



School of Law  
UNIVERSITY OF GEORGIA

Digital Commons @ University of Georgia  
School of Law

---

Scholarly Works

Faculty Scholarship

---

1-1-2022

## Las Medidas de “Acomodación” de la Religión en el Derecho Estadounidense [Accommodation of Religion in U.S. Law]

Michael W. McConnell

Pope F. Brock Associate Professor in Professional Responsibility *Stanford Law School*

Nathan Chapman

Pope F. Brock Associate Professor in Professional Responsibility *University of Georgia School of Law*,  
nsc@uga.edu



---

### Repository Citation

Michael W. McConnell and Nathan Chapman, *Las Medidas de “Acomodación” de la Religión en el Derecho Estadounidense [Accommodation of Religion in U.S. Law]*, 49 *Teoría y Realidad Constitucional* 121 (2022),

Available at: [https://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/1473](https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/1473)

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at Digital Commons @ University of Georgia School of Law. It has been accepted for inclusion in Scholarly Works by an authorized administrator of Digital Commons @ University of Georgia School of Law. [Please share how you have benefited from this access](#)  
For more information, please contact [tstriepe@uga.edu](mailto:tstriepe@uga.edu).

# LAS MEDIDAS DE «ACOMODACIÓN» DE LA RELIGIÓN EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE<sup>1</sup>

MICHAEL W. MCCONNELL

*Richard & Frances Mallery Professor of Law*

*Director del Constitutional Law Center en la Stanford Law School*

NATHAN CHAPMAN

*Profesor de Derecho*

*University of Georgia School of Law*

TRC, n.º 49, 2022, pp. 121-140  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. La «acomodación» de la religión en el periodo fundacional. II. La «acomodación» de la religión en la era moderna. III. El argumento del daño a terceros. IV. Facilitar el ejercicio de la religión por medios distintos a las exenciones.

La «acomodación» de la religión, tal y como la definió el juez William Brennan, son medidas adoptadas por los poderes públicos que «eximen, siempre que sea posible, de la aplicación de una norma general a sujetos cuya libertad de creencias y prácticas religiosas se vería de otro modo vulnerada, o que [crean] una esfera libre de injerencias estatales en la que se puedan ejercer voluntariamente y con libertad las actividades religiosas»<sup>2</sup>. Estas medidas son tan antiguas o más que los propios Estados Unidos, pero en el contexto de las actuales guerras culturales se han convertido en uno de los elementos más controvertidos en el ámbito del derecho de la *Establishment Clause* (la cláusula constitucional que impide el establecimiento de

1 La traducción al castellano del original «Accommodation of religion in U.S. Law», ha sido realizada por Gaspar González Represa, Profesor sustituto interino de Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga.

2 *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618, 639 (1978) (Brennan, J., de acuerdo).

una religión oficial)<sup>3</sup>. En parte, esto se debe a que la creciente división entre los elementos seculares y religiosos en la cultura estadounidense ha provocado que la promoción del ejercicio de la religión parezca partidista y problemática, algo que no había sucedido antes. Y lo que es quizás más importante, algunas de las formas más visibles de acomodación de la religión en los últimos años, aunque no las más frecuentes en términos cuantitativos, están vinculadas con una resistencia por motivos religiosos a los triunfos de la izquierda cultural respecto a cuestiones tan controvertidas como el aborto, el matrimonio homosexual y la transexualidad. Para muchos simplemente no caben acomodaciones o excepciones en estas materias.

¿Qué tiene que decir la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda sobre las medidas de acomodación de la religión?

## I. LA «ACOMODACIÓN» DE LA RELIGIÓN EN EL PERIODO FUNDACIONAL

A lo largo de la historia de los Estados Unidos, los tribunales han debatido si el principio del libre ejercicio de la religión, tal y como se reconoce en las constituciones estatales, implica el reconocimiento de un derecho, ejercitable judicialmente, a que se excepcione la ley general cuando dicha ley obliga a una conducta incompatible con las creencias religiosas o prohíbe una conducta ordenada por esas creencias. En el periodo entre la Guerra de Independencia y la Guerra de Secesión, prácticamente la mitad de los tribunales estatales respondieron afirmativamente a esta cuestión, mientras que la otra mitad lo hizo en sentido contrario<sup>4</sup>. Actualmente, solo en algunas ocasiones dicho principio implica un derecho a que se excepcione la ley general. Sin embargo, desde los inicios de los Estados Unidos los poderes legislativos y ejecutivos han eximido a las personas con creencias religiosas de la aplicación de una norma general cuando pensaban que cualquier daño al bien público que esas excepciones pudieran suponer era inferior a su importancia para la libertad religiosa. Como declaró el propio Washington a la sociedad *Quakers*, «en mi opinión, la conciencia y los principios de los hombres deben ser siempre tratados con gran delicadeza y ternura, y es mi deseo que las leyes puedan siempre adaptarse a ellos en la medida en que la protección y los intereses esenciales de la nación lo justifiquen y lo permitan»<sup>5</sup>.

Durante los primeros años de la República hubo relativamente pocos conflictos entre la legalidad y el ejercicio de la religión. Aunque los americanos estaban

3 *N. del T.*: La denominada *Establishment Clause* es la primera frase de la Primera Enmienda a la Constitución de los EEUU («El Congreso no promulgará ley alguna por la que establezca una religión de Estado) y va seguida de la denominada *Free Exercise Clause* («o que prohíba el libre ejercicio de la misma).

4 Véase MICHAEL W. MCCONNELL, «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion», en *Harvard Law Review*, n.º 103, 1990, p. 1409, 1503-1511.

5 George Washington, carta a la sociedad religiosa *Quakers*, 1789.

profundamente divididos en cuestiones de teología y culto, siendo la mayoría protestantes, estaban mayoritariamente de acuerdo sobre la moral y sobre cómo la ley debía hacer cumplirla. Aun así, en ocasiones las minorías religiosas necesitaron de alguna «acomodación» y el Estado a menudo se la proporcionó, por ejemplo, en materias como los requisitos de los juramentos, el servicio obligatorio de jurado, las leyes del *Sabbat*, el privilegio de confidencialidad entre el sacerdote y los miembros de su congregación, las leyes de matrimonio y las restricciones a la importación. Estas medidas de «acomodación» nunca fueron vistas como la imposición de una religión, ya que, al permitir a las personas llevar a cabo creencias *contrarias* a las de la mayoría, eran en cierto modo lo *opuesto* a una imposición, pues promovían la diversidad y la disidencia en lugar de la uniformidad religiosa. Incluso los tribunales que rechazaron ampliar las medidas de acomodación de la religión en virtud de las disposiciones constitucionales estatales admitieron que la norma constitucional que impedía la adopción oficial de una religión no se oponía a que el poder legislativo proporcionara a través de la ley acomodación a la religión<sup>6</sup>. Como dijo Douglas Laycock, «no hay prácticamente ninguna prueba de que alguien pensara que [la acomodación religiosa] estuviese constitucionalmente prohibida o que supusiera la imposición de la religión»<sup>7</sup>.

El ejemplo de acomodación más común y significativo del periodo fundacional de los Estados Unidos fue la exención del servicio militar obligatorio. Formulada de diferentes maneras a lo largo del tiempo, la exención del servicio militar era norma común en la legislación colonial, fue promulgada por el Congreso Continental durante la Revolución de las Trece Colonias americanas, apoyada públicamente por Washington y Madison, reconocida en algunas constituciones estatales e incorporada en todas las leyes federales sobre reclutamiento militar de la historia de los Estados Unidos. Cuando esta exención fue impugnada por primera vez, durante la Primera Guerra Mundial, por quienes la consideraron una medida contraria a la *Establishment Clause*, el Tribunal Supremo estadounidense respondió de forma unánime:

«Y concluimos, sin hacer más declaraciones sobre si el establecimiento de una religión o una interferencia en el libre ejercicio de la misma que repugne a la Primera Enmienda de la Constitución resulta de las cláusulas de exención de la ley a la que nos referimos al principio, puesto que pensamos que su falta de solidez es tan evidente que no merece que digamos nada más»<sup>8</sup>.

El debate en el Primer Congreso Continental sobre las exenciones al reclutamiento militar refleja fielmente la actitud de los fundadores hacia la «acomodación»

6 En este sentido, *Simon's Executors v. Gratz*, 2 Pen. & W. 412 (Pa. 1831).

7 DOUGLAS LAYCOCK, «Regulatory Exemptions of Religious Behavior and the Original Understanding of the Establishment Clause», en *Notre Dame Law Review*, n.º 87, 2006, p. 1793, 1796.

8 Los casos de la ley de reclutamiento selectivo, 245 U.S. 366, 390 (1918).

de la religión. Durante los debates en la Cámara de Representantes del proyecto de *Bill of Rights*, siguiendo una propuesta de James Madison, la *House Select Committee* planteó incluir dentro de lo que es ahora la Segunda Enmienda (el derecho a poseer y portar armas) la disposición: «ninguna persona con escrúpulos religiosos será obligada a portar armas». Esto hubiera constitucionalizado la exención al servicio militar para los objetores religiosos. La propuesta fue aprobada por escaso margen en la Cámara de Representantes, pero fue rechazada en el Senado. En la Cámara de Representantes, gran parte del debate se centró en si se debía exigir a los objetores el «pago de un equivalente», es decir, el pago de una cantidad suficiente para contratar a alguien que ocupase su puesto. Esto no afectaba a la legitimidad de esta medida de acomodación, sino solo a la forma en que se adoptaría. En cualquier caso, la propuesta fue rechazada debido a que «aquellos que son religiosamente escrupulosos con portar armas, serían igualmente escrupulosos para conseguir sustitutos o pagar un equivalente». Varios días más tarde, la versión del *Select Committee* se modificó para que dijera «ninguna persona con escrúpulos religiosos será obligada a portar armas», lo que dejaba la decisión sobre los sustitutos o equivalentes a la discreción del legislador. Nadie consideró que ninguna de estas dos versiones de la exención constituyese una forma de «establecimiento» o imposición de la religión, aunque un miembro sugirió que podría violar el derecho de las personas a portar armas. Egbert Benson ofreció la explicación más clara de los motivos para oponerse a la propuesta de Madison, afirmando que «él siempre dejaría esa decisión a la benevolencia de la asamblea legislativa (...) Ninguna persona puede reclamar esa medida de indulgencia. Puede tratarse de una cuestión de persuasión religiosa, pero no de un derecho natural, por lo que debe dejarse a la discreción del Estado». El argumento de Benson se opone a que la *Free Exercise Clause* («El Congreso no promulgará ley alguna que prohíba el libre ejercicio de la religión») exija una exención del servicio militar obligatorio, pero también a cualquier afirmación de que la *Establishment Clause* («El Congreso no promulgará ley alguna por la que establezca una religión de Estado») la prohíbe.

Este mismo Primer Congreso Continental adoptó algunas disposiciones para la contratación de capellanes militares. Se trata de otro tipo de medida de acomodación: el gobierno controla un entorno institucional o físico concreto en el que es necesaria una acción positiva suya para posibilitar que las personas en dicho entorno puedan practicar su religión. El ejército, las prisiones y las escuelas son los clásicos ejemplos. Cuando unas tropas militares están destinadas en lugares lejanos a sus hogares, por ejemplo, en un país sin iglesias que puedan satisfacer sus necesidades religiosas, los soldados no podrían llevar a cabo sus prácticas religiosas si el ejército no les proporcionara un sacerdote, un lugar de reunión y el resto de los elementos necesarios para ello. En 1775, durante la Guerra de la Independencia, el Congreso Continental creó el Cuerpo de Capellanes y dispuso que hubiera un capellán por cada regimiento. Tras la ratificación de la Constitución, el Congreso continuó con el Cuerpo de Capellanes y desde entonces este ha sido un componente constante del ejército. Este tipo de acomodación podría parecer que viola

la clásica separación entre la Iglesia y el Estado de una manera intolerable en circunstancias normales. El gobierno selecciona, contrata y paga al clero, construye lugares de culto y determina qué confesiones son lo suficientemente numerosas como para justificar el coste de estas medidas. Nada de esto sería aceptable en una sociedad civil normal, pero el Congreso consideró que la alternativa, negar la posibilidad de practicar el culto a miles de personas, sería una vulneración mucho más grave de los valores de la Primera Enmienda. Cuando cientos de años más tarde unos estudiantes de Harvard con tiempo libre lo impugnaron ante los tribunales, los jueces avalaron la práctica de las capellanías militares como una medida de acomodación<sup>9</sup>.

El Primer Congreso Continental también nombró capellanes legislativos para la Cámara de Representantes y el Senado. Esto es más difícil de justificar como medida de acomodación, sobre todo ahora que la capital está repleta de instituciones religiosas de todo tipo a las que los miembros de ambas Cámaras pueden acudir libremente. Es probable que se pensara que los capellanes legislativos eran compatibles con la *Establishment Clause*, la cláusula de no establecimiento de una religión oficial, puesto que no eran un ejercicio del poder del Congreso para promulgar «leyes», que es en sentido estricto lo que prohíbe la Primera Enmienda («El Congreso no promulgará «ley» alguna...»), sino un ejercicio de la facultad de cada Cámara de elegir a sus funcionarios, como sargentos de armas, secretarios y otros. En cualquier caso, el Tribunal Supremo estadounidense finalmente respaldó la capellanía legislativa por motivos puramente históricos, sin un intento serio de analizar por qué el Primer Congreso la consideró constitucional<sup>10</sup>.

## II. LA «ACOMODACIÓN» DE LA RELIGIÓN EN LA ERA MODERNA

Las medidas de acomodación han sido una parte habitual del panorama político-religioso durante la mayor parte de la historia de los Estados Unidos. En 1992, un académico contabilizó más de dos mil medidas de acomodación entre la legislación federal y la estatal relativas a prácticas religiosas concretas. Su estudio evidenció la amplitud y la diversidad de las leyes de acomodación:

«Por ejemplo, en el derecho de los Estados Unidos (USC) existen excepciones en las leyes de inspección de alimentos para el sacrificio de animales y la preparación de comida de acuerdo con las prácticas religiosas. Las leyes fiscales contienen muchas exenciones para grupos religiosos y permiten deducciones fiscales a organizaciones religiosas. Las leyes federales de derechos de autor contemplan una exención para los materiales y productos que se utilizan con fines religiosos. Las leyes de lucha contra la discriminación, como el Título VII (*Civil Rights Act*), la

9 Katcoff v. March, 755 F.2d 223 (2d Cir. 1985).

10 Marsh v. Chambers, 463 U.S. 783 (1983).

Ley de Vivienda Justa (*the Fair Housing Act*) y la Ley de Ayuda a los Discapacitados (*Aid to the Disabled Act*), contienen excepciones para las organizaciones religiosas. Los sacerdotes están automáticamente exentos de la formación y el servicio militar obligatorio. Los extranjeros que quieran solicitar asilo pueden hacerlo alegando que sufren persecución por motivos religiosos si son devueltos a sus países de origen, y las leyes de apuestas y juegos de azar contemplan excepciones para organizaciones religiosas. Los militares pueden llevar complementos religiosos en sus uniformes, aunque con las limitaciones impuestas por el Secretario de Defensa. Y... las leyes federales sobre drogas recogen una excepción que permite el uso religioso del peyote por parte de los miembros de la Iglesia Nativa Americana».

La decisión del Tribunal Supremo en el caso *Employment Division v. Smith* (1992) supuso una reducción drástica de la disponibilidad de las medidas de acomodación en virtud de la *Free Exercise Clause*, («El Congreso no promulgará ley alguna que prohíba el libre ejercicio de la religión»), por lo que la atención se desplazó entonces a la esfera normativa. El Congreso y veintiún Estados aprobaron leyes generales de acomodación, es decir, previeron la excepción a la aplicación o el cumplimiento de una norma para asegurar el ejercicio de la libertad religiosa. La *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) recoge las bases legales para eximir de lo establecido en cualquier ley federal que suponga una traba sustancial a la práctica de la religión, a menos que esa ley sea el «medio menos restrictivo» de «lograr un interés gubernamental imperioso». La mayoría de los Estados tienen disposiciones legales o constitucionales similares. La *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) impone a los organismos estatales y federales un requisito similar, de que haya un interés general imperioso, con respecto a las decisiones que estos adopten sobre el uso del suelo y el tratamiento de los presos. El Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 exige a quien contrate que tome «medidas razonables de acomodación, sin dificultades excesivas», para las necesidades religiosas de sus trabajadores. La *National Environmental Protection Act*, la *Native American Graves Protection and Repatriation Act* y la *National Historic Preservation Act* ofrecen cierta protección, aunque insuficiente, a los lugares sagrados de los nativos americanos. En definitiva, las medidas normativas de acomodación de la religión son muy habituales, algunas de ellas dirigidas a amenazas concretas a prácticas religiosas y otras muchas de carácter más general.

Ya a principios de los años 60 se había comenzado a denunciar que estas previsiones normativas no exigidas realmente por la *Free Exercise Clause* («El Congreso no promulgará ley alguna que prohíba el libre ejercicio de la religión») violaban la *Establishment Clause* («El Congreso no promulgará ley alguna por la que establezca una religión de Estado»). A veces se argumentaba que debía ampliarse la acomodación a objetos laicos, y en otras ocasiones lo que se demandaba era la eliminación de todas las medidas de acomodación. El test utilizado

por el Tribunal Supremo en el caso *Lemon v. Kurtzman* (1971)<sup>11</sup>, que había sido concebido para ser utilizado en casos de asistencia escolar, proporcionó una potente munición contra las medidas de acomodación. Interpretada de forma rígida, como solían hacer los tribunales en los años 70 y 80, cada una de las tres partes del test *Lemon* parecía prohibir las medidas de acomodación, independientemente de su contenido:

- Las medidas de acomodación socavan el propósito secular o laico que debe tener la ley general al crear excepciones basadas exclusivamente en objeciones religiosas.
- Las leyes de acomodación producen el efecto de favorecer a la religión, frente a la no religión, al conferir un beneficio, la exención de la ley general, sobre una base explícitamente religiosa.
- Las leyes de acomodación suelen suponer una confusión, en el sentido de no separación, entre el Estado y la religión, una implicación o intromisión del Estado en la religión, puesto que exigen que los funcionarios evalúen la naturaleza y la veracidad de las reivindicaciones religiosas.

Si se examina más detenidamente esta crítica es muy poco convincente, ya que, de ser correcta, condenaría a la propia *Free Exercise Clause*. Esta cláusula carece de cualquier tipo de «propósito secular», a menos que la protección de la libertad religiosa sea en sí misma un propósito secular. Esta cláusula protege solo aquellas actividades que sean religiosas, por lo que se puede entender que contiene una opción en favor de la religión. Y al exigir al Estado que considere cómo su acción puede afectar a la religión está suponiendo que habrá una influencia de la acción estatal, una intromisión de esta, en el ámbito de la religión. Si la conclusión condenatoria a las medidas de acomodación que deriva de la aplicación del test *Lemon* fuese una interpretación correcta de la *Establishment Clause*, las dos partes de las disposiciones sobre religión de la Primera Enmienda serían contradictorias.

En esta aparente incoherencia se basa el primero de muchos ataques al test *Lemon*. A mediados de los años 80, el Departamento de Justicia presentó una serie de escritos señalando que la prueba *Lemon* no era adecuada para evaluar las medidas de acomodación de la religión<sup>12</sup>. Los argumentos de estos escritos llamaron la atención de la jueza Sandra Day O'Connor. En un caso relativo a una ley sobre el minuto de silencio en escuelas públicas, O'Connor señaló que, «es hipócrita buscar un propósito puramente secular cuando el objetivo manifiesto de una ley es facilitar el libre ejercicio de la religión eliminando una obligación establecida por

11 403 U.S. 602 (1971).

12 Uno de los coautores de este artículo, McConnell, fue el autor principal de estos escritos en su cargo de abogado en la Oficina del Procurador General.

los poderes públicos. Por el contrario, el Tribunal debería simplemente reconocer que el objetivo religioso de dicha ley es legítimo según la *Free Exercise Clause*. Respecto a los efectos de una medida legislativa de acomodación, la jueza O'Connor instó a que «los tribunales asumiesen que el ‘observador objetivo’ conoce la *Free Exercise Clause* y los valores que promueve». De este modo, O'Connor concluyó que, «las apreciaciones individuales, o la suspicacia de que una persona religiosa esté exenta de una determinada obligación establecida por el gobierno tendrían muy poco peso si la *Free Exercise Clause* ofreciese un sólido apoyo a la exención»<sup>13</sup>.

Tras varios años y diversos casos discordantes, el Tribunal finalmente adoptó esa forma de entender las medidas de acomodación de la religión en el marco de la *Establishment Clause*. En 1987, en el caso *Corporation of Presiding Bishop v. Amos*<sup>14</sup>, relativo a una disposición del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 que eximía a las organizaciones religiosas de la prohibición de discriminación basada en motivos religiosos en materia de contratación, el Tribunal rechazó de forma unánime que cada uno de los elementos del test *Lemon* fuese aplicable a las medidas de acomodación. El caso fue planteado por el conserje de una escuela secundaria propiedad de la iglesia, que argumentó que esa exención era inconstitucional porque se aplicaba también a los empleados cuyos trabajos no tenían naturaleza religiosa. El tribunal inferior que había resuelto la demanda estuvo de acuerdo con la argumentación del recurrente, apoyándose en una interpretación literal del test *Lemon* descrito anteriormente.

El Tribunal Supremo, por su parte, comenzó su argumentación con su conclusión: «Este Tribunal ha reconocido desde hace tiempo que el Estado puede (y a veces debe) acomodar las prácticas religiosas y que puede hacerlo sin vulnerar la *Establishment Clause*». Respecto al primer elemento del test *Lemon*, el Tribunal rechazó la idea de que la regla del «propósito secular» requiera que «el propósito de la ley no esté relacionado con la religión». Por el contrario, el requisito del propósito, «tiene como objetivo impedir que el poder público responsable de la toma de decisiones —en este caso, el Congreso—, abandone la neutralidad y actúe con la intención de promover un concreto punto de vista en materia religiosa». De forma más precisa, el Tribunal afirmó que, «es un propósito legislativo lícito atenuar una significativa interferencia gubernamental respecto a la capacidad de las organizaciones religiosas de definir y llevar a cabo sus cometidos religiosos». No fue relevante que las organizaciones religiosas pudieran no tener un derecho constitucional a una acomodación de esta amplitud, bastó comprobar que la ley, sin la acomodación, habría supuesto imponer una «carga significativa» a la práctica de la religión, que el legislador decidió no imponer. Esta interpretación parecía dar luz verde a la acomodación de la religión, al menos respecto a la primera parte del test *Lemon*.

13 Wallace v. Jaffree, 432 U.S. 38, 83 (1985).

14 483 U.S. 327 (1987). Las citas de la sentencia no se añaden a pie de página.

Respecto al segundo elemento del test *Lemon*, el Tribunal rechazó rotundamente el argumento de que las medidas de acomodación no son válidas por el hecho de que dan a la religión una protección que no se concede a entidades seculares (no religiosas) equiparables. Reconociendo que algunos de sus precedentes habían «dado importancia a este argumento», el Tribunal señaló que esa interpretación «sería contraria a nuestra jurisprudencia, según la cual hay un amplio margen para acomodar la religión en virtud de la *Establishment Clause*». El Tribunal indicó que, «cuando, como en este caso, el gobierno actúa con el propósito de excepcionar de una regulación que obstaculiza la práctica de la religión, no vemos razón alguna para exigir que esa exención venga acompañada de beneficios para entidades seculares». En términos más generales, el Tribunal aclaró que la regla del «efecto primario» de *Lemon*, conforme a la cual la acción del gobierno no puede «promover o inhibir la religión», no implica que sean sospechosas todas las leyes que hacen posible que «los grupos religiosos estén en mejores condiciones de alcanzar sus objetivos. «Para que una ley tenga «propósitos» prohibidos conforme al requisito del test *Lemon*, tendría que ser posible afirmar que *el propio Estado* ha promovido la religión a través de sus propias actividades y utilizando su influencia». No está del todo claro lo que esto significa, pero el Tribunal ofreció un elemento de ayuda al insistir en que el efecto de una ley de acomodación debe juzgarse en relación con los derechos que tenía la organización religiosa antes de la promulgación de la ley que concede la exención. Dado que «la capacidad de la Iglesia para divulgar su doctrina religiosa ... [no es] mayor ahora que antes de la aprobación de la *Civil Rights Act* en 1964» el Tribunal no puede apreciar que cualquier avance en la promoción de la religión lograda por la escuela pudiera atribuirse honestamente al Estado y no a la propia iglesia». Este es uno de los elementos más importantes de la sentencia. Las leyes y las medidas que regulan y afectan a las actividades religiosas, pero también las que contienen acomodaciones o excepciones, deben ser evaluadas en su conjunto. Si el gobierno decide que los propietarios de edificios no pueden ampliar sus instalaciones (como ocurrió en el caso de *City of Boerne v. Flores* (1997), pero exime a las iglesias de esta norma, estas no están por ello en una mejor posición para alcanzar sus objetivos que antes de la promulgación de la normativa.

Finalmente, la mayoría del Tribunal descartó el tercer requisito del test *Lemon*, el de «no inmiscuirse excesivamente» con una simple frase: «No se puede defender que [las exenciones religiosas] supongan una forma de implicación inadmisibles del Estado en la Iglesia. La ley lleva a cabo una separación completa entre ambos y evita precisamente el tipo de indagación intrusiva en las creencias religiosas que la Corte de Distrito llevó a cabo en este caso». Como el juez Brennan explicó con más detalle en su voto particular concurrente, la exención del Título VII eliminó cualquier necesidad de que el Gobierno tuviera que averiguar qué puestos de trabajo dentro de una organización religiosa son de carácter religioso y cuáles no los son, una cuestión muy delicada desde el punto de vista de las creencias religiosas que no es competencia del Gobierno. Como evidencia el caso

*Amos*, a menudo es cierto que cualquiera de las dos opciones, eximir o no a la religión de ser regulada, implica cierto grado de interacción entre los reguladores y las iglesias (o los individuos con convicciones religiosas). Dado que esa interacción estará presente de todas formas, no tiene sentido interpretar la prueba *Lemon* de forma que la balanza se incline en contra de la acomodación.

Habiendo reinterpretado cada una de las tres partes del test *Lemon* de manera que este resultase compatible con la idea de acomodación religiosa, el Tribunal señaló que «no era necesario reexaminar» el propio test. Esta prueba dejaría de servir como bola de demolición de todos y cada uno de los esfuerzos del Estado por mitigar las trabas al ejercicio de la religión. Esta postura sería fundamental tres años después del caso *Amos*, cuando en el caso *Employment Division v. Smith* (el «Caso Peyote») (1990), el Tribunal reinterpretó la *Free Exercise Clause* («El Congreso no promulgará ley alguna que prohíba el libre ejercicio de la religión»), para eliminar la mayoría de las exenciones religiosas a las leyes generales exigidas por las constituciones. Después de esta decisión, prácticamente todas las medidas de acomodación se convirtieron en una cuestión de discreción legislativa en lugar de prescripciones que pudiesen exigirse judicialmente. Si la sentencia en el caso *Amos* hubiera dejado vigente la interpretación del test *Lemon*, según la cual las medidas de acomodación, más allá de las requeridas por la *Free Exercise Clause*, podían ser impugnadas con base en la *Establishment Clause*, hubiese sido el final de la larga tradición estadounidense de encontrar acomodo a las necesidades de las personas e instituciones religiosas cuando las normas jurídicas generales entran en conflicto con las prácticas religiosas.

Sin embargo, debe recalcar que la sentencia en el caso *Amos* no daba su aprobación a todas las medidas de acomodación de la religión. El Tribunal advirtió que, «en algún punto la acomodación puede convertirse en un ‘fomento ilegal de la religión’». Pero, puesto que «ese no fue el caso» entonces, el Tribunal no ofreció ninguna orientación sobre dónde podrían estar esos límites a partir de los cuales se estaría fomentando la religión. En una serie de casos durante los años siguientes, el Tribunal analizó varias impugnaciones de algunas medidas de acomodación de la religión de características particulares, y a través de las decisiones en esos casos terminó forjando finalmente un nuevo test de tres elementos que no se parece en nada al test *Lemon*.

En el caso *Cutter v. Wilkinson* (2005)<sup>15</sup>, una decisión unánime del Tribunal, al igual que en el caso *Amos*, ratificó la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*. Esta ley autoriza a las personas reclusas en cárceles, hospitales y otros centros de este tipo a no ser objeto de medidas que supongan una traba sustancial para el ejercicio de su religión, a menos que el Estado pueda demostrar que esas medidas están justificadas, porque con ellas se logra satisfacer un interés público imperioso de la manera menos restrictiva posible. La jueza Ruth Bader Ginsburg,

15 544 U.S. 709 (2005).

líder del sector progresista del Tribunal, fue quien redactó la sentencia, en la que ya ni siquiera se mencionó el test *Lemon*. En su lugar, el Tribunal sostuvo que la ley era constitucional porque cumplía tres principios: primero, la acomodación «mitigaba las trabas excepcionales a las prácticas religiosas privadas creadas por el Estado como consecuencia de la aprobación de una norma general»; segundo, era neutral con las distintas religiones; y, tercero, «tiene en cuenta adecuadamente las cargas y trabas que una acomodación puede imponer a aquellos que no sean beneficiarios de ella».

El alcance de estos principios puede resultar en algunos extremos algo confuso. Veamos:

- a) *La reducción de las trabas*. Por definición, la acomodación religiosa está diseñada para aliviar las trabas u obstáculos en la práctica de la religión y, por lo tanto, para que las personas con convicciones religiosas tengan de nuevo los mismos incentivos y desincentivos que hubiesen tenido en ausencia de la acción del gobierno. En el caso de *Texas Monthly, Inc. v. Bullock* (1989), el Estado de Texas eximió a las publicaciones de carácter religioso —y solo a estas publicaciones— del pago del impuesto sobre las ventas, argumentando que esta exención aliviaba la carga que dicho impuesto supondría para el libre ejercicio de sus actividades. El Tribunal se mostró disconforme, razonando (correctamente, a nuestro juicio) que un impuesto modesto y no discriminatorio sobre todas las publicaciones no puede considerarse objetivamente como un obstáculo significativo al ejercicio de la religión. Normalmente, las exenciones fiscales a propiedades y bienes religiosos forman parte de un conjunto más amplio de exenciones que se establecen para actividades no lucrativas y de caridad. Una exención fiscal solo para la religión equivale económicamente a una subvención exclusiva para la religión, lo que vulnera las tan arraigadas normas de la *Establishment Clause*.

Sin embargo, en el caso *Cutter* el Tribunal utilizó el adjetivo «excepcional» para describir la cualidad que debería tener la traba o la carga a la práctica de la religión, porque solo una traba «excepcional» podría justificar una medida de acomodación; sin embargo, la utilización de ese adjetivo se hizo por primera vez en ese caso y sin apoyo en precedentes previos, y puede resultar un requisito excesivamente estricto. En leyes y en casos anteriores, la necesaria traba a la religión se describía como «sustancial» o «significativa». El Tribunal no dio ninguna razón para apartarse de esos precedentes en este aspecto. Hasta donde nosotros sabemos, ninguna corte o tribunal menor se ha apoyado posteriormente en el adjetivo «excepcional» para argumentar que consideraba injustificada una medida de acomodación.

Una de las razones para usar tal adjetivo podría ser la preocupación de que una acomodación pudiera fomentar la actividad religiosa en lugar de

simplemente encontrarle acomodo. Cuando una acomodación tiene poco o ningún valor excepto para una persona con convicciones religiosas, como, por ejemplo, el derecho a portar una kipá con el uniforme militar o el derecho a ayunar durante el Ramadán, hay pocos motivos para preocuparse de que esta pueda crear un incentivo para cambiar de creencias religiosas (o para simular hacerlo). En los casos en que los efectos de la acomodación puedan ser queridos por cualquiera, como la exención del servicio militar o una exención fiscal, los tribunales se muestran comprensiblemente más cautelosos ante la posibilidad de que la medida de acomodación pueda tener el efecto de presionar a la gente para adoptar una religión o cambiar de ella. Esta preocupación ha afectado al modo en que los tribunales han interpretado las leyes sobre acomodación. En concreto, a veces los tribunales las han interpretado de forma más amplia para aplicarlas también a demandas de conciencia similares pero de carácter no religioso. Así, en dos casos durante la época de la Guerra de Vietnam, el Tribunal extendió la exención legal del servicio militar obligatorio más allá de sus términos a dos objetores cuyos argumentos para serlo eran indudablemente sinceros y sentidos, pero no eran de carácter religioso. Un buen número de jueces ha hecho esto, pero como una cuestión de interpretación de la legalidad y no por una exigencia o mandato constitucional. Los tribunales inferiores han tratado a grupos como la Sociedad para la Cultura Ética (que se asemeja a una iglesia en su forma y función pero tiene una filosofía no teísta) como si fuese una organización religiosa a efectos de la exención del impuesto sobre bienes inmuebles, y la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos (EEOC) ha tratado el ateísmo como una forma de religión a efectos de protección contra la discriminación en el empleo, algo muy correcto en nuestra opinión. Por el contrario, los tribunales han rechazado sistemáticamente las demandas de exenciones fiscales apoyadas en la cláusula del libre ejercicio de la religión, incluso aunque los argumentos pudieran parecer convincentes, presumiblemente debido al riesgo de generar con ello incentivos para la práctica de la religión o para la presentación de demandas infundadas<sup>16</sup>. Ninguna de estas decisiones se apoyó directamente en la *Establishment Clause*, pero los tribunales eran conscientes de las formas en que una acomodación podría distorsionar los incentivos para ciertas formas de ejercicio de la religión.

- b) *Neutralidad confesional*. De los tres principios establecidos en la sentencia del caso *Cutter*, el requisito de neutralidad entre religiones es el más claro

16 *Welsh v. United States*, 398 U. S. 333 (1970); *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965); *Society for Ethical Culture v. District of Columbia*, 249 F.2d 127 (D.C. Cir. 1957); EEOC Compliance Manual, apartado 12 (Discriminación religiosa); *Hernandez v. Commissioner of Internal Revenue*, 490 U.S. 680 (1989); *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982).

y el de más sólido fundamento. Uno de los elementos originarios que explican la ausencia de iglesias oficiales en todos los Estados es el principio de neutralidad confesional. Este principio se ha entendido como la exigencia de tener siempre en cuenta las diferentes circunstancias: solo aquellos que celebran el Sabbath necesitan ausentarse un día concreto de la semana y solo aquellos cuyas prácticas religiosas incluyen restricciones en la dieta precisan comidas especiales. Entendemos que sería una interpretación errónea de la sentencia del caso *Cutter* pensar que las acomodaciones específicas para determinadas prácticas religiosas violan necesariamente esta exigencia de neutralidad confesional. Los legisladores normalmente toman sus decisiones como respuesta a conflictos reales y concretos, y no se puede esperar que adopten medidas de acomodación para situaciones hipotéticas, futuras y desconocidas. Por esta razón, consideramos que la decisión del Tribunal en el caso *Kiryas Joel v. Grumet* (1994)<sup>17</sup>, que se citó con base en el caso *Cutter*, fue errónea, al menos en lo que respecta a este aspecto. En ese caso, el legislador del Estado de Nueva York respondió a una situación aparentemente única que afectaba a los niños discapacitados de una pequeña comunidad jasídica creando un nuevo distrito escolar público. El Tribunal lo consideró inconstitucional porque no había «ninguna garantía de que el siguiente grupo en una situación similar que buscara un distrito escolar propio lo recibiera». En nuestra opinión, la discriminación confesional solo se producirá cuando aparezca un grupo en situación similar al que se le deniegue un trato similar, momento en el que se debe permitir al legislador elegir entre ampliar la medida de acomodación a ese nuevo grupo o poner fin a dicha acomodación para todos los grupos.

Un caso reciente en el que el Tribunal no protegió contra la preferencia confesional, esto es, a favor de la neutralidad confesional, es el de *Dunn v. Ray*<sup>18</sup>, en el que los funcionarios de la prisión de Alabama se negaron a permitir que Domineque Ray fuera acompañado a la sala de ejecución por un clérigo de su religión, que resultaba ser el Islam. La prisión permitía el acceso a dicha sala a clérigos cristianos, pero no a otros clérigos, por lo que los presos que no fuesen cristianos tenían que elegir entre ser asistidos por un sacerdote cristiano o no ser acompañados por ningún clérigo. El Tribunal denegó la petición de Ray porque se presentó apenas sin tiempo antes de la fecha prevista para la ejecución, pero la jueza Kagan se mostró disidente considerando que el «trato» que la prisión dio a Ray «iba contra el principio básico de neutralidad confesional de la *Establishment Clause*».

- c) *Repercusión en los no beneficiarios*. Este tercer requisito de la prueba establecida en la sentencia del caso *Cutter*, según el cual las medidas de acomodación

17 512 U.S. 687 (1994).

18 139 S. Ct. 661 (2019).

deben tener «adecuadamente en cuenta» la carga que pueden derivarse de ellas para los no beneficiarios de esas medidas, ha resultado ser el más controvertido. Algunos académicos y jueces han aducido que, en lugar de exigir que la medida tenga en cuenta la carga que puede suponer para terceros, simplemente deberían prohibirse las acomodaciones que impliquen trabas o cargas para terceras personas. Este se ha convertido en los últimos años en el principal argumento de la *Establishment Clause* contra la acomodación de la religión.

### III. EL ARGUMENTO DEL DAÑO A TERCEROS

Hasta hace poco, la mayoría de las peticiones de acomodación religiosa procedían de grupos no mayoritarios cuyas reclamaciones encajaban perfectamente en el interés por los derechos de las minorías que manifestó el Tribunal Supremo durante las presidencias de los jueces Warren y Burger. Ejemplo de ese tipo de grupos son las personas que objetan al reclutamiento militar, los que practican la religión de los nativos americanos, los judíos sabatistas, los granjeros amish, las mujeres musulmanas contrarias a las fotografías faciales completas y otros similares. Esto sigue siendo así en el caso de la gran mayoría de las reclamaciones de acomodación; las más frecuentes provienen de presos y de instituciones contrarias a las normas que determinan los tipos de usos que se puede dar a la tierra en una determinada zona (*exclusionary zoning regulations*). Sin embargo, las peticiones de acomodación más *llamativas* de los últimos diez años han sido las de grupos religiosos tradicionales que pretenden evitar el apoyo obligado al aborto, la anticoncepción, el matrimonio entre personas del mismo sexo y otras iniciativas progresistas similares. La reacción a estas peticiones de acomodaciones ha sido feroz y los que se oponen a ellas se han atrincherado en un nuevo argumento: esas acomodaciones de la religión violan la *Establishment Clause* si producen el efecto de imponer algo más que un perjuicio mínimo a los no beneficiarios de las mismas. Como han afirmado ciertos académicos, «La libertad religiosa no abarca ni puede abarcar el derecho a imponer a otras personas los costes de practicar la religión propia de uno mismo»<sup>19</sup>.

A primera vista, esto parece correcto. Si yo decido practicar una religión que me obliga, por ejemplo, a la observancia del Sabbath, debería ser yo únicamente quien asumiera cualquier coste derivado de esta. No tengo derecho a pedir a mis conciudadanos que modifiquen su conducta o renuncien a alguno de sus bienes para facilitarme la práctica del Sabbath. Sin embargo, esta no es la cuestión que plantean los casos actuales de exención normativa. Estos no implican un reajuste

19 Frederick MARK GEDICKS & Andrew KOPPELMAN, «Invisible Women: Why an Exemption for Hobby Lobby Would Violate the Establishment Clause», en *Vanderbilt Law Review*, n.º 67, 2014 (*En Banc*, n.º 51).

en las consecuencias naturales de la práctica de una religión. En su lugar, plantean si el Estado puede eximir a quienes practican una religión del cumplimiento de una norma que beneficia a terceras partes pero que, en ausencia de acomodación, impondría una carga a la práctica de la religión; una carga que puede ser religiosa, si el creyente cumple la norma, o una sanción del gobierno, en el caso de que no la cumpla. Cuando los creyentes buscan una medida de acomodación que les exima del cumplimiento de una norma no están intentando trasladar el coste de sus prácticas religiosas a otra persona, sino evitar que el Estado les imponga a ellos una carga adicional. La supuesta «carga» para terceros no es realmente una carga, sino simplemente la decisión de no conferirles un beneficio en detrimento del ejercicio de la religión.

Pensemos en un caso hipotético. Por ejemplo, que el Gobierno decide exigir a todos los supermercados abrir los siete días de la semana para facilitar que las personas que trabajan seis días puedan comprar alimentos. Para la mayoría de los comerciantes se trataría de una molestia menor, similar a otros requisitos legales que se deben cumplir en una sociedad bien organizada; además de que muchos comerciantes ya abren voluntariamente los siete días de la semana. Sin embargo, para los comerciantes que practiquen el Sabbath la obligación de la nueva norma supondría un importante obstáculo al ejercicio de su religión. Los comerciantes que practican el Sabbath se verían obligados a elegir entre violar la ley de Dios o renunciar a su medio de vida ¿Qué haría un Gobierno que respetase tanto la cláusula del libre ejercicio de la religión (*Free exercise clause*) como los valores de la cláusula de no establecer una religión oficial (*Establishment clause*)? Nos parece que un Gobierno de ese tipo se abstendría de aplicar la nueva normativa a los comerciantes que practican el Sabbath, a menos que el beneficio para la población fuese tan grande que justificase una invasión de las convicciones religiosas de aquellos. Sería injusto considerar la existencia de un obstáculo a la práctica religiosa del Sabbath como un límite infranqueable, y ni siquiera tener en cuenta la existencia de otros intereses, los intereses de quienes trabajan seis días a la semana. En determinadas circunstancias, por ejemplo, si los clientes trabajasen seis días a la semana y hubiese muy pocas tiendas de comestibles, la exención a la obligación de abrir todos los días podría provocar que la gente tuviese realmente problemas para comprar alimentos y poder comer. Pero sería igualmente injusto rechazar la exención simplemente porque suponga un inconveniente menor para aquellos a quienes quiere beneficiar la regulación (los clientes). Con ello, además, se estaría impidiendo prácticamente que todas las nuevas regulaciones pudiesen ser enjuiciadas desde el punto de vista de la cláusula del libre ejercicio de la religión.

El mayor problema teórico es que el parámetro para juzgar el beneficio y el daño es ambiguo cuando el Gobierno aprueba normas que regulan la conducta de una parte en beneficio de otra. Si esas normas se aplican sin excepción, una parte sale beneficiada y la otra perjudicada; pero si el Gobierno realiza alguna excepción a dichas normas, una parte se ahorra el daño y la otra se ve privada de un beneficio potencial. Los estudiantes de derecho y de económicas reconocerán esta situación

como un caso claro del Teorema de Coase. En ausencia de costes de transacción, si las dos partes pudieran negociar llegarían a una solución que minimizara los daños y maximizara los beneficios. Sin embargo, en el mundo real esa negociación no es posible, sino que es el Estado quien debe tomar la decisión que proporcione el resultado que él considere óptimo. No es posible medir de forma objetiva ni los costes ni los beneficios, por lo que no hay una respuesta que sea claramente la correcta. Sin embargo, sí hay dos respuestas que son claramente incorrectas: la victoria automática de los intereses de una parte y la de los intereses de la otra parte. Por eso la regla del «daño a terceros» es una respuesta claramente errónea.

Los gobiernos estadounidenses modernos rara vez dan esta respuesta cuando saben que una propuesta de regulación en la que están trabajando podría suponer un obstáculo al ejercicio de la religión; en lugar de dar esa respuesta, tratan de alcanzar sus objetivos políticos al tiempo que intentan buscar acomodo a la práctica de la religión. Recordemos aquí los miles de medidas de acomodación de la religión que se encuentran en la legislación de los Estados Unidos y que se han mencionado anteriormente. Todas ellas reflejan la idea de que una medida de política general que se adopte para beneficiar a algunos miembros de la comunidad debe en algunos casos permitir que otros puedan cumplir libremente con lo que establezcan sus creencias religiosas.

Así, no es de extrañar que en las sentencias del Tribunal Supremo sobre casos de acomodación se haya acogido claramente la prohibición categórica de la regla de los daños a terceros. Al igual que ocurre con otros derechos constitucionales, las acomodaciones rara vez no tienen costes para los demás. En las decisiones de los casos *Amos* y *Hosanna-Tabor*, adoptadas en los dos por unanimidad, los individuos perdieron sus empleos como resultado de la medida de acomodación religiosa, pero en ninguno de ellos el Tribunal consideró que eso fuera una razón para prohibir dicha acomodación. En el supuesto de la más típica medida de acomodación, la exención del reclutamiento militar, la siguiente persona en la lista de reclutamiento debe ir a la guerra y quizás poner en juego su vida para reemplazar a un objetor religioso. Solo durante la Guerra de Vietnam, más de 170.000 reclutas prestaron el servicio militar en lugar de los objetores religiosos que quedaron eximidos de él<sup>20</sup>. Igualmente, alguien tiene que pagar si los prisioneros tienen derecho a comidas kosher o halal. En la sentencia del caso *Cutter v. Wilkinson*, también adoptada por unanimidad, el Tribunal sostuvo que el gobierno debe tener «en cuenta de forma adecuada» las repercusiones sobre terceros, lo que expresa un principio contrario a la idea de que los daños a terceros hacen fracasar todas las reclamaciones de acomodación, salvo aquellas menos costosas.

Los defensores de la regla del daño a terceros se apoyan en el caso *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.* (1984) para defender su posición. Este caso versaba sobre una ley de Connecticut que permitía a cualquier trabajador que declarase que

20 James W. Tollefson, *The Strength Not to Fight*, 1993, p. 7.

practicaba el Sabbath tener ese día libre. En aplicación del test *Lemon*, el Tribunal denunció que la ley «imponía a los empresarios y a los restantes empleados un deber absoluto de adaptar su actividad laboral a las prácticas religiosas específicas del empleador al que beneficiaba la acomodación, obligando a la observancia del Sabbath que el empleado declaraba unilateralmente»<sup>21</sup>. El rechazo del Tribunal a este deber «absoluto» fue precursor de la nueva prueba establecida en el caso *Cutter*, que exigió la consideración de los costes sobre terceros, pero no supuso desde luego aceptar la teoría del daño a terceros. También cabe mencionar que la ley de Connecticut no contenía una exención a una carga impuesta por parte del gobierno, sino que, más bien, facultaba al practicante del Sabbath a hacer una demanda a otro particular. Este supuesto es un candidato más plausible para la crítica del daño a terceros que el típico caso de exención, en el que el tercero no pierde nada, salvo la ventaja potencial de una intervención del gobierno en su favor, a expensas de la práctica religiosa del que disfruta de la acomodación.

El lector puede considerar poco realista la hipótesis del comerciante practicante del Sabbath, pero no es más que una versión simplificada de algunos casos reales, privados del envoltorio de las guerras culturales. El caso *Hobby Lobby* se refirió a una norma de la *Affordable Care Act* que exigía a los empresarios pagar el seguro médico de sus empleados<sup>22</sup>. El Gobierno sabía que algunos empresarios se oponían a pagar ciertas formas de cobertura anticonceptiva, de modo que eximió a las iglesias de esta obligación. Hobby Lobby, una empresa propiedad de una familia, solicitó una acomodación al amparo de la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA). Al igual que la ley objeto del litigio en el caso *Cutter*, la RFRA permite acomodar el ejercicio de la religión que se vea sustancialmente obstaculizado por una ley federal, a menos que la ley sea la forma menos restrictiva de que el gobierno logre un importante objetivo de interés general. Un grupo de académicos argumentó que interpretar la ley para dar cabida a la solicitud de acomodación de Hobby Lobby violaría la *Establishment Clause*, pues privaría a los empleados de la cobertura anticonceptiva financiada por el empleador. Ninguno de los jueces respaldó este argumento. Aunque el Tribunal sostuvo que Hobby Lobby tenía derecho a una acomodación, la simple aplicación de la RFRA era suficiente para entender protegidos los derechos de terceros, algo que incluso los jueces disidentes apoyaban.

#### IV. FACILITAR EL EJERCICIO DE LA RELIGIÓN POR MEDIOS DISTINTOS A LAS EXENCIONES

Existe una segunda forma habitual de acomodación de la religión que no implica hacer excepciones a la aplicación de una ley general, sino actuaciones

21 472 U.S. 703, 709 (1985).

22 *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014).

tales como ajustar los horarios de los servicios públicos o regular el uso de la propiedad pública, de manera que estas permitan a las personas con convicciones religiosas practicar su religión en ámbitos en los que, de otro modo, no podrían hacerlo. Un ejemplo conocido es la creación y provisión de plazas de capellanes en el ejército, en las prisiones y en entornos similares. Un caso reciente se refería a una escuela concertada de Minnesota con una gran población musulmana que organizó su horario de forma que hubiera una pausa entre las clases durante el tiempo señalado por la religión musulmana para la oración, que la escuela no abriera durante la festividad del *Eid* y que en su cafetería no se sirvieran alimentos que infringieran las restricciones alimentarias del musulmán. Estas disposiciones fueron impugnadas por quien las consideró un intento de imponer una religión, pero la escuela quebró antes de que los tribunales se pronunciaran sobre el caso<sup>23</sup>. Este tipo de actuaciones dirigidas a «acomodar» la práctica de la religión eran fáciles de atacar conforme al test *Lemon* y sus tres elementos: su único propósito es permitir que los creyentes practiquen el culto; ese es también su principal efecto; y la adaptación de las actuaciones del Estado a las necesidades religiosas entra dentro de la definición de «implicación» del Estado en la religión. Y, aun así, es difícil ver por qué esta forma de acomodación infringe de algún modo el principio de no establecimiento de una religión oficial.

Veamos a continuación dos ejemplos de ello, uno relacionado con los horarios y otro con la propiedad pública. En el caso *Zorach v. Clauston* (1952), el primer caso de acomodación religiosa que llegó al Tribunal Supremo, este rechazó la impugnación de un programa de «liberar tiempo» de una escuela secundaria pública que permitía a los estudiantes, de forma voluntaria, abandonar las instalaciones de la escuela durante un tiempo determinado para recibir formación religiosa en la confesión de su elección fuera del centro escolar. Quienes se opusieron a esta medida afirmaron que el programa violaba la *Establishment Clause*, basándose en el argumento de que, con él, «el peso y la influencia de la escuela se estaban desatendiendo y colocando por detrás de un programa de formación religiosa». El Tribunal razonó que el Estado, «no puede coaccionar a nadie para que asista a la iglesia, celebre una festividad religiosa o reciba formación espiritual, pero sí puede cerrar sus puertas o suspender sus actividades para aquellos que pretendan acudir a un santuario religioso a rendir culto o a recibir formación o instrucción religiosa». Además, el Tribunal añadió que, «cuando el Estado fomenta la instrucción religiosa o coopera con las autoridades religiosas ajustando el horario de las instituciones públicas a las necesidades de quienes practican una religión, está actuando de acuerdo con la mejor de nuestras tradiciones. De este modo, respeta la naturaleza religiosa de nuestro pueblo y adapta el servicio público a las necesidades espirituales de este»<sup>24</sup>.

23 *ACLU v. Tarek ibn Ziyad Academy*, 643 F.3d 1088 (8<sup>th</sup> Cir. 2011). Uno de los coautores de este artículo, McConnell, es el representante de los padres de los niños musulmanes en su infructuoso intento de actuar en apoyo de la escuela.

24 343 U.S. 306 (1952).

En el caso *Bear Lodge v. Babbitt*, un tribunal inferior rechazó una impugnación, basada en la *Establishment Clause*, por la que se recurrían las normas federales que pretendían impedir la escalada durante el mes de junio en el Monumento Nacional de la Torre del Diablo, en Wyoming, que es un lugar sagrado para los Sioux del río Cheyenne y otras tribus; durante ese mes estas tribus llevan a cabo allí ceremonias religiosas, como la Danza del Sol, pero es también el mejor momento del año para la práctica de escalada. El propósito y efecto de la norma era claramente proteger y promover el uso de una propiedad pública para el culto religioso de un grupo particular y, por tanto, «favorecer una religión sobre algo que no es religión». Sin embargo, el Tribunal rechazó la impugnación sin ni siquiera llegar al fondo de la cuestión, argumentando que no se habían lesionado los derechos de la Primera Enmienda del demandante, lo que supone un rechazo rotundo de la teoría de que los terceros cuyos intereses seculares quedan subordinados a la acomodación de la religión resultan constitucionalmente perjudicados. Supuestamente, en ciertos casos, la dedicación de suelo público a fines religiosos de una única confesión podría suscitar problemas con la *Establishment Clause*, pero cuando una parte del suelo público resulta esencial para el ejercicio de una religión no es inconstitucional adaptar el plan de uso de ese suelo para hacer posible dicho ejercicio, incluso a expensas de algunos usos seculares. Por la misma razón, en el caso *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association* (1988), ciertas tribus interpusieron una demanda contra el Servicio Forestal para impedir la construcción de una carretera para la explotación forestal que perturbaría los usos religiosos que ellos hacían de esos terrenos forestales. En una decisión sumamente controvertida, que pudo no haber sido la correcta, y por una mayoría de cinco frente a cuatro, el tribunal rechazó la reclamación; tras ello, sin embargo, el Congreso intervino para conceder a las tribus una reparación por aquello que no habían conseguido recurriendo a la justicia. Con arreglo al test *Lemon*, la acción del Congreso de aprobar esa ley de reparación parecía carecer de un propósito secular, tenía el efecto de favorecer los usos religiosos de las propiedades del Gobierno por encima de los usos seculares y, finalmente, implicaba profundamente al Estado en el proceso de análisis y evaluación de pruebas antropológicas relativas a la conexión entre las prácticas religiosas y el suelo. Hubo claros daños a terceros, en concreto, a los intereses económicos de las empresas de tala. Sin embargo, nadie impugnó esa ley por ser contraria a la *Establishment Clause*, algo completamente acertado<sup>25</sup>.

De acuerdo con esta práctica tan prolongada y estos precedentes, es evidente que, en el marco del derecho constitucional de los Estados Unidos, es en general lícito que los gobiernos tomen decisiones para acomodar el ejercicio de la religión, incluso cuando las medidas de acomodación estén específicamente dirigidas a la

25 *Bear Lodge Multiple Use Ass'n v. Babbitt*, 2 Fed. Supp.2d 1448 (D. Wyo. 1998); *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n*, 485 U.S. 398 (1988).

religión, incluso cuando la acomodación no sea requerida por la cláusula de libre ejercicio de la religión (*Free Exercise Clause*), e incluso cuando impongan cargas a terceros. Los intentos de frustrar o impedir las medidas de acomodación de la religión en virtud de la cláusula de no establecimiento de una religión oficial (*Establishment Clause*) han sido rechazados de manera casi sistemática.

\*\*\*

TITLE: *Accommodation of Religion in U.S. Law*

ABSTRACT: *This paper analyzes the accommodation of religion —governmental policies with a long-standing practice in United States constitutional law—, as well as the debates generated about the conformity of accommodation of religion with the two clauses on the First Amendment of the U.S. Constitution, the Establishment Clause and the Free Exercise Clause. The paper analyzes also the main jurisprudence on accommodation of religion and the tests that have been constructed to judge this kind of policies, as the test Lemon and test Cutter.*

RESUMEN: *En este trabajo se analizan las medidas de acomodación de la religión, que gozan de una gran tradición en el derecho constitucional de los Estados Unidos, así como los debates que han generado desde el punto de vista de su conformidad con las cláusulas de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: la cláusula de no establecimiento de una religión oficial y la cláusula de libre ejercicio de la religión. A lo largo del trabajo se analiza la principal jurisprudencia recaída sobre las medidas de acomodación y los test que se han construido para enjuiciarlas.*

KEY WORDS: *Freedom of religion, accommodation of religion, exemption for religion, denominational neutrality.*

PALABRAS CLAVE: *Libertad de religión, medidas de acomodación de la religión, excepciones por motivos religiosos, neutralidad religiosa.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 11.04.2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 02.02.2022