

Objeción de conciencia empresarial y “guerra de religión” en los Estados Unidos. Reflexiones a partir de *Burwell* *v. Hobby Lobby Stores, Inc.*

*Corporate conscientious objection and the “war of religion” in the United States.
Reflections from Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*

DR. VÍCTOR JAVIER VÁZQUEZ ALONSO¹
Universidad de Sevilla, España

RECEPCIÓN: 06/04/2018 • ACEPTACIÓN: 07/05/2018

RESUMEN: En este trabajo se analiza el debate actual existente en la doctrina norteamericana sobre la objeción de conciencia empresarial. Para ello, después de resumir la evolución de la doctrina judicial de la *Free Exercise Clause* en relación a la objeción al cumplimiento de obligaciones legales, nos centraremos en la última jurisprudencia de la Corte Suprema, en el caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, donde, sobre la base de la *Religious Freedom Restoration Act* federal, la mayoría del Tribunal reconoce el derecho de las empresas a eximirse de costear, dentro del seguro de sus trabajadoras, aquellos tratamientos anticonceptivos contrarios a su ideario religioso. Después de llevar a cabo una lectura crítica de esta jurisprudencia, en este trabajo se intentará valorar cuál puede ser la influencia de *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* en el debate más general y actual sobre si el derecho a la libertad religiosa de los empresarios puede ser un título legítimo para discriminar en el ámbito de prestación de sus servicios dentro del mercado.

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca y profesor de Derecho Constitucional en Sevilla. Ha publicado diversos trabajos sobre relaciones Iglesia-Estado y libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE: Objeción de conciencia – No discriminación – Derechos reproductivos – Justicia constitucional – Libertad de empresa – Primera Enmienda USA.

ABSTRACT: In this paper we analyze the current academic debate in the USA about corporate conscientious objection. To do this we first summarize the evolution of the judicial doctrine of the Free Exercise Clause in relation to the right of accommodation of religion. We then focus on the latest jurisprudence of the Supreme Court in *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, where, on the basis of the Federal Religious Freedom Restoration Act, the majority of the Court recognized the right of companies to claim exemption from paying for contraceptive treatments contrary to their religious ideology through the insurance of their employees. After a critical reading of this jurisprudence, we will try to assess the influence of *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* in the wider current debate on whether the right of employers to religious freedom can be a legitimate title to discriminate in the field of providing their services within the market.

KEY WORDS: Conscientious objection – non-discrimination – reproductive rights – constitutional justice – corporate freedom – First Amendment USA

Introducción

Creo que vale la pena, aunque no sea lo más usual, introducir el tema que en este trabajo se va a estudiar con una cita algo larga del viajero Tocqueville, acerca de cuáles fueron sus impresiones con respecto al papel que jugaba la religión en la América temprana:

“A mi llegada a los Estados Unidos fue el carácter religioso del país lo primero que atrajo mi atención. A medida que mi estancia se prolongaba, percibía las grandes consecuencias políticas que se derivaban de estos hechos nuevos. Yo había visto entre nosotros al carácter religioso y al de la libertad marchar casi siempre en sentido contrario. Aquí los encontraba íntimamente unidos el uno al otro, reinando juntos sobre el mismo suelo. Cada día sentía crecer en mí el deseo de conocer la causa de este fenómeno. Para ello interrogaba a los fieles de todas las confesiones; buscaba sobre todo la compañía de los sacerdotes, depositarios de las distintas creencias y con un interés personal en su conservación (...). Encontré que todos atribuían principalmente a

la total separación entre la Iglesia y el Estado, el pacífico imperio que la religión ejercía en su país. Me atrevo a afirmar que durante mi estancia en América no encontré un solo hombre, sacerdote o laico, que no estuviera de acuerdo respecto a este punto”².

Desde luego, sería una ingenuidad tomarse las palabras de Tocqueville a pies juntillas. Cualquiera que haya profundizado un poco en la historia política norteamericana sabe que este relato arcádico de la convivencia entre religiones admite numerosos matices. Para empezar, como es conocido, muchas colonias, una vez constituidas en Estados dentro de la federación, mantuvieron iglesias oficiales que no fueron precisamente tolerantes con la disidencia. Del mismo modo, la historia del catolicismo en los Estados Unidos, sobre todo después de la gran migración irlandesa, no fue una historia fácil, y no es sino hasta bien entrado el siglo XX cuando se produce una normalización de la participación de esta comunidad en ciertos ámbitos institucionales hasta entonces bajo la hegemonía protestante³. Y es igualmente cierto que, si no es por una jurisprudencia tan descaradamente “contramayoritaria” como tardía de la Corte Suprema federal, en aplicación de la Primera Enmienda a los Estados, ciertas prácticas, como el rezo escolar obligatorio o, en algunos Estados, la enseñanza del creacionismo, estarían hoy normalizadas en la cultura política norteamericana. En cualquier caso, lo que sí es cierto es que Estados Unidos, a diferencia de las naciones europeas, no ha conocido otra guerra de religión que aquella que durante la propia guerra de la Independencia se libraba contra el fantasma del anglicanismo, siempre inescindible de la presencia de la corona inglesa. Del mismo modo, como corrobora el propio Tocqueville, pero como también insisten luego Max Weber⁴ o el propio Marx⁵, en los Estados Unidos la separación Iglesia-Estado no implicó sino un florecimiento de la religión, la cual nunca dejó de ser comprendida por los americanos, independientemente de la tradición política de estos, como un paradigma de la virtud ciudadana. A diferencia del republicanismo europeo, la separación Iglesia-Estado siempre fue defendida en los Estados Unidos al margen del anticlericalismo. El culto al secularismo, por

2. Vid. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Madrid, 2002, pp. 424-425.

3. Al estudio de estos matices y al mito del “muro de separación” en los Estados Unidos le dedico numerosas páginas en *Laicidad y Constitución*, Madrid, CEPC, 2012, en especial, pp. 11-49.

4. Vid. MAX WEBER, *Ensayos sobre sociología de la religión*, Madrid, 2001, en especial, el último apartado “Protestantismo y Capitalismo”; y también, el clásico *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1998.

5. KARL MARX, BRUNO BAUER, *La cuestión judía*, Barcelona, Anthropos, 2009.

lo tanto, ha sido siempre allí un culto compatible con el propio culto a la libertad religiosa, algo que explica el que siempre que ha habido necesidad de defender esta libertad, liberales y conservadores han ido de la mano. Una alianza, esta última, que se hace especialmente estrecha, como veremos, en los años noventa, y que corre en este momento el riesgo de resquebrajarse.

Desde luego son muchos los síntomas de que la cultura política de los Estados Unidos está sufriendo un proceso de cambio cuando no de descomposición. De entre los muchos síntomas de ese proceso, uno no poco significativo es la emergencia de una querrela inédita acerca del alcance de la libertad religiosa que surge a partir de la posición favorable de algunos Estados a reconocer a las empresas un derecho a eximirse de prestar sus servicios a ciertas personas en el mercado por motivos de conciencia. La denominada objeción de conciencia empresarial o corporativa que ha tenido en la comunidad *gay*, o mejor dicho, contra la comunidad *gay*, su principal motivo.

Hasta ahora, la única respuesta del Tribunal Supremo federal a esta cuestión se ha producido a raíz de un litigio que no puede entenderse sino dentro de la amplia estrategia judicial diseñada para abortar una de las leyes más emblemáticas no ya de la administración Obama, sino de la historia reciente de los Estados Unidos, estamos hablando, como es obvio, de la reforma sanitaria, conocida popularmente como el *Obamacare*. El caso es que este desafío judicial a la reforma sanitaria no solo ha tenido como frente jurídico las normas que definen el reparto del poder territorial en la Constitución norteamericana y una determinada interpretación de los límites del gobierno federal a la hora de regular la conducta económica de los ciudadanos⁶, sino que también se ha extendido al ámbito de la libertad de conciencia a través de una serie de litigios que terminan con la sentencia de la Corte Suprema en *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*⁷, en la cual, por un solo voto de diferencia, la mayoría del Tribunal ha considerado que vulnera la libertad religiosa de los empleadores, tal y como esta es definida en la legislación federal, exigirles la contratación de seguros médicos para sus trabajadoras que incorporen ciertas terapias anticonceptivas que puedan afectar a embriones ya fecundados, siempre y cuando esto pueda entrar en conflicto de forma grave con su conciencia religiosa.

6. Sobre esta jurisprudencia me he ocupado en extenso en "La Corte Suprema Norteamericana y el Federalismo del Bienestar. A propósito del juicio de constitucionalidad de la reforma sanitaria", en *Revista de Derecho Político*, N° 90, 2014, pp. 135-176.

7. *BURWELL V. HOBBY LOBBY STORES NC.*, 573 U.S._ (2014).

El objeto de este estudio es, en buena medida, calibrar cuáles son las implicaciones de *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* en la comprensión de la libertad religiosa de la Primera Enmienda. Concretamente, se intentará explicar hasta qué punto con su fallo en *Hobby Lobby* la Corte Suprema ha abierto la puerta a validar aquellas leyes que permitan a los empresarios discriminar impunemente a la hora de prestar sus servicios cuando detrás de esa decisión haya un motivo de conciencia religiosa. Para ello, en primer lugar, se va a intentar resumir cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en relación al pretendido derecho, derivado de la *Free Exercise Clause*, a eximirse de obligaciones legales cuando estas sean contrarias a nuestra conciencia religiosa. Posteriormente, se hará un análisis de cuál es el razonamiento que emplea el Tribunal para llegar a la conclusión de que una ley federal no puede obligar a los empresarios a sufragar los gastos de ciertos tratamientos anticonceptivos cuando los mismos sean contrarios a las creencias religiosas del empresario. Finalmente, y en contraste con el debate más amplio acerca del alcance de esa idea de “libertad religiosa corporativa”, se hará una valoración general de hasta qué punto después de *Hobby Lobby* puede haberse abierto una puerta para que los legisladores estatales habiliten legalmente a las empresas para llevar a cabo prácticas discriminatorias cuando exista una justificación religiosa para ello.

1. La Primera Enmienda y la objeción de conciencia a obligaciones legales: de la acomodación requerida a la acomodación permitida

En la historia de los Estados Unidos la religión siempre ha sido una realidad tan omnipresente como diferente en su tratamiento constitucional⁸. Así, lejos de intentar reconducir su estatuto jurídico a una suerte de derecho común de la libertad de conciencia, la libertad religiosa se ha configurado como un derecho del que se derivan unas obligaciones de abstención específicas para el Estado, del mismo modo que también ha sido específico, por estricto, el nivel de neutralidad religiosa que se ha deducido de la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda. La conocida metáfora del muro de separación entre la Iglesia y el Estado sirve, en sus dos acepciones históricas, para explicar el tratamiento constitucional de lo religioso en los Estados Unidos: como una garantía de la autonomía del Estado frente a las iglesias,

8. Al secularismo constitucional norteamericano dedico una buena parte de mi estudio *Laicidad y Constitución*, CEPC, 2012.

tal y como se entendía por Jefferson y la tradición liberal; y como una barrera para que, en palabras del reverendo Williams: “el jardín de la iglesia no se vea invadido por el desierto del Estado”⁹.

Por lo tanto, el problema jurídico de la conciencia es, cuando se trata de la conciencia religiosa, un problema singular dentro del ordenamiento norteamericano en el que, de entre las muchas cuestiones que plantea, destaca la de hasta qué punto puede exigirse al legislador que vele por no establecer cualquier tipo de barrera normativa que impida al ciudadano comportarse según sus creencias. Puede decirse, en este sentido, que la gran discusión doctrinal y judicial en los Estados Unidos sobre el alcance de la *Free Exercise Clause* ha girado siempre en torno a la idea de “acomodación religiosa”¹⁰.

Hay que señalar, en cualquier caso, que el concepto *religious accommodation* ha sido usado en la doctrina para hacer alusión a cuatro cuestiones que, aunque relacionadas todas ellas con la pregunta de qué tratamiento ha de dar el Estado al fenómeno religioso, pueden diferenciarse desde el punto de vista jurídico. Así la doctrina norteamericana habla, en primer lugar, de acomodación religiosa cuando se refiere a aquellos supuestos en los que el Estado, pese al mandato de neutralidad religiosa contenido en la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda, permite o promueve algún tipo de reconocimiento simbólico de la religión en el ámbito público, por su carácter tradicional o histórico. Del mismo modo, también se usa el término *religious accommodation* en relación a ciertas políticas públicas dirigidas a crear una atmósfera favorable para el ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito público, o para facilitar la participación de instituciones de carácter religioso en programas de ayuda financiera estatal. Como puede observarse, en todos estos supuestos citados, en realidad se trata más que de una acomodación del ejercicio de la libertad religiosa, de una acomodación de la religión en la esfera pública, ya que en nada afecta realmente al ejercicio del derecho fundamental que el Estado decida o no acomodar la religión¹¹.

9. Vid. MARK DE WOLFE HOWE, *The Garden and the Wilderness: Religion and Government in American Constitutional History*, Chicago, 1965.

10. De entre la ingente literatura jurídica acerca de la tensión entre las dos cláusulas religiosas de la Primera Enmienda, la *Establishment Clause* y la *Free Exercise Clause*, puede verse, MICHAEL MCCONNELL, “Accommodation of religion”, *The Supreme Court Review*, 1985.

11. Seguimos aquí el estudio del uso de este término que hace STEVEN GEY, “Why is religion special? Reconsidering the Accommodation of Religion under the Religion Clauses of the First Amendment”, *52 University of Pittsburgh Law Review*, pp. 74 y ss.

Distinto es, sin embargo, cuando por acomodación religiosa entendemos aquellas excepciones al cumplimiento general de la ley que deciden, bien los jueces o bien el propio legislador, con la finalidad de eliminar las barreras normativas que su cumplimiento supondría para ciertas personas en el ejercicio de sus creencias. La interminable discusión doctrinal y judicial ha girado, en este sentido, en torno a la pregunta de si la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda impone o no a los jueces la obligación de no aplicar aquellas leyes que impidan el ejercicio de la libertad religiosa de ciertos ciudadanos cuando el legislador no haya previsto expresamente la excepción al cumplimiento de estas obligaciones legales por motivos de conciencia¹². A este respecto, durante años la doctrina dominante en la Corte Suprema fue que cuando el legislador no haya previsto estas excepciones al cumplimiento general de la ley, los jueces, sobre la base de lo establecido en la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda, debían remover aquellos obstáculos normativos que afecten a la libertad religiosa de los ciudadanos, siempre que el Estado no pudiera demostrar la existencia de un interés apremiante (*compelling state interest test*) que justifique la prohibición general de esa conducta y, al mismo tiempo, la inexistencia de una medida menos restrictiva para la libertad religiosa que sirviese igualmente para la consecución de ese fin o interés que el Estado quería satisfacer con la ley (*least restrictive test*)¹³.

Esta doctrina, que tiene su punto de partida en la sentencia *Sherbert v. Verner*¹⁴ y su exponente más emblemático con la conocida decisión sobre el derecho de los menonitas a educar a sus hijos en el hogar, *Wisconsin v. Yorder*¹⁵, mantuvo su vigencia hasta otro emblemático litigio¹⁶, *Employment Division v. Smith*, en el que

12. Vid. MICHAEL MCCONNELL, "Accommodation of religion", op. cit., p. 8.

13. En nuestra doctrina podemos encontrar un trabajo extenso y detallado sobre la construcción de estos conceptos en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana: José Ignacio Rubio López, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE. UU durante la Corte Rehnquist (1986-2005), una libertad en tensión*. Pamplona, 2006, pp. 257-289.

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

15. *Wisconsin v. Yorder*, 406 U.S. 205 (1972).

16. La vigencia de esta doctrina no quiere decir, obviamente, que los tribunales siempre entendieran que cualquier barrera legal impuesta al libre ejercicio de la religión era contraria a la Constitución. En este sentido, son diversos los pronunciamientos de la Corte Suprema en los cuales la mayoría de los jueces entienden que existe un interés estatal para imponer una determinada barrera al ejercicio de la religión y que la misma es necesaria, rechazando, sobre esta base, conceder excepciones a la aplicación de una ley con base en la *Free Exercise Clause*. Pueden verse entre otras *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987) en la que se rechaza

la Corte derogó este precedente para hacer una interpretación de la *Free Exercise Clause* de sesgo radicalmente contrario, en virtud de la cual no contravendrían esta cláusula aquellas normas de aplicación general que, aprobadas desde la más exquisita neutralidad religiosa, establezcan una barrera legal al ejercicio de la religión, independientemente de que exista o no un interés apremiante por parte del Estado para establecer estos límites¹⁷. En definitiva, para la mayoría de la Corte no existe el derecho a eximirse del cumplimiento de obligaciones legales por motivos religiosos y, por lo tanto, los jueces no podrán no aplicar estas normas al caso concreto, aun cuando se constate que su observancia suponga una carga sobre la libertad religiosa de ciertos ciudadanos¹⁸. Sin duda muy influenciado por las características del caso concreto¹⁹, la idea que subyace en la argumentación del juez Scalia, que es quien se

efectuar una excepción a las normas penitenciarias para permitir que los presos islámicos participen semanalmente en un servicio religioso semanal; *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986), en la cual se rechaza la demanda de un judío ortodoxo oficial del ejército del aire, que pretendía que se le eximiera del cumplimiento de las normas de vestimenta del ejército para vestir con la «yarmulke» durante el servicio; *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n.*, 485 U.S. 439 (1988), en la cual la Corte Suprema rechaza la demanda de una Tribu India que, sobre la base de la *Free Exercise Clause*, reclamaba la paralización de la construcción de una carretera en un paraje donde tradicionalmente realizaban ejercicios religiosos; *Jimmy Swaggart Ministries v. Board of Equalization*, 493 U.S. 378 (1990), donde se rechaza la demanda de una organización religiosa para que se le eximiera del pago de impuestos; *Hernández v. Commissioner*, 490 U.S. 680 (1989) en la cual la Corte Suprema deniega a los miembros de la Iglesia de la Cienciología la deducción como contribuciones caritativas de los ingresos que estos efectuaban a su Iglesia en concepto de pago por sus programas de formación; *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982), en la que deniega a un miembro de la comunidad Amish la exención por motivos religiosos del pago de los costes de seguridad social de un trabajador a su cargo.

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

18. "... the right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)", *Employment Division v. Smith, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* 494 U.S. 872, 883 (1990).

19. El origen del litigio se encuentra en el despido de dos miembros de la *Native American Church* de su trabajo en una clínica privada de rehabilitación para drogadictos, por haber consumido peyote en actos sacramentales de su religión. El Estado de Oregón, posteriormente, denegará a ambos el subsidio de desempleo, argumentando que el despido se había producido por una mala conducta. Así, frente a las alegaciones de los afectados, el gobierno del Estado insistirá en que el consumo de esta droga estaba tipificado como delito por la ley estatal. Ambos trabajadores recurrirán esta decisión en las sucesivas estancias judiciales del Estado, las cuales, en virtud de la doctrina *Sherbert*, estimaron que la ley penal que prohibía el consumo de peyote sin exceptuar su uso sacramental, establecía una barrera al ejercicio de la libertad religiosa contrario

encarga de redactar la sentencia, es que de aceptar ese derecho general a eximirse del cumplimiento de obligaciones regales por motivos religiosos se estaría poniendo en cuestión la propia sujeción de los ciudadanos al ordenamiento jurídico y con ello la eficacia de las leyes. En definitiva, se estarían poniendo las bases para que se dieran situaciones de anarquía jurídica:

“... ¿Puede un hombre excusar sus prácticas sobre la base de sus creencias religiosas? Permitir esto sería hacer superiores las doctrinas religiosas por él profesadas a la ley del país, y permitir de hecho que cada ciudadano se convierta en su propio legislador”²⁰.

Como es sabido, pocas sentencias en la historia de la Corte Suprema han sido tan polémicas, e incluso traumáticas, como la dictada en *Smith*. La derogación del precedente en materia de libertad religiosa provocó una inmediata reacción política en la que convergieron desde los grupos fundamentalistas evangélicos hasta las asociaciones liberales más significativas del país. Una reacción que, auspiciada por la administración Clinton, tuvo como resultado la aprobación de la *Religious Freedom Restoration Act*²¹, una de las leyes con más apoyo democrático de la historia de los Estados Unidos²², y cuyo contenido venía definido por el propósito de restablecer la doctrina *Sherbert-Yorder*, es decir, el precedente en la interpretación de la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda que fuera derogado por *Smith*. Así, con la RFRA se volvía a dejar en manos de los jueces la competencia para no aplicar

a la *Free Exercise Clause*. Tras los recursos del gobierno de Oregón, el caso llega a la *Supreme Court*, la cual no entra a conocer el fondo del litigio y reenvía el caso a la Corte Suprema de este Estado para que aclare si existe o no una tipificación penal del consumo de peyote cuando estese realiza como parte de una ceremonia religiosa. La Corte Suprema de Estado de Oregón confirma la tipificación penal del consumo de esta droga sin excepción alguna por el hecho de que su uso fuera sacramental, pero considera que esta prohibición no es válida a la luz de la *Free Exercise Clause*, reafirmando que el Estado no puede denegar el subsidio por desempleo a los trabajadores que habían sido despedidos por cumplir con prácticas propias de la religión que profesaban. Tras esta sentencia, el asunto llega de nuevo a conocimiento de la *Supreme Court*, la cual revisa el pronunciamiento de la Corte estatal y afirma la constitucionalidad de la legislación y, en consecuencia, de la denegación del subsidio de desempleo solicitado por los miembros de la *Native American Church*.

20. *Reynolds v. United States* 98 U.S. 145 (1879); citado en *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 879 (1990).

21. En adelante RFRA.

22. La ley fue aprobada por 97 votos a tres en el Senado y por la unanimidad de los miembros de la cámara de representantes.

aquellas normas que impusieran una barrera al ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, siempre y cuando no pudiera demostrarse la existencia de un interés estatal apremiante por parte del Estado para establecer este límite, e igualmente que no había una medida menos restrictiva del derecho que sirviera para garantizar el fin que se persigue²³.

El destino de la RFRA es conocido. El intento del Congreso de corregir la doctrina judicial de la libertad religiosa que había establecido la Corte Suprema en *Smith*, termina con el conocido fallo *City of Boerne v. Flores*²⁴, donde la Corte reafirma su mejor competencia para la interpretación del contenido de los derechos consagrados por la Constitución, y con ello, la resistencia absoluta del precedente judicial frente al legislador²⁵. En esta sentencia, la Corte Suprema aprovechó la oportunidad para reafirmar también los límites que el federalismo del sistema impone al gobierno central a la hora de definir el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. En coherencia con la interpretación más restrictiva de los poderes del gobierno federal que había caracterizado gran parte de la jurisprudencia de la era *Rehnquist*, para la mayoría del Tribunal, eran las asambleas estatales y no el Congreso federal quienes estaban legitimadas para hacer –como muchas hicieron– un desarrollo de la *Free Exercise Clause* que amparase la acomodación judicial de la libertad religiosa frente a ciertas obligaciones legales, en los términos que había querido restablecer la RFRA.

Resumiendo, el fracaso de la RFRA significó, en este sentido, la consolidación de la doctrina afirmada por la Corte en *Smith*, de tal forma que cuando se trate de leyes que puedan ser consideradas neutrales desde un punto de vista religioso no existe, en el ordenamiento norteamericano, ningún derecho general a eximirse de su cumplimiento por más que la observancia de las mismas pueda suponer una carga en el ejercicio de la libertad religiosa de ciertos ciudadanos. De esta forma, es en el legislador y no en los jueces en quienes recae la decisión de prever excepciones al cumplimiento de determinadas leyes para hacerlas compatibles con la plena libertad religiosa de ciertos ciudadanos. La acomodación, por lo tanto, dejaba de ser definitivamente algo prescrito por la *Free Exercise Clause*, para pasar a ser algo permitido por la Constitución con la única excepción de aquellos supuestos en los

23. *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, 42 U.S.C. § 2000bb-1(b)

24. *City of Boerne v. Flores, Archbishop of San Antonio*, 521 U.S. 407 (1997).

25. En nuestra doctrina, puede verse, en extenso: MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ, "City of Boerne v. Flores: La importancia del candor judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 62, 2001, pp. 327-328.

que se tratase de leyes no neutrales desde el punto de vista religioso, es decir, cuando se pudiese demostrar que la ley únicamente ha querido censurar una determinada conducta por su carácter religioso²⁶.

Ahora bien, aunque el Tribunal niega la eficacia a nivel estatal de la RFRA, en tanto el Congreso no podía redefinir el contenido constitucional de la libertad religiosa, esta ley sí va a tener efectos sobre la legislación federal, puesto que nada impide al Congreso que, en el ámbito de los poderes que le otorga la Constitución, es decir afectando únicamente a las leyes aprobadas por el Congreso federal, este establezca un mandato de acomodación de las creencias religiosas de los ciudadanos. Por lo tanto, si bien la RFRA no es parámetro de control de la legislación de los Estados²⁷, sí lo es de la legislación federal²⁸, algo determinante, como veremos a continuación, en el fallo que dicta el tribunal en *Burwell v. Hobby Lobby*.

La reforma sanitaria impulsada durante los mandatos del presidente Obama, fue el punto de llegada de una costosa y larga batalla democrática. Dentro de esta batalla el principal frente fue, sin duda, el de mejorar las condiciones de la salud de los norteamericanos facilitando su acceso a los tratamientos médicos que estos necesiten, pero este frente no fue el único. A rebufo del impulso parlamentario en aras de la cobertura sanitaria universal, otras demandas vinculadas a la misma fueron integradas en el documento finalmente aprobado por el Congreso, entre ellas, y tal vez la más relevante, la de garantizar el acceso a tratamientos anticonceptivos a las trabajadoras norteamericanas: el denominado *mandated contraception coverage*. Como la propia Corte Suprema había reconocido en una antigua jurisprudencia, el acceso de las mujeres a métodos anticonceptivos seguros y eficaces no solo está relacionado con la salud, sino que, en gran medida, es condición para que estas puedan participar en igualdad de condiciones en la vida pública y económica del país²⁹. Incluir dentro del seguro laboral el acceso a métodos anticonceptivos de

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

27. Aunque fueron muchos los Estados que tras la sentencia de *City of Boerne* aprobaron leyes en términos miméticos a la RFRA federal, y donde, por lo tanto, existe un derecho de rango legal a la acomodación religiosa.

28. Así, la Corte Suprema entendió que el Gobierno Federal no había podido demostrar la existencia de un interés estatal apremiante para prohibir la importación a una comunidad religiosa de origen brasileño de una sustancia considerada ilegal según la normativa federal, y usada por esta comunidad para sus ceremonias sacramentales. *Vid. Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

29. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Entre otras muchas referencias sobre la materia, aportando gran cantidad de datos estadísticos sobre el efecto

las trabajadoras en edad reproductiva significaba dar un paso capital de cara a la integración igualitaria de la mujer en el mercado laboral norteamericano³⁰.

La forma a partir de la cual la ACA garantiza este acceso es relativamente sencilla. Los empresarios que tengan a su cargo cincuenta o más empleados están obligados a contratar seguros sanitarios para sus trabajadoras en los que se incluirá como parte de la cobertura mínima esencial, por lo tanto, sin ningún tipo de gastos para la asegurada, el acceso a tratamientos anticonceptivos para aquellas mujeres que se encuentren en edad reproductiva. La aprobación definitiva de la oferta de tratamientos anticonceptivos que las compañías de seguros debían poner a disposición de las trabajadoras era competencia del *Department of Health and Human Services*, quien, asesorado por un organismo no estatal, *The Independent Institute of Medicine* (IOM), prescribió un total de veinte tratamientos, de los cuales cuatro actuaban sobre el óvulo ya fecundado impidiendo su implantación en el útero; lo que comúnmente conocemos como la píldora del día después. El mismo departamento que aprobó la lista de métodos anticonceptivos previó, tras una ininterrumpida campaña de presión por parte de diferentes grupos religiosos³¹, sucesivas excepciones dirigidas a acomodar la libertad religiosa de algunos empleadores que debían sufragar el coste de los seguros y, para los cuales, financiar tratamientos anticonceptivos podía suponer un problema de conciencia. En concreto, estas excepciones favorecían

emancipador que el fácil acceso a métodos anticonceptivos tiene sobre las mujeres, puede verse el detallado estudio de MELISSA S. KEARNEY & PHILLIP B. LEVINE, "Subsidized Contraception, Fertility, and Sexual Behavior", 91 *Review of Economics and Statistics*, 137 (2009).

30. Una argumentación extensa de cómo la cobertura sanitaria gratuita de los métodos y tratamientos anticonceptivos es una precondition para la no discriminación de las mujeres en el ámbito laboral, la podemos encontrar en el extenso informe que defiende como *amicus curiae* ante la Corte Suprema, la *National Women Law Center*, junto con otras 68 asociaciones dedicadas a la lucha por la salud y la igualdad de oportunidades de las mujeres en los Estados Unidos, disponible en http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs-v3/13-354-13-356_amcu_nwlc-et-al.authcheckdam.pdf. Véanse, especialmente, las páginas 20 a 25 del documento.

31. Hay que señalar, a este respecto, que en coherencia con sus propios postulados dogmáticos fueron ciertos sectores del catolicismo los más beligerantes, y ello por el hecho de que es contrario a la doctrina católica no solo el uso de anticonceptivos de urgencia que actúan sobre el óvulo fecundado pero no implantado en el útero, sino el uso de cualquier tipo de medida profiláctica, mientras que las iglesias protestantes, por lo general, nada objetan al uso de estos anticonceptivos. Una buena síntesis de la posición de la Iglesia Católica en USA, con respecto al *contraceptive mandate* la podemos encontrar en "U.S. Bishops Vow To Fight HHS Edict". *United States Conference of Catholic Bishops*, January 20, 2012. Disponible en <http://www.usccb.org/news/2012/12-012.cfm>.

tanto a iglesias como órdenes religiosas³², extendiéndose posteriormente a aquellas instituciones sin ánimo de lucro con un ideario religioso explícito³³. Quedaban fuera, en cualquier caso, aquellas empresas que, pese a tener un ideario religioso, sí desempeñaban actividades inequívocamente lucrativas³⁴.

El desarrollo del *contraceptive mandate* que llevó a cabo el *Department of Health and Human Services* intentaba conciliar así una comprensión rigurosa del mandato del legislador con las propias exigencias derivadas tanto de la *RFRA* como de la propia *Free Exercise Clause* de la Constitución. Decimos rigurosa porque durante los debates legislativos no solo se descartó de forma expresa la inclusión de una “objección de conciencia” a favor de los empresarios para no contratar seguros que incluyan estos tratamientos, sino que también, como insistirá la magistrada Ginsburg en su voto particular, se puso de manifiesto la necesidad de que la cobertura anticonceptiva fuera realmente amplia, de tal forma que alcanzase a métodos que, pese a ser especialmente recomendados por la comunidad científica, en muchos casos eran descartados por las mujeres dado su elevado coste; de ahí que el *Department of Health and Human Services* impusiera a las aseguradoras ofertar una amplia gama de tratamientos dentro del mínimo de cobertura sanitaria que los empresarios han de ofrecer a sus empleados³⁵.

32. La normativa aprobada reenvía el concepto de *religious employer* a aquel que consagran las normas fiscales a los efectos de determinadas excepciones impositivas, recogidas en el 6033(a)(3)(A)(i) o (iii) del *Internal Revenue Code*, y que engloba tanto a Iglesias como a casas de caridad, sin importar si estos últimos proveen sus servicios asistenciales a personas de diferentes fes.

33. La extensión a las asociaciones sin ánimo de lucro de ideario religioso de las exenciones previstas con carácter general para las Iglesias no se *produce* sino hasta julio de 2013, a través de las denominadas *final rules* con las que el HHS quiso salir al paso de las duras críticas y también de la litigiosidad judicial que había desatado la imposición del *contraceptive mandate* por parte de diferentes organizaciones religiosas. Para ello, la nueva normativa introduce el concepto de *elegible non-profit religious organization*. De esta forma, las asociaciones constituidas como organizaciones sin ánimo de lucro que por motivos religiosos se opusieran a proveer de la cobertura sanitaria de determinados métodos anticonceptivos a sus trabajadoras en edad fértil, podían obtener un certificado en virtud del cual estaban exentas de transferir a las compañías aseguradoras los gastos relativos a la cobertura de este tipo de tratamientos anticonceptivos. En estos supuestos, las compañías de seguros cuando así lo demandaran las trabajadoras, tenían que cubrir con los gastos de estos servicios a través de pagos separados, sin que en ningún caso esto pudiera suponer un coste adicional ni en la póliza del empleador, ni tampoco para las aseguradas. *Vid.* 45 CFR §147.131(b) (1) (2) (3) (4).

34. Las disposiciones aprobadas por el *Department of Health and Human Services* en las que se recogen estas excepciones son la 45 CFR §147.131(a) y (b).

35. *Vid. Burwell v. Hobby Lobby* (Ginsburg dissenting), 573 U.S. __ 2-3, (2014).

Los hechos que dan origen a la sentencia son bastante previsibles. Los Hahn y los Green son dos familias cristianas de prósperos empresarios que consideran que la vida empieza desde el momento de la fecundación, y que, sobre la base de estas creencias, reclamaron judicialmente una excepción a la hora de cumplir con su obligación legal de contratar para sus empleadas en edad de procrear un seguro sanitario que cubriera métodos anticonceptivos que pudieran impedir la implantación en el óvulo de un embrión ya fecundado. La base jurídica de esta demanda no se encuentra, en ambos casos, en la *Free Exercise Clause* de la Constitución, sino en la RFRA, cuyas categorías de análisis, como vimos, siguen vigentes por lo que respecta a la legislación federal, de tal forma que cualquier norma del gobierno federal que imponga una “barrera sustancial” al ejercicio de la libertad religiosa de las personas, deberá ser sometida a la doble exigencia de demostrar la existencia de un interés estatal apremiante³⁶ y la imposibilidad de optar por una medida menos restrictiva para la consecución de ese interés que se quiere conseguir.

Lo cierto es que el caso *Burwell v. Hobby Lobby* es, en gran medida, expresión de dos debates culturales latentes en la sociedad norteamericana que van mucho más allá de la concreta cuestión litigiosa a la que el Tribunal debía de dar solución. Así, por un lado, es imposible leer esta sentencia sin escuchar el eco de la discusión provocada con motivo de la sentencia *Citizens United*³⁷, en la cual, como es sabido, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema sostuvo que las empresas son titulares del derecho a la libertad de expresión, y que la contribución económica de estas a la financiación de campañas electorales es un exponente de este derecho, protegido por la Constitución³⁸. La extensión, por lo tanto, de las libertades públicas clásicas a las corporaciones mercantiles había encontrado una lectura favorable reciente en la jurisprudencia, lo cual, en cierta medida, ya podía hacer presagiar una respuesta positiva, tal y como ocurrió, a la primera de las preguntas que este litigio planteaba que era la de si una empresa puede ser considerada persona a los efectos de estar amparada por la RFRA.

Pero, junto a este debate, se encuentra otro de calado más complejo. La posición de la administración Obama durante sus dos mandatos presidenciales sobre cuestiones como el matrimonio homosexual, la interrupción voluntaria del

36. 42 U.S. Code § 2000bb-1.

37. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

38. Una crítica conocida de esta inédita extensión del derecho a la libertad de expresión al ámbito corporativo la podemos encontrar en RONALD DWORKIN: “The decision that threatens democracy”, <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/may/13/decision-threatens-democracy/>.

embarazo o el uso de tratamientos anticonceptivos, fue vista por no pocos sectores conservadores no solo como una declaración de guerra contra la religión, en tanto estas posiciones institucionales contradecían postulados morales básicos del cristianismo, sino, lo que es diferente, contra la propia libertad religiosa³⁹. El que se consolidara este tránsito tiene mucho que ver con la aprobación del *contraceptive mandate*, el cual, para muchos, evidenciaba el hecho de que del agnosticismo moral de la administración se derivaban necesariamente cargas para la libertad religiosa de los ciudadanos⁴⁰. Consecuencia de este nuevo Estado de opinión es el hecho de que el debate en torno a la idea de “acomodación religiosa” haya vuelto a surgir en un contexto en el que ahora la idea de que la libertad religiosa ampara la exención en el cumplimiento de ciertas obligaciones legales está llamada a entrar en conflicto con las expectativas legítimas de que tengan vigencia general las normas a través de las cuales, y no sin previas y costosas luchas democráticas, se han articulado determinadas libertades y derechos. Una circunstancia que, al mismo tiempo, ha traído consigo algo inédito en la historia constitucional de los Estados Unidos, y que es la pérdida de simpatía hacia este derecho por parte de sectores progresistas, tradicionalmente sensibles hacia la causa de la libertad de religión⁴¹. Una causa

39. Una síntesis inmejorable de los argumentos sobre los que se construye la idea de la *Obama's religious war*, la podemos encontrar en PHYLLIS SCHLAFLY Y GEORGE NEUMAYR, *No Higher Power: Obama's War on Religious Freedom*, Regnery Publishing Inc, 2012. De entre los muchos editoriales y artículos de prensa dedicados a esta cuestión, pueden ser especialmente ilustrativos, desde visiones diversas: “Obama's war on Religion”, en *The Economist*, 11 de febrero de 2011, disponible en <http://www.economist.com/node/21547241>; y, con igual título, “Obama's war on Religion”, en *The Catholic League for Religious and Civil Rights*, <http://www.catholicleague.org/obamas-war-on-religion-2/>

40. Sobre la relevancia que ha adquirido el *contraceptive mandate*, Thomas C. Berg ha señalado que “The contraception litigation thus reflects, and may accelerate, a trend in which Americans' divisions over economic regulation reinforce their divisions over cultural matters. At least in the most prominent public rhetoric, we see fewer crosscutting disagreements, and more that line up so as to harden the divisions. If Americans further separate into religious conservative opponents of regulation and secular, progressive proponents of regulation, polarization is likely to become increasingly unhealthy”. Véase, THOMAS C. BERG, “Religious Accommodation and the Welfare State”, 38 *Harvard Journal of Law & Gender* 103, 2015, p. 104.

41. Sobre esta “crisis de fe” del pensamiento progresista en la libertad religiosa insistiremos más adelante, cabe señalar ya aquí, en cualquier caso, algunos de los trabajos que tomaremos en consideración, y que han alertado de las consecuencias que tendría para la propia democracia norteamericana de consolidarse el divorcio entre los sectores académicos liberales tradicionalmente sensibles y la causa de la libertad de religión: ANDREW KOPPELMAN, “Gay Rights, Religious Accommodations and the Purposes of Antidiscrimination Law”, 88 *Southern California Law*

que si bien en otros momentos de la historia norteamericana estuvo vinculada a la propia lucha por los valores de las revoluciones civiles –así en la independencia o en el movimiento por los *civil rights*– se presta ahora a ser comprendida como un lastre para otras revoluciones democráticas en curso, y en concreto, podríamos decir, para la revolución sexual⁴².

A este respecto, si antes, frente a la idea de que los jueces podían excepcionar el cumplimiento de una ley por razones de conciencia, los críticos apelaban a la propia idea de Estado de derecho o al principio de separación Iglesia-Estado⁴³, desde hace años, y en gran parte a rebufo de la lucha por los derechos de los homosexuales, es la idea de no discriminación la que se enfrenta a una comprensión expansiva de la libertad religiosa. Las razones son evidentes: de aceptar que los escrúpulos de conciencia pueden ser óbice para el incumplimiento de ciertas normas se estaría abriendo la puerta a que, en el ámbito de las relaciones entre particulares, y muy particularmente en las mercantiles y laborales, los ciudadanos pudieran justificar la

Review 619, 2015; THOMAS C. BERG, “Progressive Arguments for Religious Organizational Freedom: Reflections on the HHS Mandate”, 21 *Journal of Contemporary Legal Issues*, 279, 2013; PAUL HORWITZ, “Against Martyrdom: a Liberal Argument for Accommodation of Religion”, 91 *Notre Dame Law Review* 101, 2016; DOUGLAS LAYCOCK, “Sex, Atheism, and the Free Exercise of Religion”, 88 *University of Mercy Law Review*, 2001, en especial, pp. 407-408.

42. Como señala Laycock, quien es probablemente el primero que intuye la inminencia del divorcio entre ciertos sectores liberales de la academia y la causa de la libertad religiosa:

“The Sexual Revolution that began in earnest in the 1960s continues to make important gains, most dramatically with respect to same-sex relationships. And conservative churches in this country have persistently been on the losing side of this Revolution. They have opposed not just the Sexual Revolution’s excesses; they have opposed its core. Each of the remaining sexual issues —abortion, same-sex marriage, contraception, sterilization, emergency contraception— has the same fundamental structure: what one side views as a grave evil, the other side views as a fundamental human right. For tens of millions of Americans, conservative churches have made themselves the enemy of liberty”.

DOUGLAS LAYCOCK, “Religious Liberty and the Culture Wars”, en *University of Illinois Law Review* 838, 2014, p. 866.

43. Véase, entre otros trabajos críticos, PHILIP A. HAMBURGER, «A constitutional right of religious exception: An historical perspective», 68 *George Washington Law Review*, 1992; STEVEN GEY, “Why is religion special?: reconsidering the accommodation of religion under the religion clauses of the first amendment”, 52 *University of Pittsburgh Law Review*, 1990, pp. 75 y ss.; IRA C. LUPU, “Reconstructing the Establishment Clause: The Case against Discretionary Accommodation of Religion”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, N.º. 2 (Dec., 1991), op. cit., pp. 586-587; MARK TUSHNET, “The Emergin Principle of Accomodation of Religion (Dubitante)”, 76 *Georgetown Law Journal*, 1988.

inobservancia del derecho antidiscriminatorio por razones de orientación sexual⁴⁴. Se estaría, en definitiva, posibilitando una suerte de *Gay Jim Crow* en el mercado norteamericano⁴⁵. Por lo tanto, las lecturas contrarias a la comprensión imperialista de la libertad religiosa descansan en la propia idea de proteger otros derechos y conquistas sociales que no son todavía asumidos por ciertos sectores de la sociedad norteamericana. A este respecto, los *gay rights* son sin duda un exponente de ello, pero también la propia idea de igualdad de género, y, por supuesto, la cuestión que aquí nos ocupa, que es la de la deferencia hacia la autonomía de la mujer en relación a la maternidad⁴⁶.

2. Las razones de la mayoría: conciencia del empleador cristiano y protección federal de la libertad religiosa

El fallo de la Corte en *Hobby Lobby* tiene un punto de partida que es el de rechazar el argumento que se encontraba en la base de la defensa que hacía la administración para no habilitar excepciones al cumplimiento de la ley a las corporaciones con ánimo de lucro, y que era el de que las empresas no podían considerarse “personas” en el sentido en que la RFRA lo emplea. Para la mayoría de los jueces del Tribunal carece de todo sentido admitir que las corporaciones sin ánimo de lucro sí están protegidas por la RFRA y no aquellas otras dedicadas a una actividad empresarial. Del mismo modo, y frente al argumento de que nunca antes la Corte Suprema ha afirmado que las empresas estén amparadas por la *Free Exercise Clause*, el Tribunal, sin entrar a

44. Como suele ocurrir, este conflicto emerge en la realidad jurídica americana a través de un litigio que fue objeto de un especial seguimiento mediático, y que tuvo su origen en el rechazo por parte de una compañía fotográfica de Albuquerque a atender a una pareja de lesbianas que quisieron contratar sus servicios para su propia boda. La propietaria de la empresa justificó este rechazo sobre la base de sus creencias religiosas cristianas, contrarias a la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Las agraviadas interpusieron una demanda por discriminación sexual ante la Comisión de Derechos Humanos de Nuevo México, que condenó a la empresa por haber violado la normativa antidiscriminatoria del Estado. Una condena que fue confirmada en sucesivas instancias judiciales, incluida la Corte Suprema estatal, y sobre la cual el Tribunal Supremo federal entendió que no debía pronunciarse, rechazando el *writ of certiorari*. En extenso, sobre los pormenores sustantivos y procesales del litigio, véase ANDREW KOPPELMAN, “A Zombie in the Supreme Court: The Elane Photography Cert Denial”, 7 *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, 2016. pp. 77 y ss.

45. PAUL HORWITZ, “The Hobby Lobby Moment”, 128 *Harvard Law Review*, November, 2014, pp. 175-176.

46. PAUL HORWITZ, *Ibíd.*, pp. 182-185.

considerar si puede o no extenderse la titularidad del derecho constitucional a las corporaciones, concluye que, cuando menos, la intención del legislador que aprueba la RFRA sí fue la de proteger el ejercicio de la libertad religiosa de una forma más ambiciosa de lo que la propia Corte pre-*Smith* había hecho; algo que implica su extensión a las personas jurídicas y, en concreto, a las empresas⁴⁷. En cualquier caso, esta extensión de la protección de la RFRA a las corporaciones mercantiles es algo que, para la Corte, corrobora años más tarde la aprobación de dos leyes federales: la *The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*⁴⁸; las cuales explícitamente apelan a un concepto de religión que atiende a otras expresiones de la conciencia religiosa no encasilladas en las manifestaciones culturales que habían sido tradicionalmente objeto de protección por parte de la Corte Suprema a través de la *Free Exercise Clause*⁴⁹.

Como señalábamos anteriormente, es fácil trazar una línea de continuidad con la lógica que subyace en la controvertida sentencia *Citizen United*⁵⁰, a la hora de extrapolar a las corporaciones mercantiles el estatuto propio de las libertades públicas de los ciudadanos, si bien, como ha insistido algún autor, los efectos de la sentencia *Burwell v. Hobby Lobby* no pueden considerarse tan definitivos para la comprensión de la titularidad de la libertad religiosa como en el caso de *Citizen United* en relación con la libertad de expresión, y ello, porque, en este caso, la sentencia únicamente afecta en puridad a la interpretación del ámbito de aplicación de la RFRA y no a la propia comprensión de la *Free Exercise Clause*⁵¹. *No obstante, como insistiremos al final, parece innegable que Burwell v. Hobby Lobby*, al reinterpretar la RFRA federal, incide también sobre la propia comprensión de las RFRA estatales, lo que, a efectos prácticos, significa que la idea de que las corporaciones son titulares del derecho a la libertad religiosa, y de que, sobre la base de

47. Sobre esta cuestión, defendiendo, tal y como hace la Corte Suprema, la extensión de las categorías de análisis de la RFRA a aquellas normas que puedan afectar al ideario religioso de las corporaciones, puede verse, RICHARD EPSTEIN, "The defeat of the Contraceptive Mandate in Hobby Lobby: Rights Results, Wrong reasons", 35 *Cato Supreme Court Review*, 2013-2014, pp. 43-47.

48. 42 U.S.C.ch 21c 2000cc et seq.

49. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. __ 6-7, (2014).

50. Véase, en extenso, ANA VALERO HEREDIA, "Citizens United" y la financiación de las campañas electorales en el derecho norteamericano", *Teoría y realidad constitucional*, n° 30, 2012, pp. 433-453.

51. PAUL HORWITZ, "The Hobby Lobby Moment", op. cit., p. 183.

este derecho, tienen la posibilidad de no cumplir con ciertas obligaciones legales, se ha abierto paso en el ordenamiento jurídico norteamericano.

Siguiendo el esquema de análisis que impone la *RFRA*, la Corte se pregunta si la penalización económica impuesta a las empresas que por su ideario religioso decidieran no sufragar los gastos del seguro relativos a las terapias anticonceptivas de sus empleadas, podía considerarse o no una “barrera sustancial” al ejercicio de su libertad religiosa. Lo cierto es que la sanción prevista por la ACA para aquellos empresarios que no cubran con la cobertura sanitaria mínima requerida por el gobierno, es una sanción severa: 100 dólares al día por cada individuo afectado; una cuantía que, en el supuesto de empresas con un gran número de empleados, como eran las recurrentes, podía alcanzar cifras astronómicas⁵². Para la mayoría de los miembros del Tribunal, este castigo económico a las empresas que decidieran permanecer fieles a su ideario cristiano podía considerarse un impedimento al libre ejercicio de la libertad religiosa, en tanto las empresas tenían que decidir entre actuar conforme a sus “creencias” y no cumplir la ley, afrontando una severa sanción económica; o contradecir “principios fundamentales” de su ideario religioso acatando la norma federal⁵³.

Con respecto a este último concepto de “principios fundamentales”, lo cierto es que la sentencia no profundiza a la hora de argumentar por qué puede entenderse que las creencias son sinceras y afectan al núcleo esencial de la doctrina moral religiosa de los empresarios fundadores. En buena medida, esto se debe a lo que puede considerarse una dificultad insalvable en el tratamiento jurídico del fenómeno

52. En el caso de una de las empresas, como subraya el Tribunal, la cifra ascendería a 475 millones de dólares al año. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. __32-34, (2014).

53. Si bien es difícil discutir que realmente los propietarios de las empresas creyeran profundamente en lo que alegaban, sin embargo, la cuestión que el Tribunal esquivo, y que puede plantear muchas más dudas, es la de si realmente podía considerarse que el cumplimiento de esa norma afectaba de “forma sustancial” la conciencia de los empresarios. La *RFRA* protege no frente a cualquier conflicto de conciencia, sino solo frente a aquellos que tengan su origen en normas que nos obliguen de forma directa a actuar en contra de lo que nuestra religión prescribe. Como fue alegado durante el litigio, lo cierto es que, en este caso, la afectación de la libertad religiosa está muy lejos de ser directa. El empresario está obligado a costear un seguro médico que únicamente ofrece una serie de métodos anticonceptivos –entre otros muchos– siendo en último término las mujeres las que tomarán la decisión de usar o no métodos anticonceptivos y, en su caso, de optar por aquel que estimen más conveniente para su salud. En definitiva, y amparándose en la idea de que los jueces no pueden entrar a juzgar si son razonables o no los problemas de conciencia de los ciudadanos, la mayoría de la Corte consideró que esta incidencia eventual e indirecta podía ser subsumida dentro del concepto de *sustancial burden* de la *RFRA*.

religioso, y es que el Estado, mejor dicho, el Estado laico, no puede establecer un concepto jurídico excluyente o cerrado de lo religioso⁵⁴, ni tampoco determinar de forma nítida una división entre aquellas creencias que pueden considerarse realmente vinculadas a la identidad moral de la persona, de aquellas otras supersticiones o preferencias pasajeras⁵⁵. En cualquier caso, como bien ha señalado Richard Epstein, lo cierto es que esta ausencia de motivación se explica, en gran medida, por el hecho de que el Tribunal ha asimilado culturalmente una idea ya consolidada que es la de que nuestra posición ante las cuestiones relacionadas con el nacimiento, el matrimonio o la muerte, definen en gran medida aquello en lo que creemos⁵⁶.

Tras concluir que la amenaza de una sanción económica constituía un obstáculo en el ejercicio de la libertad religiosa de estas empresas, la mayoría del Tribunal, siguiendo el esquema impuesto por la *RFRA*, se cuestiona si puede admitirse como válido el interés o los intereses apremiantes a los que apela la administración federal para justificar el *contraceptive mandate*. Unos intereses que, como puede suponerse, en este caso apuntaban tanto a la salud pública como a la igualdad de género, y que, en esta ocasión, la mayoría de la Corte prácticamente no discute que puedan considerarse razonables y subsumibles dentro del concepto de *compelling governmental interest* al que alude la *RFRA*⁵⁷.

54. Sobre esta cuestión, existe en la doctrina española un trabajo realmente exhaustivo del profesor RAFAEL PALOMINO LOZANO, *Religión y Derecho Comparado*, Madrid, 2007, especialmente, pp. 84-120.

55. Lo cierto es que la Corte Suprema siempre ha empleado una aproximación subjetiva –es decir, valorando no las creencias en abstracto, sino el lugar que estas ocupan en la persona– para determinar si nos encontramos o no ante verdaderas creencias o meras supersticiones. Si no he entendido mal, la primera vez que se enfrenta a esta cuestión y se establece este método subjetivo de análisis es en *United States v. Seeger*, un litigio en el cual, tres objetores de conciencia que no pertenecían a ninguna Iglesia concreta quisieron acogerse, apelando a sus creencias individuales, a la exención en el cumplimiento del servicio militar previsto por la ley por motivos de conciencia. Para el Tribunal, si bien el beneficio de esta normativa no podía extenderse para aquellos que simplemente se oponían a la Guerra “por su código moral personal” o porque deciden que la guerra es mala con base en “razones políticas, económicas o sociológicas”, en cambio, sí debía ser extendido a “aquellos cuya sincera y significativa creencia ocupe en su vida un lugar paralelo a aquel que ocupa Dios en aquellas personas favorecidas por la excepción”. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, 173-180 (1965).

56. RICHARD A. EPSTEIN, “The Defeat of the Contraceptive Mandate in Hobby Lobby: Rights Results, Wrong Reasons”, op. cit., pp. 48-49.

57. Los recurrentes habían argumentado en este sentido, que el propio hecho de que la ley previera excepciones al cumplimiento del *contraceptive mandate* –mujeres en edad adulta y empresas de menos de 50 empleados– era fundamento suficiente para considerar que no existía

La parquedad argumental con la que la sentencia resuelve que sí puede admitirse la existencia de un interés estatal apremiante, muy probablemente tenga su razón de ser en que la mayoría del Tribunal ya había resuelto de antemano que el lugar, dentro del esquema de la *RFRA*⁵⁸, donde iba a quebrar la licitud del *contraceptive mandate* iba a ser en el análisis de si existía o no una medida menos gravosa para satisfacer los intereses que perseguía la administración federal con el *contraceptive mandate*⁵⁹. Como es sabido, la *RFRA*, trasladando lo que había sido la jurisprudencia de la *Free Exercise Clause* hasta *Smith*, establece que es a la administración que restringe el derecho a quien le corresponde demostrar que no existe

realmente un interés tan apremiante para el gobierno federal, como para justificar el límite que se imponía sobre la libertad religiosa de las empresas; un argumento que no es aceptado por la mayoría del Tribunal.

58. Richard Epstein, un autor, como es sabido, de adscripción ideológica libertaria, coincide en el sentido del fallo, pero, a diferencia de la mayoría del Tribunal considera que no existía en este supuesto, con lo cual, en su opinión, el Tribunal no tendría que haberse pronunciado sobre la existencia o no de una medida menos restrictiva para la libertad religiosa, porque un paso antes tendría que haber descartado que la norma superase el primero de los elementos del test. Para Epstein, el concepto de *Compelling State Interest* no puede ampliarse hasta admitir que cualquier interés perseguido por el legislador y vinculado al bienestar general, suponga en sí mismo un interés público apremiante. Desde su punto de vista, un elemento clave para circunscribir este concepto jurídico es el de valorar si el mercado podría ofrecer o no, sin necesidad de intervención estatal, una solución al problema que se intenta atajar mediante el establecimiento de un límite en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa. En el caso de que el mercado sí lo haga no estaría justificada, por lo tanto, ninguna intervención por parte del legislador restrictiva de las libertades. En este caso, para Epstein, resulta evidente que el propio mercado puede servir como cauce para que aquellas mujeres que lo deseen accedan a los métodos anticonceptivos que los empresarios eventualmente no quieran, por motivos de conciencia, costear indirectamente con su dinero. *Vid.* RICHARD A. EPSTEIN, “The Defeat of the Contraceptive Mandate in Hobby Lobby: Rights Results, Wrong Reasons”, *op. cit.*, pp. 51-53.

59. No es difícil apreciar, en este sentido, el mimetismo entre el test elaborado por la Corte Suprema norteamericana para juzgar las restricciones impuestas al ejercicio de la libertad religiosa con las categorías del principio de proporcionalidad, el cual se ha erigido en la práctica, en la teoría de los límites de los derechos dominante en buena parte del espacio europeo y latinoamericano. En este sentido, es cierto también que las críticas que normalmente se vierten sobre el esquema de análisis de este principio, pueden trasladarse a un test como el que impone la *RFRA* para valorar la licitud de los límites impuestos al ejercicio de la libertad religiosa. Críticas que, en muchas de las ocasiones apuntan al hecho de que, en realidad, las categorías del principio de proporcionalidad, dado el gran margen de interpretación que brindan a los jueces, más que categorías de análisis para decidir, sirven como herramientas para la justificación de una decisión ya previamente tomada. En definitiva, sirven al activismo judicial, ofreciendo a este un camuflaje analítico de sus decisiones.

un medio menos restrictivo para el derecho afectado que sirva para garantizar con la misma intensidad el interés que se perseguía con esta medida⁶⁰. Para la mayoría del Tribunal, hay un elemento determinante para concluir que en este supuesto se habían incumplido las exigencias de la *RFRA*, y este era que el HHS no había sido capaz de dar una argumentación suficiente de por qué no es una alternativa viable extender a las corporaciones empresariales el mismo régimen de excepciones del que se beneficiaban las iglesias y las entidades sin ánimo de lucro, en virtud del cual estas estaban eximidas de cumplir con el *contraceptive mandate*, cuando esta obligación entrara en conflicto con sus principios religiosos fundacionales⁶¹.

En cualquier caso, y pese que puede decirse que la verdadera *ratio decidendi* del fallo se halla en el hecho de que el propio legislador había encontrado formas menos gravosas para la libertad religiosa de garantizar el acceso de las trabajadoras a determinados métodos anticonceptivos, la mayoría del Tribunal insiste en señalar otras opciones no exploradas por el gobierno federal. A este respecto, y en sintonía con ciertas voces doctrinales⁶², el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que el HHS no presentara datos objetivos que justificaran por qué los presupuestos federales no podían asumir el hacerse cargo del pago de esta parte del seguro sanitario de las trabajadoras. La sentencia insiste, en este sentido, en que se trata de métodos anticonceptivos poco comunes y, en el caso de dos de ellos, que pueden considerarse de emergencia, con lo cual, se puede entender que garantizar su acceso por parte del Estado, en aquellos casos puntuales en los que las empresas demuestren la existencia de un conflicto religioso con el cumplimiento de esta obligación, no tiene por qué implicar un desembolso exorbitante para el gobierno federal⁶³. Sobre todo, subraya la sentencia, si lo valoramos en términos relativos, es decir, tomando en consideración el tremendo coste anual que supone para el gobierno la implementación de la reforma sanitaria, dentro del cual, garantizar la libertad religiosa de algunas empresas solo implicaría un pequeño y asumible esfuerzo económico. Además, llega a afirmar la sentencia, si tan importante era para el legislador extender la cobertura sanitaria mínima exigida a ciertos métodos anticonceptivos, resulta lógico asumir que no es contrario al espíritu de la reforma exigirle que sea el propio Estado quien se gaste

60. *Religious Freedom Restoration Act*, §2000bb-1(b)(2).

61. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S., __ 43, (2014).

62. Vid. VIKRAM DAVID AMAR & ALAN E. BROWNSTEIN, "The Narrow (and Proper) Way for the Court to Rule in Hobby Lobby's Favor", en VERDICT (Apr. 11, 2014), disponible en <https://verdict.justia.com/2014/04/11/narrow-proper-way-court-rule-hobby-lobbys-favor>

63. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S., __ 41, (2014).

dinero en ello⁶⁴. Un argumento al que se uniría el de que el legislador quiso exigir que la libertad religiosa fuese tomada en serio cuando aprobó la RFRA, y eso ha de interpretarse como que no descartó, sino al contrario, que esto pudiese implicar un coste económico para el Estado⁶⁵.

3. Reflexiones en torno a *Hobby Lobby* y a la “corporativización” de la libertad religiosa

Como es conocido, en los Estados Unidos el *New Deal* trajo consigo, otras cosas, el abandono de una comprensión de la libertad de empresa refractaria a cualquier tipo de regulación dirigida a tutelar los derechos en el mercado laboral, dándose con ello carpetazo a aquella comprensión “darwinista” de la libertad de empresa y la contractual de la denominada que había sido avalada por la Corte Suprema durante la denominada era *Lochner*⁶⁶. Desde finales de los treinta⁶⁷, por lo menos desde el punto de vista constitucional, la libertad de empresa y el propio mercado se han considerado ámbitos permeables a aquellos valores sobre los que las mayorías parlamentarias consideren que ha de cimentarse su regulación. Del mismo modo,

64. Creo que aquí el Tribunal adultera, en buena medida, la idea de *Compelling State Interest*; así, si en un principio la existencia de ese interés estatal sería un argumento para que los jueces encontraran legítima la opción del legislador de exigir a los empresarios una concreta contribución a la salud reproductiva de sus empleadas, independientemente de sus creencias religiosas, en este caso la Corte lo usa como argumento para modificar el plan del legislador haciendo recaer en el Estado la obligación de asumir esos costes.

65. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S., __ 42, (2014).

66. Un estudio clásico de esta jurisprudencia es el que lleva a cabo EDOUARD LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 2004. Probablemente son los trabajos de DAVID BERSTEIN los que mejor sintetizan el interminable debate doctrinal en torno a las implicaciones de era *Lochner*, de entre ellos, pueden destacarse: *Regulations and the Courts from Reconstruction to the New Deal* (Duke University Press, 2001) y *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights against Progressive Reform*, University of Chicago Press, 2011).

67. Como es sabido, la sentencia que marca el punto de inflexión es *West Coast Hotel v. Parrish* 300 U.S. 379 (1937). En la cual, la Corte, entre otras cosas, afirma que: “... freedom of contract is a qualified, and not an absolute, right. *There is no absolute freedom to do as one wills or to contract as one chooses*. The guaranty of liberty does not withdraw from legislative supervision that wide department of activity which consists of the making of contracts or deny to government the power to provide restrictive safeguards. Liberty implies the absence of arbitrary restraint, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of the community”. (Las cursivas son mías).

desde *Katzenbach v. McClung*⁶⁸, la Corte Suprema ha avalado el poder del Congreso Federal para prohibir la discriminación racial en las relaciones comerciales, y también ha descartado que la libertad religiosa pueda ser un título jurídico que sirva para privar de eficacia a los derechos civiles en los establecimientos mercantiles abiertos al público⁶⁹. Desde luego, decir que la sentencia *Hobby Lobby* ha derogado estos precedentes es algo exagerado, pero también lo es, en mi opinión, mantener que dicho pronunciamiento deja incólume la idea de igualdad en el acceso y disfrute de los servicios que proporciona el mercado⁷⁰.

La realidad es que *Hobby Lobby* abre una brecha en el sometimiento de la libertad de empresa a su regulación, pero no ya sobre la base de la propia libertad mercantil, sino, como hemos visto, a través de una nueva idea jurídica de las corporaciones como titulares de un derecho, el de la libertad religiosa, que siempre, por su relación con el ámbito más arraigado de la conciencia, se había interpretado desde una óptica individualista, a excepción de aquellos supuestos no controvertidos de titularidad colectiva, como son el de las propias iglesias⁷¹ o el de las asociaciones religiosas de beneficencia⁷². El problema de extender esta titularidad lo expresa bien

68. *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964).

69. Véase, en este sentido, *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, 390 U.S. 400 (1968), confirmando la jurisprudencia de los tribunales estatales y de circuito que habían estimado favorablemente la demanda que a través de una *class action*, y sobre la base de *Civil Rights Act* de 1964, interpuso una afroamericana frente al propietario de unos restaurantes que negaba el servicio a los negros, amparándose en su condición de pastor de una Iglesia Bautista para la preservación de la raza blanca.

70. La idea de vincular la sentencia de la Corte en *Hobby Lobby* con una suerte de resurrección de la doctrina *Lochner*, en tanto de nuevo nos encontramos ante una comprensión de los derechos de las corporaciones –en este caso no el debido proceso o la libertad contractual, sino la libertad religiosa– oponible a las normas regulatorias del mercado, es de ELIZABETH SEPPER, “Free Exercise Lochnerism”, 115 *Columbia Law Review* 1453, N° 6 (october 2015), pp. 1453-1519.

71. El precedente más significativo, a este respecto, es probablemente *Corp. of Presiding Bishop v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987), en el cual la Corte interpretó que las excepciones al principio de no discriminación en las relaciones laborales que impone la Sección 702 del *Civil Rights Act* de 1964, no son solo aplicables a aquellas prestaciones de naturaleza o significado religioso que los ciudadanos puedan prestar en el interior de las instituciones, sino a toda prestación o relación laboral que tenga a la confesión como empleador. Para la Corte Suprema las confesiones pueden tener el propósito legítimo de favorecer a una religión frente a otras y eso incluye también el discriminar sus propios trabajadores, como en este caso había hecho una iglesia mormona que había despedido a un ingeniero que se ocupaba de algunas de sus dependencias y que no había podido demostrar su condición de mormón.

72. Recientemente, en *Zubik v. Burwell*, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre distintas

la propia decisión del Tribunal, y es que la actividad empresarial por su propia naturaleza es una actividad condenada a interactuar y proyectarse sobre trabajadores y consumidores, de tal forma que son sus derechos, sobre todo, su propia situación de igualdad en el mercado, la que puede ser puesta en entredicho de consolidarse una comprensión expansiva de la libertad religiosa de las corporaciones. En el caso concreto de los Estados Unidos, un país donde no solo el pluralismo religioso es formidable, sino donde también la propia intensidad con la que se vive la religiosidad es específica⁷³, la asimilación de esta objeción de conciencia empresarial puede dar lugar no solo a las más diversas demandas de excepción en el cumplimiento de ciertas obligaciones legales, sino también, y como consecuencia de ello, a una comprensión demediada de ciertos derechos, todo ello, insistimos, en una esfera básica para el libre desarrollo del individuo como es el mercado.

Como han señalado distintos autores, en *Hobby Lobby* la Corte Suprema admite por primera vez que la carga de la acomodación religiosa de ciertas creencias pueda recaer sobre el legítimo ejercicio de otros derechos por parte de los ciudadanos⁷⁴. Lo cierto es que nunca hasta ahora la Corte había reconocido el derecho de los ciudadanos a no observar, por motivos religiosos, aquellas obligaciones legales en virtud de las cuales otros ciudadanos tienen garantizado un determinado estatuto jurídico, sino que, por el contrario, había negado expresamente que la *Free Exercise*

demandas interpuestas por parte de distintas asociaciones benéficas cristianas que entendían que el hecho de que para verse eximidas de cubrir los gastos del seguro relativos a tratamientos anticonceptivos, tuvieran que poner en conocimiento del gobierno la incompatibilidad de esta contribución con su ideario religioso, suponía una barrera en el ejercicio de su libertad religiosa, prohibida por la *Establishment Clause*. Lo que estas comunidades demandaban era que, como ocurre con las Iglesias, la ley les eximiese de esos gastos sin necesidad alguna de comunicación previa. En este caso, la Corte no ha tenido que pronunciarse sobre el fondo del asunto, ya que atendiendo a las audiencias celebradas, tanto con representantes del Gobierno federal como de las propias asociaciones afectadas, se pudo constatar que hay una voluntad de acuerdo que posibilita tanto la satisfacción del interés estatal en garantizar estos tratamientos a las mujeres trabajadoras en edad fértil, como la pretensión de estas asociaciones de verse liberadas de tener que justificar y dar noticia a las instituciones federales, de su voluntad de beneficiarse de las excepciones previstas por la legislación federal al *contraceptive mandate*. Así, en una sentencia, redactada utilizando el recurso procesal del *per curiam*, el Tribunal reenvía a las instancias judiciales estatales la conciliación de los intereses en conflicto, lo cual pasa, en buena lógica, por extender a estas el régimen de excepciones previsto para las iglesias. Vid. *Zubik v. Burdel*, 578 U.S. _ (2016).

73. Véase, en extenso, HAROLD BLOOM, *La religión americana*, Madrid, 2008.

74. Así, en *State of Thornton v. Caldor, Inc.*, 472 U.S. 703 (1985) la Corte expresamente había afirmado que “The First Amendment... gives no one the right to insist that, in pursuit of their own interests others must conform their conduct to his own religious necessities”.

Clause pudiera servir como fundamento jurídico para imponer nuestras creencias a terceros⁷⁵, restringiendo igualmente la protección de la *RFRA* a supuestos donde la tutela de la religión no entrase en conflicto con otras libertades⁷⁶. Del mismo modo, como ha insistido Frederick Mark Gedicks, la Corte había apelado a las propias exigencias derivadas de la *Establishment Clause* para censurar aquellas normas que permitan a algunos ciudadanos imponer a otros su decisión religiosa⁷⁷.

En cualquier caso, como se señalaba al principio de este trabajo, el problema de esta nueva comprensión de la acomodación religiosa es que es la propia idea de libertad de religión la que, por vez primera, es vista por la ciudadanía, y por cierta doctrina, como una suerte de lastre contrarrevolucionario en la lucha democrática por los derechos. Si algo había caracterizado el secularismo norteamericano es que su comprensión estricta de la separación Iglesia-Estado nunca había sido sinónimo de anticlericalismo sino que, por el contrario, se aliaba con una idea republicana de la religiosidad como paradigma de la virtud cívica y presupuesto de convivencia democrática. Frente a esta histórica simpatía liberal hacía la libertad religiosa, lo cierto es que, por primera vez, es visible en los Estados Unidos una comprensión "afrancesada" del factor religioso, como elemento molesto para la construcción de determinadas esferas de autonomía demanda por parte de la sociedad. Desde

75. Puede citarse aquí, la conocida sentencia *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982) que rechaza la objeción de conciencia al cumplimiento de sus obligaciones fiscales planteada por un empresario Amish. Para la Corte:

"Congress and the courts have been sensitive to the needs flowing from the Free Exercise Clause, but every person cannot be shielded from all the burdens incident to exercising every aspect of the right to practice religious beliefs. When followers of a particular sect enter into commercial activity as a matter of choice, the limits they accept on their own conduct as a matter of conscience and faith are not to be superimposed on the statutory schemes which are binding on others in that activity. Granting an exemption from social security taxes to an employer operates to impose the employer's religious faith on the employees".

76. *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844, 860 (2005).

77. A este respecto, la decisión que puede considerarse arquetípica de la reacción legal que supone la *RFRA* frente a la doctrina *Smith*, *Gonzales v. O Centro*, ilustra bien el estricto ámbito de aplicación en el que se circunscribía esta ley hasta *Hobby Lobby*. En ella la Corte Suprema interpretó que se había vulnerado la *RFRA* al impedir a una iglesia brasileña afincada en USA, la *União do Vegetal*, importar un té alucinógeno destinado a usos sacramentales. Se trata, en este caso, de una excepción a una ley general y neutral que prohíbe la importación de sustancias psicotrópicas o alucinógenas, que posibilita el ejercicio de la libertad religiosa de una minoría, pero que no supone ninguna carga para otras libertades reconocidas por la ley a favor de otros ciudadanos. Vid. *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S.418 (2006).

luego, la unanimidad con la que en 1993 fue aprobada la RFRA parece cosa de otro tiempo⁷⁸. Como insistimos anteriormente, este inédito enfrentamiento entre dos culturas, la religiosa y la secular, no es producto de la sentencia *Hobby Lobby*, sino que hunde sus raíces en el debate sobre los derechos de los homosexuales, y en los intentos de distintas asambleas estatales de habilitar la posibilidad legal de que, por motivos religiosos, los propietarios de establecimientos mercantiles abiertos al público puedan negarse a prestar sus servicios a ciertos clientes. En cualquier caso, no cabe duda de que el fallo del Tribunal en *Hobby Lobby* ha servido para recrudecer este conflicto entre quienes sitúan el derecho a la acomodación religiosa en el centro del significado constitucional de la *Free Exercise Clause*, y quienes ven en él el presupuesto para una regresión en la garantía de la igualdad de los ciudadanos en la esfera pública. No es de extrañar, en este sentido, que desde que se sabía que iba a ser inminente el fallo de la Corte y después del mismo, un importante sector doctrinal se haya querido erigir en mediador ante este cisma, intentando poner de manifiesto la vigencia de las razones por las cuales los liberales siempre han estado al lado de la libertad religiosa, y por qué, en el fondo, causas como la de los *gay's rights* lejos de lucharse contra la libertad religiosa se pueden librar teniendo a ésta como aliado.

A este respecto, la propia Corte Suprema trata en *Burwell v. Hobby Lobby* de salir al paso a los temores que puede suscitar esta sentencia desde la perspectiva del principio de no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales y comerciales. La mayoría del Tribunal insiste en que en este litigio solo se había fallado sobre un aspecto concreto de la ACA, lo cual no quiere decir que los jueces siempre tengan que atender a otras demandas que busquen la exención del cumplimiento de ciertas obligaciones derivadas de cualquier otra normativa, ya que, en otras ocasiones, el

78. De hecho, un grupo de congresistas que habían participado en la aprobación de la RFRA, la cual, como vimos no obtuvo ni un solo voto en contra en la Casa de representantes, comparecieron ante la Corte como *Amicus Curiae*, para poner de manifiesto que ellos no hubieran dado su voto a esta ley de haber sabido que esta iba a ser la interpretación que se le daba, es decir, que se iba a extender a las corporaciones mercantiles su protección:

individual free-exercise rights...We could not have anticipated, and did not intend, such a broad and unprecedented expansion of RFRA”.

Véase, *Brief for United States senators Murray, Baucus, Boxer, Brown, Cantwell, Cardin, Durbin, Feinstein, Harkin, Johnson, Leachy, Levin, Markey, Menendez, Mikulski, Reid, Sanders, Schumer, and Wyden as Amici Curiae in support of Hobby Lobby petitioners and Conestoga respondents, Burwell v. Hobby Lobby Inc.*, 134. U.S., 2751 (2014), pp. 4. Disponible en <http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2014/02/hobby-lobby-conestoga-amicus-brief.pdf>

legislador sí puede ser capaz de demostrar tanto el interés apremiante como la no existencia de una medida menos restrictiva para el derecho. En cualquier caso, y frente a los argumentos que apuntan a que esta decisión pueda servir para cuestionar, sobre la base de la libertad religiosa⁷⁹, la igualdad de los ciudadanos dentro del mercado, no deja de ser llamativo que, si bien la mayoría de los jueces insiste en que el interés del Estado en impedir la discriminación racial tiene un peso específico que lo haría prevalecer frente a cualquier demanda de acomodación religiosa, en la sentencia no se hace mención alguna a los *gay' rights*, y a la cuestión de si su vigencia en las relaciones mercantiles y laborales pueda verse condicionada por la oposición, basada en sinceras creencias religiosas, de ciertos empresarios a tratar en condiciones de igualdad a las parejas homosexuales. Con lo cual, los temores a que una nueva comprensión de la acomodación religiosa, extendida a las corporaciones, pueda derivar en una desamortización parcial de ciertos derechos, especialmente de aquellos derivados de la revolución sexual, están lejos de disiparse.

Es cierto, a este respecto, que la Corte insiste en una circunstancia que, en cierta medida, sirve para que no se pueda ser concluyente a la hora de afirmar si este precedente inaugura una nueva comprensión de la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones entre particulares que suponga una amenaza para otros derechos y, en especial, para la propia idea de igualdad. Y es que *Hobby Lobby* no es un caso sobre el derecho constitucional a la libertad religiosa, sobre la *Free Exercise Clause*, sino un caso sobre la extensión del ámbito de aplicación de la RFRA⁸⁰. *Por lo tanto, en principio, lo único que habría hecho la mayoría del Tribunal es poner en valor la obra del legislador y el interés mostrado por este en restaurar una comprensión fuerte de la libertad religiosa, lo que implicaría, como en este caso, valorar de forma estricta si el Gobierno federal disponía de opciones menos gravosas para el derecho a la libertad religiosa que sirvieran, al mismo tiempo, para satisfacer el*

79. Todos ellos asumidos por la magistrada Ginsburg en su voto particular.

80. A este respecto, la Corte niega que pudiera ser de aplicación en este caso el conocido precedente establecido en *United States v. Lee* donde la Corte negó que la *Free Exercise Clause* amparara a un ciudadano Amish para eximirse de sus obligaciones fiscales con la seguridad social. Para la mayoría de la Corte la diferencia radica no solo en que en el caso de *United States v. Lee* no era un supuesto de aplicación de la RFRA, sino también en el propio hecho de que lo que allí se demandaba era una exención general a las obligaciones fiscales por motivos de conciencia, algo muy distinto, para la mayoría del Tribunal, a aquello que era objeto de cuestión en *Hobby Lobby*, que era una exención parcial a favor de dos empresas con ideario cristiano, para no cubrir con los gastos referidos solo a unas prestaciones concretas del seguro sanitario mínimo que debe ser contratado para sus empleados. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. __ 46-47 (2014).

interés público que se buscaba con su restricción. Es evidente, por lo tanto, que el precedente establecido en Smith, según el cual la acomodación religiosa es algo permitido pero no requerido por la Constitución, sigue indemne después de *Hobby Lobby*; ahora bien, también es innegable que el marco de posibilidades que se le abre al legislador a la hora de facilitar ciertas excepciones al cumplimiento de normas generales por motivos religiosos ha sufrido una modificación sustancial. Ello, en primer lugar, porque a efectos de la *RFRA* federal, ha de entenderse a partir de ahora que las corporaciones pueden resistirse al cumplimiento de normas federales cuando estas atenten contra el ideario religioso de sus propietarios, pero, sobre todo, porque tomando en consideración *Hobby Lobby*, nada obsta, en principio, para que el legislador prevea ciertas acomodaciones religiosas que puedan ser gravosas para las legítimas expectativas de terceros de ver satisfechos sus derechos. Desde luego, esto no solo tiene efectos en el ámbito de las leyes federales, sino sobre todo en el ámbito estatal. Como se demuestra en la práctica, la comprensión legal y judicial de los derechos en el ámbito federal incide de forma determinante sobre la propia comprensión que, en el ámbito de sus poderes, los Estados van a hacer de ellos. La sentencia *Hobby Lobby* ha provocado, en este sentido, la reapertura a nivel estatal del debate sobre el alcance de la libertad religiosa, y, en concreto, de las excepciones al cumplimiento de obligaciones legales por motivos religiosos. Así si tras *City of Boerne v. Flores* hasta veinte Estados aprobaron su *Religious Freedom Restoration Act*⁸¹, después de la sentencia del Tribunal en *Hobby Lobby* quince proyectos de reforma de estas leyes están siendo tramitados por distintas asambleas estatales, mientras que dos ya han sido aprobados, dejando un buen exponente de cuál es la problemática abierta por la nueva interpretación de la *RFRA* impuesta por la Corte Suprema. A este respecto, los dos únicos Estados que han aprobado reformas de sus *RFRA* tras la sentencia, Indiana y Arkansas, lo han hecho bajo el influjo directo de la nueva doctrina del Tribunal Supremo federal, es decir, extendiendo el concepto de “persona” a las corporaciones mercantiles, y sin establecer ninguna prohibición de tratamiento discriminatorio en el mercado basada en motivaciones de carácter religioso. En ambos casos, aunque especialmente en el Estado de Indiana donde los términos de la ley son más concluyentes⁸², las nuevas *RFRA* han afectado a la paz

81. Pueden verse los datos detallados en la página de la *National Conference for State's Legislatures*: <http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/state-rfra-statutes.aspx>

82. La nueva normativa introducida por el Parlamento de Indiana (ACT Nº 101), aparte de reiterar el esquema arquetípico de las *Religious Freedom Restoration Acts*, extiende la protección a las corporaciones, al establecer en su Sección 7, que por persona a los efectos de esta legislación

social y han sido numerosos los boicot que dentro del Estado y desde otros Estados se han puesto en marcha, dando expresión real a esa idea de *war on religion*, avanzada y temida, como hemos visto, por parte de la doctrina, por los efectos que la misma podría tener sobre la propia comprensión del derecho a la libertad religiosa.

La reacción jurídica contra la reforma sanitaria ha sido en su conjunto, podríamos decir, una reacción con un sustrato ideológico libertario⁸³, si bien, paradójicamente, su verdadero y único triunfo no se ha producido en la esfera de esa libertad económica que servía de base para la demanda contra la obligación de contratar un seguro médico que impone el nuevo sistema a buena parte de los ciudadanos norteamericanos, sino sobre la base del derecho a la libertad religiosa⁸⁴. En cualquier caso, como ha

ha de entenderse: (1) An individual. (2) An organization, a religious society, a church, a body of communicants, or a group organized and operated primarily for religious purposes. (3) A partnership, a limited liability company, a corporation, a company, a firm, a society, a joint-stock company, an unincorporated association, or another entity that: (A) may sue and be sued; and (B) exercises practices that are compelled or limited by a system of religious belief held by: (i) an individual; or (ii) the individuals; who have control and substantial ownership of the entity, regardless of whether the entity is organized and operated for profit or nonprofit purposes. (Las cursivas son mías) Originariamente, el texto aprobado por el Parlamento de Arkansas establecía que a los efectos de la aplicación de la *Conscience Protection Act* (2015 SB 975) en el Estado, por “persona” debía de entenderse: *an individual, association, partnership, corporation, church, religious institution, estate, trust, foundation, or other legal entity*. (Las cursivas son mías). Debido a la reacción que suscitó la aprobación de este artículo, en virtud del cual podía entenderse que se estaba legitimando la discriminación de personas homosexuales a la hora de acceder en el mercado a ciertos bienes y servicios, el Gobernador del Estado vetó la ley, la cual fue reformada suprimiéndose el artículo litigioso que extendía el concepto de persona a las corporaciones mercantiles. En cualquier caso, la nueva ley no ha despejado todas las dudas acerca de si es posible con base en la misma que los dueños de establecimientos mercantiles apelen a sus creencias para incumplir las normas antidiscriminatorias, y ello, porque la ley establece que los problemas de interpretación que puedan surgir en su aplicación, han de resolverse a la luz de la RFRA federal y su jurisprudencia (Act 975, Section 1, 16-123-402 (2)), la cual, como hemos visto, extiende la protección a la libertad religiosa de las corporaciones y no despeja la duda de si sobre la base de sinceras creencias religiosas pueden las empresas negarse legítimamente a prestar sus servicios a parejas homosexuales. Para una cronología detallada de la aprobación de ambas leyes y de las controversias que han suscitado, véase el extenso reportaje que hace para el *New York Times*, ERIK ECKHOLM, march 31, 2015, “Context for the Debate on ‘Religious Freedom’ Measures in Indiana and Arkansas”, disponible en https://www.nytimes.com/2015/04/01/us/politics/context-for-the-debate-on-religious-freedom-measures-in-indiana-and-arkansas.html?_r=0

83. Vid. ELIZABETH SEPPER, “Gays in the Moralized Marketplace”, 7 *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review* 129, (2015).

84. Esa deferencia hacia el legislador que determinó el fallo del Tribunal, tanto en *Sebelius* como en *King v. Burwell*, no está presente en la sentencia *Hobby Lobby*, y ello se explica, en gran

señalado Thomas Berg, respondiendo a las voces que se apresuraron a resucitar la era *Lochner* tras la sentencia *Hobby Lobby*, no puede olvidarse que este Tribunal, a diferencia del que dictó la sentencia *Lochner v. New York* no ha cerrado la puerta a que el legislador, federal o estatal, extreme las políticas antidiscriminatorias, impidiendo cualquier tipo de acomodación religiosa a quienes prestan sus servicios en el mercado en detrimento de la igualdad de los ciudadanos⁸⁵. Ahora bien, también es cierto que, como hemos visto, *Hobby Lobby* ha abierto la puerta a lo contrario, es decir, a una comprensión moralizante del mercado donde las doctrinas religiosas puedan proyectarse desde las corporaciones mercantiles sobre la igualdad de derechos, algo que hasta ahora se presumía una opción prohibida por la Constitución.

En cualquier caso, y por concluir, hay que dar algo de razón a quienes como Koppelman, frente a los temores de que *Hobby Lobby* se convierta en el punto de partida de una era de discriminación en el mercado, han llamado la atención sobre el hecho de que hoy por hoy es mayoritaria en la sociedad norteamericana una visión favorable al reconocimiento de la plena igualdad de derechos a los homosexuales, y al mismo tiempo, han puesto su confianza en que la lógica del mercado se imponga y reduzca a supuestos extravagantes los casos de discriminación⁸⁶. La reacción del colectivo *gay* frente a este tipo de políticas ha contado, en este sentido, con la solidaridad suficiente como para truncar buena parte de las iniciativas discriminatorias puestas en marcha hasta la fecha⁸⁷, lo cual no deja de poner de

medida, porque en este caso a diferencia de en los dos anteriores, no estaba en juego la propia viabilidad de la reforma sanitaria, ni sus implicaciones, en términos estrictamente económicos, iban a ser tan determinantes para el equilibrio federal.

85. Vid. THOMAS C. BERG, “Religious Accommodation and the Welfare State”, 38 *Harvard Journal of Law & Gender* 103 (2015), pp. 148-150.

86. Koppelman reclama, en este sentido, un gesto magnánimo a la comunidad *gay*, la cual, en su opinión, ya ha ganado la batalla por sus derechos, y debería entender que las minorías religiosas fundamentalistas que se les oponen están amparadas por el derecho a la libertad religiosa. Para Koppelman, los *gays* deberían considerar que la religión ocupa un lugar tan central en la vida como la orientación sexual y que por ello, el ordenamiento jurídico ha de intentar retirar cualquier obstáculo que pueda impedir su libre ejercicio. Vid. ANDREW KOPPELMAN, “Gay Rights, Religious Accommodations and the Purposes of Antidiscrimination Law”, op. cit., pp. 628-629 y 657-658.

87. Es paradigmático, en este sentido, el veto de Jan Brewer, la Gobernadora del Estado de Indiana, a la reforma que la Asamblea Legislativa del Estado había aprobado de la *RFA* con el objetivo confeso de legalizar la discriminación de las parejas *gays* por parte de aquellos empresarios que encuentren estas uniones contrarias a sus creencias. La polémica Ley SB 1062 abría esta posibilidad, también modificando el concepto de persona a los efectos de aplicación de la ley, que incluiría, como titular del derecho a la libertad religiosa a “*any individual, association,*

manifiesto como a cualquier lucha judicial por la igualdad, le precede, en el tiempo y en la importancia, la propia lucha social y democrática.

Referencias bibliográficas

- AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “City of Boerne v. Flores: La importancia del candor judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 62, 2001.
- AMAR, Vikram David y BROWNSTEIN, Alan E., “The Narrow (and Proper) Way for the Court to Rule in Hobby Lobby’s Favour”, en VERDICT (Apr. 11, 2014), disponible en <https://verdict.justia.com/2014/04/11/narrow-proper-way-court-rule-hobby-lobbys-favor>
- BERG, Thomas C., “Progressive Arguments for Religious Organizational Freedom: Reflections on the HHS Mandate”, 21 *Journal of Contemporary Legal Issues* 279, 2013.
- BERG, Thomas C., “Religious Accommodation and the Welfare State”, 38 *Harvard Journal of Law & Gender* 103, 2015.
- BERSTEIN, David, *Regulations and the Courts from Reconstruction to the New Deal* (Duke University Press, 2001).
- BERSTEIN, David, *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights against Progressive Reform*, University of Chicago Press, 2011. “Cert Denial”, 7 *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, 2016.
- BLOOM, Harold, *La religión americana*, Madrid, 2008.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Madrid, 2002.
- DE WOLFE HOWE, Mark, *The Garden and the Wilderness: Religion and Government in American Constitutional History*, Chicago, 1965.
- ECKHOLM, Erik, March 31, 2015, “Context for the Debate on ‘Religious Freedom’ Measures in Indiana and Arkansas”, disponible en https://www.nytimes.com/2015/04/01/us/politics/context-for-the-debate-on-religious-freedom-measures-in-indiana-and-arkansas.html?_r=0
- EPSTEIN, Richard, “The defeat of the Contraceptive Mandate in Hobby Lobby: Rights Results, Wrong reasons”, 35 *Cato Supreme Court Review*, 2013-2014.
- DWORKIN, Ronald, «The decision that threatens democracy», <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/may/13/decision-threatens-democracy/>.

partnership, corporation, church, religious assembly or institution, estate, trust, foundation or other legal entity”. (Las cursivas son mías).

- GEY, Steven “Why is religion special? Reconsidering the accommodation of religion under the religion clauses of the first amendment”, 52 *University of Pittsburgh Law Review*, 1990.
- HAMBURGER, Philip A., “A constitutional right of religious exception: An historical perspective”, 68 *George Washington Law Review*, 1992.
- HORWITZ, Paul, “Against Martyrdom: A Liberal Argument for Accommodation of Religion”, 91 *Notre Dame Law Review* 101, 2016.
- HORWITZ, Paul, “The Hobby Lobby Moment”, 128 *Harvard Law Review*, November, 2014.
- KEARNEY, Melissa S. y LEVINE, Phillip B., “Subsidized Contraception, Fertility, and Sexual Behavior”, 91 *Review of Economics and Statistics*, 137 (2009).
- KOPPELMAN, Andrew, “A *Zombie in the Supreme Court*: The Elaine Photography MARX, Karl y BAUER, Bruno, *La cuestión judía*, Barcelona, Anthropos, 2009.
- KOPPELMAN, Andrew, “Gay Rights, Religious Accommodations and the Purposes of Antidiscrimination Law”, 88 *Southern California Law Review* 619, 2015.
- LAMBERT, Édouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 2004.
- LAYCOCK, Douglas, “Sex, Atheism, and the Free Exercise of Religion”, 88 *University of Mercy Law Review*, 2001.
- LAYCOCK, Douglas, “Religious Liberty and the Culture Wars”, en *University of Illinois Law Review* 838, 2014.
- LUPU, Ira C., “Reconstructing the Establishment Clause: The Case against Discretionary Accommodation of Religion”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, Nº 2 (Dec., 1991)
- MCCONNELL, Michael, “Accommodation of religion”, *The Supreme Court Review*, 1985.
- PALOMINO LOZANO, Rafael *Religión y Derecho Comparado*, Madrid, 2007.
- RUBIO LÓPEZ, José Ignacio, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE. UU durante la Corte Rehnquist (1986-2005), una libertad en tensión*. Pamplona, 2006.
- SCHLAFLY, Phyllis, y NEUMAYR, George, *No Higher Power: Obama’s War on Religious Freedom*, Regnery Publishing Inc, 2012.
- SEPPER, Elizabeth, “Free Exercise Lochnerism”, 115 *Columbia Law Review* 1453, Nº 6 (October 2015).

- SEPPER, Elizabeth, "Gays in the Moralized Marketplace", 7 *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review* 129, 2015.
- TUSHNET, Mark, "The Emerging Principle of Accommodation of Religion (Dubitante)", 76 *Georgetown Law Journal*, 1988.
- VALERO HEREDIA, Ana, "Citizens United" y la financiación de las campañas electorales en el derecho norteamericano", *Teoría y realidad constitucional*, nº 30, 2012.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J., "La Corte Suprema Norteamericana y el Federalismo del Bienestar. A propósito del juicio de constitucionalidad de la reforma sanitaria", en *Revista de Derecho Político*, Nº 90, 2014.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J., *Laicidad y Constitución*, Madrid, CEPC, 2012.
- WEBER, Max, *Ensayos sobre sociología de la religión*, Madrid, 2001.
- WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1998.