cualquier otra situación médica equivalente, por lo que, dentro de esta última categoría, podría entenderse incluido el aborto. En la actualidad, los títulos VII y IX de la *Civil Rights Act* —los únicos que contemplan la discriminación por razón de sexo— tienen la citada cláusula de neutralidad, de modo que impiden que pueda entenderse como discriminación por razón de sexo la negativa del empresario a financiar la cobertura sanitaria del aborto, o que alguna entidad pueda verse privada del acceso a fondos federales por su negativa a financiar abortos o a llevarlos a cabo en sus dependencias²³.

²² A este respecto puede verse el informe de la Becket Foundation —una entidad sin ánimo de lucro dedicada al asesoramiento jurídico en materia de libertad de religión— dirigido al Senado de Estados Unidos en el marco del proyecto de ley de igualdad, tal y como ha sido aprobado por la House of Representatives. Disponible en bit.ly/3qOXyTe (última visita: 26 de septiembre de 2022). *Vid.* también Tracey (2021: 110-119).

²³ Concretamente, el título VII dispone: «This subsection shall not require an employer to pay for health insurance benefits for abortion, except where the life of the mother would be endangered if the fetus were carried to term, or except where medical complications have arisen from an abortion: Provided, That nothing herein shall preclude an employer from providing abortion benefits or otherwise affect bargaining agreements in regard to abortion» (42 U.S.C. § 2000e[k]). Por su parte, el título IX dispone lo siguiente: «Nothing in this chapter shall be construed to require or prohibit any person, or public or private entity, to provide or pay for any benefit or services, including the use of facilities, related to an abortion.

De todas maneras, la principal crítica que se ha vertido frente a la proyectada *Equality Act* es que viene a situar el derecho a la igualdad en una posición supremacista frente a otros derechos fundamentales, y muy significativamente frente a la libertad religiosa, ya que expresamente dispone que la *Religious Freedom Restoration Act* (1993) no proporcionará base jurídica alguna para eximir de la aplicación de la Ley de Igualdad²⁴.

En consecuencia, si la ley se aprobara en estos mismos términos, implicaría un giro copernicano en la comprensión de la libertad religiosa en Estados Unidos, ya que la Ley de Restauración perdería el carácter de «supernorma» —dicho sea en palabras del juez Gorsuch en *Bostock* (2020)— capaz de desplazar la aplicación de otras normas federales en aquellos casos en que la observancia de sus disposiciones puede entrañar una vulneración de la libertad religiosa²⁵.

Sin duda habrá que esperar a la aprobación definitiva de la norma —si es que finalmente se produce— para conocer si se mantiene esta previsión y si, en su caso, llega a ser considerada constitucional por el Tribunal Supremo, en tanto que supone dejar inaplicada una norma fundamental del derecho norteamericano para garantizar la vigencia de la Ley de Igualdad, al margen de cualquier ponderación de derechos en conflicto. Como fácilmente se comprende, se trata de una disposición que compromete mucho más que la sentencia *Smith* la protección del libre ejercicio de la religión en Estados Unidos.

En fin, en caso de que se aprobara la *Equality Act* con dicha cláusula derogatoria, la respuesta del Tribunal Supremo, ante un eventual recurso, pondrá necesariamente de manifiesto su concepción acerca del libre ejercicio de la religión. En este sentido es interesante aludir al voto concurrente que formulan algunos magistrados en la sentencia *Fulton* —que posteriormente analizaré con detalle—, donde, criticando la comprensión de la libertad religiosa que hizo el Tribunal Supremo en la sentencia *Smith*, afirman que esta libertad no está concebida como una garantía del derecho a la igualdad y, por tanto, no debe ceder necesariamente en casos en que el libre ejercicio de

Nothing in this section shall be construed to permit a penalty to be imposed on any person or individual because such person or individual is seeking or has received any benefit or service related to a legal abortion» (20 U.S.C. § 1688).

²⁴ Concretamente, el proyecto de ley dispone lo siguiente: «SEC. 1107. CLAIMS. The Religious Freedom Restoration Act of 1993 (42 U.S.C. 2000bb et seq.) shall not provide a claim concerning, or a defense to a claim under, a covered title, or provide a basis for challenging the application or enforcement of a covered title».

²⁵ «Because RFRA operates as a kind of super statute, displacing the normal operation of other federal laws».

la religión pueda tener algún impacto sobre la igualdad de algunos colectivos²⁶.

Suponiendo que la *Equality Act* se aprobara sin la citada cláusula derogatoria de la Ley de libertad religiosa, habrá que ver cómo se armoniza su aplicación con el libre ejercicio de la religión. Desde distintos sectores se ha puesto de relieve que se trata de una tarea cargada de dificultad, ya que, hasta ahora, la armonización de ambos derechos se ha conseguido, principalmente, reconociendo excepciones a las entidades religiosas con la finalidad de que puedan atender al mejor cumplimiento de sus fines. En cambio, las modificaciones que se introducirían en la *Civil Rights Act*, en defensa de la igualdad LGTBI, no contemplan excepción alguna a favor de las confesiones religiosas ni en el ámbito de las relaciones laborales —seguirían quedando al margen el sexo, el género y la orientación sexual— ni en otros distintos como el de las *public accommodations*.

Parece claro que si el Tribunal Supremo, en su labor de interpretación del alcance de la primera enmienda, sigue la senda marcada por *Smith* —algo que, como veremos a continuación, no se descarta en *Fulton*— la aplicación prevalente de la igualdad sobre la libertad religiosa se producirá irremediamente, al menos cuando se considere que sus previsiones son de general aplicación y que no afectan sustancialmente al libre ejercicio de la religión. A tales efectos bastará con que se concluya que existe una conexión racional entre el objetivo de la igualdad LGTBI y la restricción de la libertad religiosa²⁷.

²⁶ El voto concurrente del juez Alito, al que se unen los jueces Thomas y Gorsuch, indica lo siguiente:

«As interpreted in *Smith*, the Clause is essentially an anti-discrimination provision: It means that the Federal Government and the States cannot restrict conduct that constitutes a religious practice for some people unless it imposes the same restriction on everyone else who engages in the same conduct. *Smith* made no real attempt to square that equal-treatment interpretation with the ordinary meaning of the Free Exercise Clause's language [...].

The key point [...] is that the text of the Free Exercise Clause gives a specific group of people (those who wish to engage in the "exercise of religion") the right to do so without hindrance. The language of the Clause does not tie this right to the treatment of persons not in this group» (*Fulton v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 141 S.Ct. 1868 [2021], p. 1897).

²⁷ La doctrina se ha mostrado muy crítica con la prevalencia absoluta del derecho a la igualdad sobre la libertad religiosa en su dimensión colectiva. Una buena síntesis de las distintas posiciones puede verse en Gas (2022: 19-31).

III. ORIENTACIÓN SEXUAL Y LIBERTAD RELIGIOSA COLECTIVA. LA SENTENCIA *FULTON V. CITY OF PHILADELPHIA* (2021)

La sentencia *Fulton*²⁸ resulta fundamental a los efectos de nuestro estudio en tanto que viene a resolver un conflicto entre las políticas de igualdad de una entidad local y el ideario religioso de una agencia católica de acogimiento familiar que rechazaba considerar como posibles familias de acogida a las parejas del mismo sexo.

Más concretamente, esta sentencia viene a resolver un recurso presentado por la citada agencia católica —Catholic Social Services— que alegaba que la decisión del Ayuntamiento de Filadelfia de rescindir su contrato de colaboración por no considerar elegibles como familias de acogida a las parejas homosexuales entrañaba una vulneración de su libertad religiosa. En efecto, la agencia católica rechazaba certificar este tipo de parejas con base en su propio ideario que entiende el matrimonio como un vínculo sagrado entre hombre y mujer. Alegaba que si tuviera que considerar como elegibles a las parejas del mismo sexo —ya estuvieran o no casadas— estaría respaldando este tipo de relaciones en contra de su propia doctrina.

El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo, que resolvió el recurso aplicando el *rational basis test* contenido en la sentencia *Smith*, porque considera que no era necesario analizar la vulneración alegada aplicando un estricto escrutinio, ya que la rescisión del contrato de colaboración no entrañaba una restricción sustancial del libre ejercicio de la religión de la entidad católica de adopción.

Precisamente, uno de los aspectos más discutibles de la sentencia *Fulton* está que acepta acríticamente el razonamiento de los tribunales inferiores según el cual la actividad de acogimiento familiar no afecta sustancialmente a la libertad religiosa de una entidad católica como Catholic Social Services, porque, básicamente, no tiene una naturaleza estrictamente religiosa sino secular²⁹. La consecuencia directa es que el caso no merece ser analizado aplicando las mayores garantías que ofrece un estricto escrutinio constitucional.

Desde mi punto de vista, se trata de un planteamiento desenfocado, por una doble razón. De un lado, porque la existencia de un ideario para el desarrollo de actividades seculares se vincula directamente con el cumplimiento de una misión religiosa, desde el momento en que la entidad de tendencia constituye un instrumento al servicio de la entidad religiosa que la crea para

²⁸ Un análisis crítico de esta sentencia puede verse en Rubio López (2021), Beck (2021: 95-128) y Godoy (2022).

²⁹ *Sentencia Fulton v. City of Philadelphia*, 922 F.3d 140 (2019), pp. 162-165.

cumplir sus propios fines. De esta manera, si la entidad de tendencia no pudiera desarrollar sus actividades seculares conforme a su ideario no tendría sentido su existencia, por lo que tendría que cesar en sus actividades so pena de verse forzada a llevarlas a cabo en contra de su doctrina, lo que se traduciría, a la postre, en una vulneración del libre ejercicio de la religión de la entidad religiosa que la constituyó.

De otro lado, el planteamiento de la sentencia me parece desenfocado porque no corresponde decidir a los tribunales si una determinada práctica constituye un aspecto nuclear de la doctrina religiosa, ya que supondría una intromisión por parte de los poderes públicos en un ámbito reservado exclusivamente a los titulares de la libertad religiosa. De esta manera, los tribunales deben limitarse a comprobar que la calificación como sustancial de una práctica no es una alegación oportunista, sino que responde a un planteamiento doctrinal sólido que alcanza un cierto nivel de seriedad, coherencia e importancia.

Al margen de estas consideraciones, la sentencia *Fulton*, a pesar de emplear este criterio menos garantista de la libertad religiosa, dio la razón a entidad católica, aplicando —insisto, de acuerdo con la doctrina *Smith*— un escrutinio estricto, debido a que la prohibición de discriminar alegada por el Ayuntamiento no derivaba de una norma de aplicación general³⁰. Esta conclusión se basó en que el contrato estándar de colaboración entre el Ayuntamiento y las agencias contenía algunas cláusulas que permitían excepciones a esta prohibición general. En efecto, aunque requiere que las entidades colaboradoras brinden sus servicios a los potenciales padres de acogida al margen de su orientación sexual, contempla la posibilidad de que el director de los Servicios Sociales del Ayuntamiento pueda dispensar el cumplimiento de estas obligaciones cuando lo considere oportuno (se supone que atendiendo a razones de entidad). En consecuencia, hay que comprobar por qué los motivos religiosos no tuvieron la entidad suficiente para fundamentar una dispensa de las obligaciones de igualdad. Dicho de otra manera, el Tribunal Supremo entiende que es necesario acreditar que la restricción de la libertad religiosa de la entidad recurrente responde a un interés público preponderante y que constituye el medio menos lesivo para alcanzarlo.

Según el Ayuntamiento, la rescisión del contrato respondía a tres intereses preponderantes, a saber: ampliar el número de familias de acogida, evitar

³⁰ «The contractual non-discrimination requirement imposes a burden on CSS's religious exercise and does not qualify as generally applicable. [...] Because the City's actions are therefore examined under the strictest scrutiny regardless of *Smith*» (*vid. Fulton v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 141 S.Ct. 1868 [2021], p. 1881).

posibles responsabilidades para la ciudad y, finalmente, asegurar la igualdad de trato de las posibles familias y niños de acogida.

El Tribunal Supremo advierte —como ya hizo en la sentencia *O Centro Espirita*— que el quicio del análisis constitucional no debe estar en demostrar si Filadelfia tiene un interés preponderante en hacer cumplir sus políticas de no discriminación en general, sino en si tiene tal interés en negar una excepción a Catholic Social Services³¹. Desde esta perspectiva, la sentencia *Fulton* llega a la conclusión de que el Ayuntamiento no ha conseguido acreditar en qué medida denegar a la agencia católica una excepción en este terreno sirve para ampliar el número de familias de acogida. Es más, prescindir de la agencia católica como entidad colaboradora tendría, precisamente, el efecto contrario, es decir, reduciría el número de familias de acogida en perjuicio de los menores necesitados de acogimiento³².

En lo que se refiere al interés de evitar que la ciudad incurra en responsabilidad, la sentencia considera que se trata de una afirmación meramente especulativa —insuficiente para superar un estricto escrutinio— desde el momento en que la autorización para certificar las familias de acogida se concede por el estado de Pensilvania, y no por la ciudad de Filadelfia, por lo que cualquier responsabilidad recaería sobre el primero y no sobre ella³³.

Por último, en relación con el interés preponderante de garantizar la igualdad de trato de las familias de acogida y de los menores, la sentencia considera que su consecución no puede justificar la negativa a conceder una exención a favor de la entidad católica para permitirle el libre ejercicio de su religión. En particular, la posibilidad prevista en el propio contrato de colaboración de que

³¹ «Rather than rely on “broadly formulated interests,” courts must “scrutinize [...] the asserted harm of granting specific exemptions to particular religious claimants.” [...] The question, then, is not whether the City has a compelling interest in enforcing its non-discrimination policies generally, but whether it has such an interest in denying an exception to CSS» (*vid. Fulton v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 141 S.Ct. 1868 [2021], p. 1881).

³² «Maximizing the number of foster families and minimizing liability are important goals, but the City fails to show that granting CSS an exception will put those goals at risk. If anything, including CSS in the program seems likely to increase, not reduce, the number of available foster parents» (*Fulton v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 141 S.Ct. 1868 [2021], pp. 1881-1882).

³³ «As for liability, the City offers only speculation that it might be sued over CSS’s certification practices. Such speculation is insufficient to satisfy strict scrutiny, [...] particularly because the authority to certify foster families is delegated to agencies by the State, not the City» (*vid. Fulton v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 141 S.Ct. 1868 [2021], p. 1882).

se concedan ciertas dispensas debilita el argumento de que las políticas antidiscriminatorias deben aplicarse sin excepciones. Al mismo tiempo, el Ayuntamiento no proporciona ninguna razón preponderante para denegar las excepciones a la entidad católica cuando aparecen abiertas para otras entidades³⁴.

En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que la negativa del Ayuntamiento de Filadelfia a contratar con esta entidad católica de acogimiento familiar constituye una vulneración de su libertad religiosa consagrada en la primera enmienda a la Constitución norteamericana. La entidad católica —en definitiva— solo pretende una acomodación de sus creencias religiosas que le permita seguir colaborando con la acogida de menores desde el respeto a su propia doctrina.

IV. LA NEUTRALIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS, CLAVE DE BÓVEDA DEL SISTEMA

De la sentencia *Fulton* —así como de otras decisiones del Tribunal Supremo a las que me referiré a continuación— es posible deducir que la búsqueda de un equilibrio entre las leyes de igualdad y la libertad religiosa exige, ante todo, que las primeras estén construidas y sean aplicadas en términos neutrales frente a la religión. Esa falta de neutralidad supondría una quiebra del principio de laicidad que define las relaciones entre poder político y religión en la mayoría de las sociedades democráticas³⁵, y que está consagrada en la primera enmienda a la Constitución norteamericana afirmando que el Congreso no aprobará ninguna ley estableciendo una religión oficial³⁶.

La actual interpretación de la cláusula de establecimiento por parte del Tribunal Supremo norteamericano ha sido el resultado de un proceso de

³⁴ «That leaves the interest of the City in the equal treatment of prospective foster parents and foster children. We do not doubt that this interest is a weighty one, for “[o]ur society has come to the recognition that gay persons and gay couples cannot be treated as social outcasts or as inferior in dignity and worth.” [...] On the facts of this case, however, this interest cannot justify denying CSS an exception for its religious exercise. The creation of a system of exceptions under the contract undermines the City’s contention that its non-discrimination policies can brook no departures» (*vid. Fulton v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 141 S.Ct. 1868 [2021], p. 1882).

³⁵ Sobre esta cuestión, Martínez-Torrón (2014: 417-448).

³⁶ En efecto, la separación entre el Estado y las confesiones religiosas está recogida en la llamada *Establishment clause* de la primera enmienda, que tiene el siguiente tenor: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion».

evolución histórica que se inició a través de la metáfora de Jefferson del «muro de la separación»³⁷ y que se irá matizando progresivamente hasta culminar en una interpretación de la neutralidad religiosa en términos positivos, que define la posición de los poderes públicos en materia religiosa a la luz de la libertad religiosa de individuos y grupos.

La cláusula de establecimiento ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en términos positivos en la sentencia *Van Orden v. Perry*³⁸, donde reputó constitucional el emplazamiento de un monolito con una inscripción de los Diez Mandamientos en el campo del Capitolio de Texas. En ella se afirma que el contenido de la primera enmienda debe ser entendido como un todo armónico, advirtiendo de que la neutralidad religiosa no puede configurarse de una manera tal que ponga en peligro la cláusula de libre ejercicio³⁹. Esa interpretación armónica exige, de un lado, no obviar la separación entre ambos órdenes, y, de otro, evitar cualquier hostilidad frente a la religión.

A la luz de esta doctrina, el Tribunal Supremo configura la neutralidad religiosa como garantía para el libre ejercicio de la religión, marcando, de esta manera, un punto de referencia para precisar el verdadero significado de la cláusula de establecimiento. De esta forma, y para asegurar el contenido de esa libertad, el Gobierno no puede ser «pro secular» ni ciego a la religión⁴⁰.

Al margen de estas consideraciones, resulta claro que la falta de neutralidad de las leyes de igualdad puede llevar a que sean directamente declaradas inconstitucionales por restringir injustificadamente la libertad religiosa —así lo entendió el Tribunal Supremo norteamericano en la sentencia *Masterpiece Cakeshop* (2018)—⁴¹ o, en su caso, a que su aplicación sea objeto de un estricto escrutinio que, casi con toda seguridad —tal y como ocurrió en *Fulton*—, decantará el análisis constitucional en favor de la libertad religiosa,

³⁷ La citada metáfora estaba contenida en una nota de cortesía enviada por Jefferson en 1802 a los baptistas de Danbury en la que les ponía de manifiesto que la Constitución había erigido un muro de separación entre la iglesia y el Estado. Literalmente se indicaba —en la parte que nos interesa— lo siguiente: «I contemplate with sovereign reverence that act of the whole American people which declared that their legislature should “make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof,” thus building a wall of separation between Church and State».

³⁸ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

Un comentario de esta sentencia puede verse en Cañamares Arribas (2005: 349-384).

³⁹ En este sentido puede verse el trabajo de Cornelius (1984: 35-36).

⁴⁰ Sobre la comprensión de la neutralidad religiosa estatal en el derecho norteamericano, Cañamares Arribas (2013: 199-230).

⁴¹ *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719 (2018); 201 L. Ed. 2d 35.

pues justificar un interés preponderante del estado en la aprobación o en la aplicación de una ley hostil hacia la religión resulta extraordinariamente complejo.

En efecto, en la sentencia *Masterpiece Cakeshop* el Tribunal Supremo puso de manifiesto que el estado no puede aprobar una normativa hostil hacia las creencias religiosas de los ciudadanos ni interpretarla de un modo prejuicioso hacia la religión en general o hacia algunas creencias o prácticas religiosas en particular.

Concretamente, esta sentencia estima un recurso planteado por un pastelero que alegaba la vulneración de su libertad religiosa y de su libertad de expresión a raíz de que la Comisión de Derechos civiles de Colorado estimara la denuncia interpuesta por una pareja gay por vulneración de la legislación de igualdad —*Colorado Anti-discrimination Act*— al negarse a elaborar una tarta de boda con un mensaje de apoyo hacia las parejas del mismo sexo.

La sentencia señaló que la vulneración de la libertad religiosa del pastelero se produjo desde el momento en que la Comisión de Derechos civiles de Colorado calificó como «despreciables y meramente formularios» los presupuestos religiosos en que se basaba su negativa a realizar la tarta, equiparando, además, su decisión con otros casos en que se ha utilizado la religión para justificar otras realidades históricas como la esclavitud y el Holocausto⁴².

Al mismo tiempo, su falta de neutralidad —o más bien su hostilidad— hacia los planteamientos religiosos del recurrente quedó patente cuando la Comisión, hasta en tres ocasiones anteriores⁴³, no tuvo problema en admitir que el rechazo de unos pasteleros a elaborar una tarta con un mensaje contrario

Un comentario a esta sentencia puede verse en Laycock (2019: 167-204; 2018: 49-66), Berg *et al.* (2020: 289-314). Entre la doctrina española *vid.* Palomino Lozano (2021: 621 y ss.) y Martín (2022).

⁴² Concretamente, la sentencia afirma lo siguiente: «To describe a man's faith as "one of the most despicable pieces of rhetoric that people can use" is to disparage his religion in at least two distinct ways: by describing it as despicable, and also by characterizing it as merely rhetorical—something insubstantial and even insincere. The commissioner even went so far as to compare Phillips' invocation of his sincerely held religious beliefs to defenses of slavery and the Holocaust» (*vid. Masterpiece Cakeshop v. Col. Civil Rights Commission*, pp. 10-11).

⁴³ Se refiere a las tres denuncias por discriminación religiosa interpuestas por un cliente —Williams Jack— que vio denegada en tres ocasiones la realización de una tarta donde se recogieran citas de la Biblia donde basaba su oposición al matrimonio homosexual. En todas ellas la Comisión de Colorado entendió que no se había producido vulneración de la ley de igualdad. *Vid. Masterpiece Cakeshop v. Col. Civil Rights Commission*, pp. 14-15.

al matrimonio homosexual no entrañó una discriminación hacia el cliente, ya que pretendían evitar un mensaje ofensivo⁴⁴.

A mi juicio es importante el razonamiento del Tribunal cuando afirma que, en el contexto de la aplicación de las leyes de igualdad, los poderes públicos no pueden valorar la naturaleza discriminatoria de una conducta con base en lo que a ellos les parece ofensivo. Cuando los poderes públicos valoran la posible discriminación desde una única perspectiva están mandando un mensaje de desaprobación hacia cualquier visión opuesta que resulta contrario a la neutralidad a la que están obligados⁴⁵. De esta manera, al aplicar las normas de igualdad deben actuar bajo los principios de neutralidad a la hora de valorar las conductas con independencia de que estén basadas en principios religiosos o seculares.

La posición manifestada por el juez Thomas en su voto concurrente a esta sentencia resulta ilustrativa a este respecto cuando indica que una cosa es que el matrimonio entre personas del mismo sexo haya alcanzado refrendo constitucional en Estados Unidos a partir de la sentencia *Obergefell* (2015)⁴⁶ y otra cosa distinta es que quienes no compartan esa visión sean tachados de intolerantes y se les impida manifestar sus opiniones contrarias⁴⁷.

Por último, la sentencia *Masterpiece Cakeshop* es importante a los efectos de nuestro estudio porque en ella el Tribunal Supremo entiende, una vez acreditada la falta de neutralidad de la Administración de Colorado en la aplicación de la legislación de igualdad, que se ha producido la vulneración de la libertad religiosa del recurrente, sin necesidad de llevar a cabo un estricto escrutinio para valorar en qué medida tal parcialidad podía estar justificada por atender un interés prevalente y cuál sería el medio menos lesivo para los derechos fundamentales del pastelero⁴⁸.

Esta sentencia supone, por tanto, apartarse del precedente *Smith*, ya que, según la doctrina sentada por el Tribunal en esa decisión, cuando una norma no es neutral —o no se aplica asépticamente frente a la religión— no cabe tacharla directamente de inconstitucional, sino que habrá que estar a lo que resulte de la aplicación de un estricto escrutinio frente a la libertad religiosa.

⁴⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* Movsesian (2019: 720-721).

⁴⁵ *Vid.* *Masterpiece Cakeshop*..., p. 16

⁴⁶ Sentencia *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644. Un comentario crítico a esta sentencia puede verse en Palomino (2015).

⁴⁷ *Vid.* *Masterpiece Cakeshop*, *Thomas J., concurring opinion*, pp. 13-14. Sobre esta cuestión *vid.* Tedesco (2020: 271-287).

⁴⁸ En cambio, el juez Gorsuch sí que lleva a cabo este examen de constitucionalidad en su voto concurrente a la sentencia. *Vid.* *Masterpiece Cakeshop*, p. 1734.

Esta fue, como hemos visto, la posición del Tribunal Supremo en *Fulton*, donde, después de concluir que la legislación municipal no era de general aplicación, recurrió al estricto escrutinio para decidir, finalmente, que su aplicación sobre la libertad religiosa colectiva no pretendió proteger ningún interés preponderante de los poderes públicos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque no faltan voces que afirman que algunas doctrinas religiosas entrañan una rampante discriminación por razón de género o de orientación sexual, la realidad es que los conflictos que más repercusión social han tenido no son los que se producen en el ámbito interno de las confesiones religiosas, sino los derivados de la negativa de ciertas empresas de tendencia a prestar sus servicios cuando, por las condiciones en que se llevarían a cabo, resultan contrarias a su ideario.

Ese es, precisamente, el tipo de conflicto que subyace en la sentencia *Fulton*, pero también el que se produce cuando centros sanitarios de inspiración religiosa rechazan practicar abortos o cirugías de reasignación de sexo por considerarlos contrarios a su ideario religioso. Traigo a colación estos supuestos porque, desde mi punto de vista, cada vez está más extendida la opinión de que las objeciones de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios —basadas, en ciertos casos, en razones de carácter religioso— así como el rechazo de algunos centros sanitarios a su práctica, por respeto a su ideario, constituyen un obstáculo al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, en particular, el derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer, así como su derecho a su vida privada.

A este respecto es muy significativa la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud sexual y reproductiva en Europa en relación con la salud de las mujeres⁴⁹, donde se admite que, por razones personales, el personal sanitario puede invocar una cláusula de conciencia frente a la práctica del aborto, pero recalca, al mismo tiempo, que su ejercicio no puede interferir con el derecho de la paciente al tener acceso completo a toda la cartera de servicios del sistema sanitario⁵⁰. Asimismo, el

⁴⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, Salud y derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres, P9 TA(2021)0314. Texto disponible en: bit.ly/3CtKJAll (última visita: 5 de noviembre de 2022).

⁵⁰ *Vid.* ap. 36

Parlamento lamenta que los estados miembros, en determinadas circunstancias, permitan que las entidades sanitarias rechacen proporcionar estos servicios con base en la llamada cláusula de conciencia, que conduce a la denegación de la prestación del aborto fundamentada en la religión o en la conciencia, poniendo en peligro la vida y los derechos de las mujeres⁵¹.

Sin embargo, cabe en este punto recordar que el relator especial de Naciones Unidas en su *Informe sobre la relación entre la libertad religiosa y la igualdad entre hombres y mujeres* (2013) puso de manifiesto que el hecho de que la citada igualdad constituya un objetivo legítimo en una sociedad democrática no supone que pueda justificar directamente cualquier restricción de otros derechos fundamentales, sino que habrá que demostrar no solo que responde al objetivo declarado de la igualdad, sino que para su consecución se han empleado los medios menos restrictivos para la libertad religiosa⁵².

En este contexto, no se debe perder de vista que la autonomía de las confesiones religiosas, que constituye uno de los aspectos esenciales de la libertad religiosa colectiva, entraña, ante todo, una garantía de su independencia frente a los estados, que están obligados a respetar la doctrina y la organización de los grupos religiosos para que puedan alcanzar sus propios fines. El ejercicio de este derecho comprende la facultad de las confesiones religiosas de constituir aquellas entidades tanto de naturaleza religiosa como secular que consideren necesarias para cumplir sus objetivos.

La referida autonomía, aunque forma parte del contenido esencial de la libertad religiosa colectiva, no constituye un derecho absoluto. A la luz de los textos internacionales —señaladamente del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia que lo interpreta— podrá ser válidamente restringida cuando esté previsto por la ley y resulte necesario en una sociedad democrática para salvaguardar algún interés legítimo —entre los que se cuentan los derechos y libertades fundamentales de los demás— asegurándose, en todo caso, que las limitaciones sean proporcionales a aquellos intereses.

Como se deduce de la jurisprudencia norteamericana que he analizado a lo largo de estas páginas, existe, desde hace décadas, una cierta incertidumbre acerca de cuál sea la protección adecuada de la libertad religiosa. Tal falta de certeza se hace aún más patente fuera del ámbito judicial cuando su ejercicio se confronta con el derecho a la igualdad y no discriminación, y, muy particularmente, cuando viene referido a la orientación sexual y a la identidad de género, ya que en estos supuestos cabe detectar una tendencia —el proyecto

⁵¹ *Vid.* ap. 37

⁵² *Vid.* ap. 31. El texto de este informe se encuentra disponible en: bit.ly/3PhzWRg (última visita: 5 de noviembre de 2022).

de *Equality Act* habla por sí mismo— a otorgar a la igualdad una primacía absoluta.

El poder judicial constituye la garantía frente a posibles excesos, velando por que la neutralidad de los poderes públicos en la elaboración y en la aplicación de las normas de igualdad constituya la clave de bóveda del sistema. Se trata de una conclusión que está presente en la sentencia *Masterpiece Cakeshop*, donde el Tribunal Supremo afirma que la solución que haya que dar a los conflictos que se puedan producir en el futuro entre igualdad y no discriminación, por un lado, y libertad religiosa, por otro, requerirá de un mayor análisis por parte de los tribunales, teniendo en cuenta que deben resolverse desde la tolerancia, sin prejuicios indebidos hacia las creencias religiosas de los ciudadanos y sin que los homosexuales y los transgénero sean objeto de un tratamiento contrario a la dignidad humana cuando requieren la prestación de bienes y servicios en el ámbito público⁵³.

Bibliografía

- Ariens, M. S. y Destro, R. A. (2002). *Religious liberty in a pluralistic society*. Durham, N. C.: Carolina Academic Press.
- Beck, D. (2021). *Fulton v. City of Philadelphia: Religious objectors, historically marginalized communities, and a missed opportunity*. *Loyola Law Review*, 68 (1), 95-128.
- Berg, T. C., Bradley, G. V. y Melling, L. (2020). *Masterpiece Cakeshop and its implications*. *University of Dayton Law Review*, 45 (2), 289-314.
- Cañamares Arribas, S. (2005). Simbología religiosa y separación en los Estados Unidos de América: la doctrina del Tribunal Supremo en la Sentencia “Van Orden v. Perry”. *Persona y Derecho*, 53, 349-384. Disponible en: <https://doi.org/10.15581/011.32471>.
- (2009). La importación y uso de sustancias alucinógenas para el culto en perspectiva comparada. ¿Desfile de los horrores o libre ejercicio de la religión? *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 25, 177-201.
- (2013). Religión civil y deísmo ceremonial en los Estados Unidos de América. *Anuario de Derecho Eclesiástico d el Estado*, 29, 199-230.
- Colby, K. (2021). The Equality Act’s Direct Assault on All Americans’ Religious Freedom. *Christian Lawyer*, 17 (1), 29-35.
- Cornelius, W. J. (1984). Church and State. The mandate of the establishment clause: wall of separation or benign neutrality? *St. Mary Law Journal*, 16, 1-39.
- Gas, M. (2022). Advancing gender equality without forfeiting religious autonomy: squaring the circle? *The Review of Faith and International Affairs*, 20, 19-31. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15570274.2022.2111801>.

⁵³ Vid. *Masterpiece Cakeshop*, p. 18

- Godoy, O. (2022). La prioridad del consenso en la interpretación de la cláusula de libre ejercicio: el paso de Smith a Fulton. *Revista General de Derecho Constitucional*, 37, 10. Disponible en: <https://tinyurl.com/4hewbust>.
- Johnson, R. E. (2022). Discrimination Because of Sexual Orientation and Gender Identity: The Necessity of the Equality Act in the Wake of Bostock v. Clayton County. *Brigham Young University Law Review*, 47 (2), 685-710.
- Laycock, D. (2018). The Wedding-Vendor Cases. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 49, 49-66.
- (2019). The broader implications of Masterpiece Cakeshop. *Brigham Young University Law Review*, 1, 167-204.
- Martín, I. (2022). La objeción de conciencia del vendedor a confeccionar tartas para bodas entre personas del mismo sexo. *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 60, 10. Disponible en: <https://tinyurl.com/y5ajf44u>.
- Martínez-Torrón, J. (2014). La neutralidad religiosa del Estado. *Anales: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 53, 417-448.
- Movsesian, M. L. (2019). Masterpiece Cakeshop and the Future of Religious Freedom. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 42 (3), 711-750.
- Palomino Lozano, R. (2021). Objeción de conciencia y libertad de expresión. En D. Llamazares Fernández. *El Derecho eclesiástico del Estado en homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 621-642). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rubio López, J. I. (2020). Un barco pirata por aguas de Scalia: Trabajo y sexo; texto e interpretación. A propósito de Bostock v. County of Clayton. *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 54, 24. Disponible en: <https://tinyurl.com/2p8hhmk7>.
- (2021). ¿Un mundo sin Smith? El minimalismo pragmático de la Corte Roberts ante la «cuestión Smith». (Fulton v. City of Philadelphia, 2021). *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 57, 21. Disponible en: <https://tinyurl.com/frkvhtsp>.
- Tedesco, J. D. (2020). Masterpiece Cakeshop and the Foundations of Free Speech and Toleration. *Oxford Journal of Law and Religion*, 9, 271-287. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojlr/rwaa024>.
- Tracey, T. J. (2021). Deal, No Deal: Bostock, Our Lady of Guadalupe, and the Fate of Religious Hiring Rights at the U.S. Supreme Court. *Ave Maria Law Review*, 19, 105-145.