

CULTO RELIGIOSO Y ESTADO DE DERECHO EN TIEMPOS DE PANDEMIA: ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

RELIGIOUS WORSHIP & THE RULE OF LAW
IN TIMES OF PANDEMIC: SPAIN & USA

JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ*

RESUMEN · Como en otros países, los gobiernos de España y Estados Unidos limitaron la asistencia de los ciudadanos a los lugares de culto por la COVID-19. Lo hicieron por razones de salud pública, pero sin respetar siempre otros derechos fundamentales que fueron restringidos de forma unilateral y sin la proporcionalidad debida en un Estado de Derecho. En ciertos casos, las actividades religiosas, consideradas servicios no esenciales, recibieron peor trato que las seculares en similar situación de riesgo o incluso menor. Las confesiones religiosas y los creyentes vieron limitado sustancialmente su libre ejercicio religioso sin que el gobierno hubiera podido probar la existencia de un poderoso interés estatal que no fuera satisfecho por otros medios menos restrictivos.

PALABRAS CLAVE · Acceso al culto y asistencia religiosa, Estado de emergencia, COVID-19.

ABSTRACT · As in other countries, the governments of Spain and the United States limited citizen attendance at places of worship by COVID-19. They did so for public health reasons, but without always respecting other fundamental rights that were unilaterally restricted and without the proportionality required in a state governed by the rule of law. In certain cases, religious activities, considered non-essential services, received worse treatment than secular activities at similar risk or even less. Religious denominations and believers were substantially limited in their free exercise of religion without the government being able to prove the existence of a compelling state interest that was not satisfied by other less restrictive means.

KEYWORDS · Access to Worship and Religious Assistance, State of Emergency, COVID-19.

SUMARIO: 1. El culto religioso en España durante la COVID-19. – 1.1. Gobierno nacional. – 1.2. Gobiernos autonómicos. – 1.2.1. Comunidad de Madrid. – 1.2.2. Comunidad de Cataluña. – 2. El culto religioso en USA durante la COVID-19. – 2.1. Gobierno

* frjoseignaciorubio@gmail.com, Profesor Estable Adjunto a cátedra, Universidad Eclesiástica San Dámaso (USD), Madrid, Facultad de Derecho Canónico / orcid 0000-0002-0289-5907/.

federal. – 2.2. Gobiernos estatales. – 2.3. El SARS-CoV-2 en los tribunales. – 2.3.1. El libre ejercicio religioso y *Smith*. – 2.3.2. El precedente *Jacobson*. – 2.3.3. El no establecimiento. – 2.3.4. La libertad de expresión. – 2.3.5. El estado de emergencia. – 3. Conclusión: un mismo virus en dos mundos.

¿CUÁNDO pueden las autoridades civiles tomar medidas que afecten el culto o la asistencia religiosa de los fieles? ¿Puede ser limitada la libertad religiosa?, ¿cómo, cuándo y por qué? ¿Por cuánto tiempo pueden ser restringidos, en caso de emergencia, los derechos y libertades fundamentales? ¿Son esenciales los servicios religiosos? ¿Pueden recibir los lugares de culto un trato distinto al de los locales no religiosos dedicados al comercio, la restauración, o el ocio? Es decir, ¿se puede cerrar una iglesia o limitar su aforo, mientras abren con menos restricciones tiendas, restaurantes, o casinos? ¿Pueden prohibirse los servicios religiosos mientras se permiten otros distintos en los lugares de culto? Esto es, ¿pueden reunirse sin límite de aforo en una iglesia un centenar de indigentes para ser atendidos en sus necesidades, pero no para rezar?, ¿esas mismas personas pueden recibir asesoramiento de un ministro, en asuntos no religiosos, pero no rezar con él, escuchar una homilía o recibir dirección espiritual?, ¿por qué razón el Estado permitiría la actividad social de las Iglesias, pero no la espiritual, si los riesgos para la salud fueran similares, cuando no menores? Llegado el caso, ¿son las confesiones religiosas o los creyentes los que deben probar la inconstitucionalidad de las medidas estatales, o es más bien el Estado el que debe demostrar la existencia de un interés poderoso que no pueda ser satisfecho de otro modo menos lesivo?, ¿quién carga con la prueba? Y, contando con todo esto, ¿se puede abordar la solución de un asunto tan grave y urgente como este de modo unilateral? ¿Debiera cooperar el Estado con la Iglesia católica y demás confesiones?

Entre otras cuestiones parecidas, por lo que se refiere a los Estados, estas son las que se plantearon con fuerza ante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus SARS-CoV-2. Este escrito entra en el debate con una respuesta jurídica que, centrada en España y en los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, USA), va más allá de estos límites. Tras ofrecer las principales decisiones del gobierno español y de dos de los gobiernos autonómicos de España (Madrid y Cataluña), así como del gobierno federal estadounidense y de sus Estados, en materia de culto y asistencia religiosa durante la COVID-19 entre marzo y diciembre de 2020, comparando la situación a uno y otro lado del Atlántico (1 y 2), concluiremos con cerca de una treintena de presupuestos y principios necesarios para el respeto de los derechos y libertades fundamentales en tiempos de pandemia, ahora esta del SARS-CoV-2 y, en el futuro, las que vengan (3). Y es que, como veremos, situaciones de urgencia piden respuestas inmediatas, pero estas suelen ser di-

ficiles de mantener en el tiempo. Una pandemia pide proceder con rapidez, pero las prisas no suelen ser buenas, asistiendo en estos meses a respuestas nada razonables, a medida que crecía una cierta histeria colectiva en esta ceremonia de la confusión en la que aún estamos. Y, dado que el coronavirus ha venido para quedarse, nadie sabe por cuánto tiempo más, será necesario un tratamiento distinto de la cuestión por el gobierno, si quiere el Estado seguir siendo *de Derecho*, evitando su presentación como un instrumento de coacción en manos del poder, sin atención a la justicia.

1. EL CULTO RELIGIOSO EN ESPAÑA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

Entre los meses de marzo y abril de 2020, España tuvo que enfrentarse a una situación de emergencia que, por su alcance y gravedad, no había conocido antes. Damos cuenta aquí de las distintas respuestas que, sobre el acceso al culto religioso, fueron adoptando sus autoridades civiles desde entonces hasta el mes de diciembre.

1. 1. *Medidas del gobierno nacional: Ministerio de Sanidad*

España es un Estado autonómico, compuesto por 17 Comunidades, además de las ciudades de Ceuta y Melilla, dotadas de un estatuto que regula su relación con el Estado del que forman parte. Los estatutos de autonomía son así los que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, contando cada una de estas con su propia Consejería de salud. Y en el caso de una situación de emergencia sanitaria, la legislación española (ley General de Salud Pública 33/2011, de 4 de octubre) concede al Estado la dirección y coordinación de las tareas necesarias.

A medida que los casos por SARS-CoV-2 fueron creciendo desde el primero identificado el 31 de enero, el gobierno nacional, tras el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo,¹ por el que se adoptaron las primeras medidas urgentes para responder al impacto económico de la COVID-19, decretó dos días después -siguiendo lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución y en la ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio – el estado de alarma (Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo), previendo una duración de 15 días, plazo prorrogado en seis ocasiones hasta llegar a los 99 días, con las autorizaciones correspondientes del Congreso de los Diputados, terminando dicho estado de alarma el 21 de junio. Asimismo, el 28 de abril el Consejo de Ministros acordó la aprobación de un plan de transición hacia la nueva normalidad con un proceso gradual de desescalada o reducción de las medidas de contención,

¹ Cfr. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO ESPAÑOL (BOE), COVID-19: *Derecho Europeo y Estatal*, y COVID-19: *Derecho Autonómico*, disponibles ambos en https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/ (última visita en su actualización de 23 de diciembre de 2020).

según evolucionaran los datos epidemiológicos, en 4 fases. Pues bien, el estado de alarma limitó el ejercicio de derechos y libertades, entre ellas la de culto (artículo 16 §1 de la Constitución), en la medida en que afectó a la libre circulación de los ciudadanos, no siéndole posible al gobierno suspenderlo, para lo que hubiera necesitado del estado de excepción. Y, levantado el estado de alarma por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, las Comunidades autónomas fueron interviniendo, según las competencias que le atribuían el artículo 43 de la Constitución, por el que los poderes públicos deben tutelar por la salud pública a través de medidas preventivas, así como por el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, el artículo 26 §1 de la Ley General de Sanidad, ley 14/1986, de 25 de abril, y el artículo 54 de la Ley General de Salud Pública, ley 33/2011, de 4 de octubre.

Eso sí, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, llamado de nueva normalidad, quiso salvar la intervención estatal en casos de urgente necesidad. Otra vía posible de acción del Estado, más complicada y menos probable, sería un estado de alarma territorial, necesitando pasar por el Congreso y contar con mayoría parlamentaria en caso de querer prorrogarlo más allá de dos semanas; algo a lo que el gobierno tuvo que recurrir en el caso de la Comunidad de Madrid. Y la última posibilidad, la más radical, sería la del artículo 155 de la Constitución que contempla la suspensión de la autonomía en caso de incumplimiento por una Comunidad de las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impusieran, o actuara de forma que atentara gravemente al interés general de España.

La primera intervención del Estado sobre las Comunidades autónomas que afectaba a once municipios de la de Madrid, entre ellos la capital, tuvo lugar a principios de octubre tras una Resolución de 30 de septiembre adoptada por el Ministerio de Sanidad, después de la reunión del pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Fue un acuerdo logrado por mayoría, pero sin unanimidad, como parecía pedir el artículo 73 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Ley 16/2003, de 28 de mayo, que fijaba la adopción de los acuerdos del Consejo Interterritorial por consenso. El caso es que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Auto nº 128/2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 de octubre, no ratificó la orden de la Consejería de Madrid que hacía cumplir la orden ministerial. Según este Tribunal, en sus razonamientos jurídicos quinto y sexto, el citado artículo 65 no contenía habilitación legal para establecer medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas, al margen de si fueran necesarias o idóneas para evitar la extensión de la enfermedad. Y así fue como el gobierno decretó un estado de alarma el 9 de octubre (Real Decreto 900/2020) que limitaba, por dos semanas, la libre circulación

fuera de los municipios madrileños afectados, con la excepción de una serie de desplazamientos justificados entre los que no figuraba de modo explícito la asistencia a lugares de culto.

Esa Resolución 11590 del Ministerio de 30 de septiembre indicaba los requisitos que los municipios debieran reunir para que el movimiento en ellos quedara restringido y limitada la capacidad de los locales. Tratándose de los lugares de culto, se limitaba el aforo a un tercio de su capacidad, respetando la distancia interpersonal de metro y medio, mientras que, en los locales comerciales, establecimientos de hostelería y restauración, academias, autoescuelas, locales de juegos y apuestas, así como en centros privados de enseñanzas no regladas y otros centros de formación, se fijaba el aforo al cincuenta por ciento en espacios interiores.

Volviendo ahora al estado de alarma de alcance nacional, el artículo 11 del Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo, en relación con las actividades de culto, solo dispuso que se respetara la distancia de un metro entre las personas que asistieran a ellas, en modo alguno se ordenó el cierre de los lugares de culto o se prohibieron las celebraciones públicas, algo imposible para un decreto de alarma. Más bien lo que parece que se deseaba entonces era dejar en las manos de las confesiones religiosas la adopción de las medidas concretas. Es cierto que en esta normativa se contemplaba el derecho de las personas a ejercer su libertad religiosa, pero sin incluir luego una excepción expresa por este motivo a la libertad de circulación, lo que tal vez hubiera sido deseable para evitar problemas a la hora del ejercicio de ese derecho que el Decreto reconocía. Por su parte, el Decreto de nueva normalidad 21/2020 de 9 de junio, sin referencia específica a las actividades de culto, indicó que en los lugares abiertos al público se respetara una distancia interpersonal de metro y medio, evitando aglomeraciones, además de observar las medidas de higiene adecuadas para prevenir los contactos, así como el uso de mascarillas. En este sentido, según doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 86 §1 de la Constitución impide que un decreto-ley afecte los derechos, deberes y libertades del Título I, aunque, eso sí, sin aceptar una lectura tan extensiva que redujera a la nada la figura del decreto-ley (STC 139/2016, del 31 de julio, en su FJ 6, y STC 111/1983, de 2 de diciembre, en el FJ 8).

Durante la vigencia del estado de alarma, el gobierno, por vía de órdenes del Ministerio de Sanidad, fue adoptando una serie de medidas que restringían lo dispuesto inicialmente en el Real Decreto de 14 de marzo, con los problemas que esto suponía desde el punto de vista de la jerarquía normativa, no siendo posible que normas de orden menor corrigieran las de rango superior. Así, por ejemplo, la Orden SDN/298/2020, de 29 de marzo, respecto a los velatorios y ceremonias fúnebres (apartado 5), fue más allá del Real Decreto, al decir que la participación en la comitiva para el entierro o cremación quedaba restringida a un máximo de tres familiares o allegados,

además, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida, respetando siempre la distancia de uno a dos metros entre ellos. Más tarde, el artículo 9 de la Orden SDN/399/2020, de 9 de mayo (la fase 1 de la desescalada), nos sorprendió permitiendo ahora la asistencia a actos de culto, siendo así que nunca habían estado prohibidos, quedando limitados al tercio del aforo, además del cumplimiento de una serie de medidas de seguridad e higiene y otras que indicaba al detalle, desde evitar tocar o besar objetos de devoción, hasta la prohibición del uso de agua bendita y abluciones rituales, pasando por el empleo de alfombras personales y recogida del calzado, lo que sirvió para que las Comunidades autónomas lo aplicaran cuando les llegó la hora tras el estado de alarma. Días después, al pasar a la fase 2 de la desescalada, el artículo 9 de la Orden SDN/414/2020, de 16 de mayo, elevó el aforo permitido de los lugares de culto al 50%, conservando las disposiciones de seguridad e higiene que se habían dado y dejando el aforo de los centros comerciales, establecimientos de hostelería y restauración al 40%, mientras que se fijaba el 30% del aforo, con el límite máximo de 50 personas, para los cines o teatros. Y, finalmente, el artículo 9 de la SDN/458/2020, de 30 de mayo (fase 3), fijó el aforo para los lugares de culto en el 75%, con las mismas medidas de seguridad e higiene del 9 de mayo, subiendo el aforo en esos otros lugares al 50% (comercios, bares y restaurantes, cines y teatros).

Así pues, si algo quedó claro en esta sucesión de normas fue la improvisación, confusión y hasta contradicción, por no hablar de la unilateralidad y falta de proporcionalidad de la actuación del gobierno. En realidad, el gobierno llevaba actuando de modo unilateral desde el inicio, antes incluso de declarar el estado de alarma, cuando prescindió de las Comunidades autónomas en decisiones tan vitales como la compra del material necesario, así que a nadie extrañó la falta de acuerdos y de cooperación con otros agentes implicados como las confesiones religiosas. Del mismo modo se echó en falta una mejor explicación de la necesidad de las medidas restrictivas de derechos y deberes, entre ellos el de libertad religiosa, en orden a salvaguardar la salud pública. Esto hubiera permitido una mayor eficacia en las medidas y un respeto mayor de la conciencia creyente de los ciudadanos. El gobierno hubiera evaluado mejor el alcance de sus acciones, al tiempo que hubiera discernido sobre su necesidad, no ya en abstracto sino en concreto. Si no lo hizo así, si no acudió a lo dispuesto en el artículo 16 §3 de la Constitución sobre cooperación con la Iglesia católica y demás confesiones, tal vez se debiera a una lectura negativa de la laicidad, no muy favorable al diálogo con las confesiones religiosas, algo tan útil en casos de emergencia, sanitaria o no. Finalmente, por ser justos, en estas medidas del gobierno nacional sobre asistencia a los lugares de culto, a diferencia de lo ocurrido después en el ámbito autonómico y en otros lugares del mundo, pudo haber restricción

de derechos y libertades de dudosa proporcionalidad, pero no un trato discriminatorio. Recordemos que los lugares de culto ni se cerraron, ni sus actividades religiosas de culto público se suspendieron por mandato o consejo del gobierno, sino por decisión propia de las confesiones en los lugares que lo hicieron.

Y así se llegó al Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se acordó un nuevo estado de alarma para todo el territorio nacional, previendo el gobierno su prolongación por seis meses, según evolucionara la situación. Este Real Decreto dejaba en las Comunidades autónomas la aplicación de las medidas concretas sobre aforo o libre circulación de personas, indicando con carácter general el límite de 6 personas para las reuniones en espacios públicos y privados (artículo 7), mientras que, para los lugares de culto, el artículo 8 preveía la fijación de límites de aforo por la autoridad competente delegada (las Comunidades), según el riesgo de transmisión que hubiera en los encuentros colectivos, indicando que “dicha limitación no podrá afectar en ningún caso al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa”.

1. 2. *Medidas de los gobiernos autonómicos*

Una vez suspendido el estado de alarma nacional a finales de junio, las Comunidades autónomas, que tanto habían insistido en ello, fueron las que empezaron a regular la cuestión de los aforos, así como las medidas de distancia e higiene, afectando a la asistencia religiosa y al acceso a los lugares de culto, sin ser muy conscientes del alcance nacional e internacional del problema al que se enfrentaban, como si sus decisiones unilaterales fueran a contener una enfermedad como esta. En la mayoría de los casos se pasó de una regulación inicial, tras la primera ola de la pandemia, a otra más estricta cuando creció el número de infectados, más rigurosa aún en los lugares de mayor incidencia, hasta que llegó el otoño, momento en el que ya prácticamente nada era descartable, desde el cierre de zonas o ciudades, confinamiento perimetral, hasta el retroceso de fase o la adopción de medidas excepcionales como el control de horarios nocturnos. Por razones de espacio, nos centraremos en Madrid y Cataluña.

1. 2. 1. Comunidad autónoma de Madrid

En virtud de las leyes de carácter general indicadas y del artículo 55 §1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, fue aprobada la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad que, además de recordar las medidas comunes (distancia mínima interpersonal de metro y medio, uso de mascarilla y el resto de medidas de higiene), dispuso, en el apartado dedicado a las actividades de carácter social, además del límite del aforo del lugar de culto al 75% de su capacidad y de la

exigencia de la aprobación de la autoridad municipal en el caso de celebraciones en el exterior de los edificios o en la vía pública, una serie de condiciones de seguridad e higiene para el desarrollo de esas actividades, medidas que reproducían las que indicara el Ministerio de Sanidad en el artículo 9 de la Orden SDN/399/2020, de 9 de mayo, es decir: obligación del uso de mascarilla a la entrada, salida y en su interior; exigencia de su desinfección diaria y regular, así como de la disposición al público de dispensadores de geles hidroalcohólicos; límite de la duración del encuentro al menor tiempo posible; prohibición de agua bendita o de abluciones rituales, así como de tocar o besar objetos, además de otras formas de contacto personal; prohibición de coros durante la celebración; o exigencia de alfombras personales y de la colocación del calzado embolsado y separado en los lugares estipulados. Más específicamente, en el caso de velatorios y entierros, se limitaba el aforo del lugar al 75%, al tiempo que, siguiendo el artículo 8 de la Orden SDN/458/2020, de 30 de mayo, la participación en el entierro o cremación se reducía a un máximo de 50 personas, además del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida. Por su parte, en el caso de bodas u otras ceremonias religiosas, siguiendo el dictado del artículo 10 de la Orden ministerial de 30 de mayo, esta Orden de la Consejería de Sanidad del 19 de junio indicó que podrían realizarse en toda instalación, pública o privada, al aire libre o en espacios cerrados, sin superar el 75% por ciento de su aforo, pudiendo asistir un máximo de 150 personas en espacios al aire libre o de 75 personas en espacios cerrados.

Para el resto de los locales comerciales y de hostelería, de las actividades culturales y espectáculos (bibliotecas, museos, cines o teatros, plazas, recintos e instalaciones taurinas), así como en el caso de casinos, bingos o locales de apuestas, se mantuvo la exigencia general de distancia interpersonal o de medidas alternativas de protección física con el uso de la mascarilla, fijando límites de aforo del 60%, hasta el 5 de julio de 2020, o del 75%, desde el 6 de julio. Sin embargo, a las discotecas y a los bares de ocio nocturno se les permitió la reapertura a partir del 6 de julio, pudiendo las terrazas abrir antes al 80%, al 100% desde el 6 de julio, y en relación con las instalaciones deportivas podrían tener asistencia de público sentado al 75% de su aforo hasta el 5 de julio y, desde el 6 de julio, sin límite de aforo, sentados hasta un límite máximo de 300 personas en lugares cerrados y de 1000 para actividades al aire libre, respetando la distancia de seguridad. Así, al distinguir lugares y aforos en ellos, se fue discriminando, sin explicar muy bien la razón y necesidad de ese trato distinto, lo que fue agravándose con las medidas siguientes cuando la diferencia de los lugares de culto con los restaurantes fue llamativa.

En efecto, el aumento de contagios hizo que, después del verano, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por medio de la Orden

1047/2020, de 5 de septiembre, actualizara las medidas tomadas, rebajando el aforo de los lugares de culto del 75 al 60%, manteniendo las medidas generales de seguridad e higiene fijadas por las autoridades sanitarias, como la distancia interpersonal de metro y medio, así como la obligación del uso de la mascarilla, todo ello mientras que el aforo de otros locales bajaba igualmente del 75 al 60%. Poco después, por medio de las Órdenes 1178/2020, de 18 de septiembre y 1226/2020, de 25 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, la Comunidad de Madrid tuvo que limitar el movimiento en varias zonas de la capital en las que redujo el aforo de los lugares de culto a un tercio de su capacidad, dejando al 50% el aforo de comercios y restaurantes, hasta que, en cumplimiento de la Orden del Ministerio de Sanidad, la Consejería de Sanidad de Madrid, por Orden 1273/2020, de 1 de octubre, extendió ese límite de la tercera parte del aforo a todos los lugares de culto de la ciudad de Madrid, mientras que dejaba el resto de los locales al 50% de su aforo. Más tarde, una nueva Orden (la 1322/2020, de 9 de octubre) aplicó esto mismo a otros municipios de Madrid, en cumplimiento ahora del Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declaraba el estado de alarma en la Comunidad de Madrid. Cuando acabó esta situación, la Comunidad, tres días antes de la entrada en vigor del nuevo estado nacional de alarma, decidió volver al criterio de confinamiento perimetral por sendas Órdenes 1404/2020 y 1405/2020, de 22 de octubre, indicando unas zonas en las que el aforo de los lugares de culto quedaría restringido al tercio, siendo de la mitad en el resto.

1. 2. 2. Comunidad autónoma de Cataluña

Si pasamos ahora a Cataluña, una Resolución del 11 de marzo de 2020 de su departamento de salud, SLT/704/2020, antes por tanto a la declaración nacional del estado de alarma y por un periodo de dos semanas, susceptible de revisión según la evolución de la pandemia, limitaba las actividades religiosas en espacios con aforos inferiores a mil personas a un tercio de su capacidad, quedando suspendidas las que superaran el millar de personas, asimilando esta clase de actividades a los espectáculos públicos y recreativos, culturales y de ocio.

Al término del estado de alarma nacional, como consecuencia del Decreto de nueva gobernanza de la emergencia sanitaria 63/2020, de 18 de junio, Cataluña, por una nueva Resolución de su departamento de salud, SLT/1429/2020 de 18 de junio, fijó con carácter general una distancia mínima interpersonal de metro y medio a respetar en todos los lugares (parece que ese sería el aforo permitido hasta mil personas o dos mil con asientos preasignados), así como el uso de mascarilla siempre que no fuera posible respetar esa distancia mínima, sin contemplar nada específico sobre lugares de culto.

Desde entonces se han ido adoptando nuevas versiones de esta resolución en los meses de agosto y septiembre. El 28 de agosto, la Resolución SLT/2107/2020 limitó los encuentros y reuniones de carácter social a diez personas, pero excluyó de esta prohibición las actividades de culto y servicios religiosos (apartado dos), algo que fue prorrogado el 10 de septiembre por otra Resolución (SLT/2207/2020). Y el 26 de septiembre, una Resolución más limitó el número de personas en encuentros y reuniones de carácter social a seis, exceptuando nuevamente a las actividades de culto y servicios religiosos (SLT/2325/2020), algo que fue prorrogado el 8 de octubre (SLT/2480/2020). Todo ello hasta que a mediados de ese mes (SLT/2546/2020, de 15 de octubre), y por dos semanas, fue limitado el aforo de los lugares de culto al 50% de su capacidad en toda Cataluña, igual que los gimnasios, teatros y cines, dejando los centros comerciales al 30% como en la fase 1, mientras se cerraron bares y restaurantes, prohibiendo ferias y congresos. Además, en algunos casos aislados, sí se tomaron medidas específicas sobre ciertas zonas (trece municipios, entre ellos, el de Barcelona), como la Resolución SLT/1746/2020, de 17 de julio, sin excepción para los lugares de culto, restringiendo entonces los servicios religiosos a diez personas, al igual que cualquier otra reunión social. Para finalmente solicitar al gobierno nacional la declaración del estado de alarma en su Comunidad el 23 de octubre a fin de poder decretar un toque de queda nocturno, lo que ya sabemos les fue concedido. El 25 de este mes, coincidiendo con el decreto del estado de alarma nacional, Cataluña publicó la Resolución SLT/2620/2020 sobre restricción de movimientos en esta nueva situación sin alterar nada de lo ya dispuesto acerca de los lugares de culto y la asistencia religiosa en ellos.

2. EL CULTO RELIGIOSO EN USA DURANTE LA COVID-19

USA es una unión federal de 50 Estados, más el Distrito de Columbia, así como una serie de territorios no incorporados. El poder ejecutivo de la Unión lo ejerce el presidente desde la Casa Blanca con los distintos departamentos y agencias de la administración, mientras que el legislativo reside en las dos Cámaras del Congreso (la Cámara de Representantes y el Senado), quedando distribuido el poder judicial en una serie de circuitos con el Tribunal Supremo en la cúspide del sistema. Cada Estado reproduce esta estructura: el gobernador ejerce el poder ejecutivo, el Congreso estatal legisla, y su Tribunal Supremo encabeza el poder judicial.

2. 1. *El gobierno federal*

El primer caso confirmado de SARS-CoV-2 en USA tuvo lugar el 21 de enero de 2020 en el Estado de Washington. A principios del mes siguiente se produjeron las primeras muertes y, a fines de marzo, ya se había extendido

el coronavirus por todo el país. Las medidas del ejecutivo y legislativo nacional tuvieron que ver con la seguridad nacional y la economía del país, tras la proclamación de emergencia nacional del presidente Trump del 13 de marzo. Ni el legislativo ni el ejecutivo federal intervinieron en la cuestión de la apertura o cierre de locales, entre ellos los de culto, o en la asistencia religiosa, siendo los gobernadores de los Estados los que fueron ocupándose de esos asuntos. Eso sí, algunas de las medidas estatales fueron tan restrictivas para la libertad religiosa que provocaron la inmediata reacción de Trump, instando a respetar los derechos de los ciudadanos y, en concreto, el libre ejercicio de la religión. En el mes de mayo, Trump no podía entender que continuaran cerrados los lugares de culto, mientras que las tiendas de licor o los abortorios siguieran abiertos, por lo que dijo que esos lugares de culto (iglesias, mezquitas o sinagogas) eran esenciales, prestando servicios esenciales y manteniendo unida a la sociedad. Los gobernadores debían abrirlos ya, porque el país ahora necesitaba rezar más, no menos.² Y así fue como la agencia encargada del control y prevención de enfermedades (“Centers for Disease Control and Prevention, CDC”) publicó el 23 de mayo unas directrices³ que sirvieron a los Estados para reabrir los lugares de culto. Antes, otra agencia federal, la “Cybersecurity and Infrastructure Security Agency, CISA”, dependiente del “U.S. Department of Homeland Security”, había publicado el 19 de marzo unas reglas sobre infraestructuras críticas o esenciales que sirvieron a los Estados, que así lo quisieron, para mantener abiertos los lugares de culto.⁴

Por su parte, el fiscal general William Barr recordó el 27 de abril que la Primera Enmienda y las leyes federales prohibían la discriminación contra las instituciones religiosas y los creyentes, pidiendo un equilibrio entre las medidas de seguridad pública y la salvaguarda de los derechos civiles.⁵ Este Departamento cuenta con una sección encargada de la defensa de los derechos civiles cuyo responsable ya había dicho que no existía ninguna excepción para las garantías de la libertad religiosa por esta situación de pandemia, de

² Cfr. D. TRUMP, *Press Briefing by Press Secretary*, May 22, 2020, en <https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/press-briefing-press-secretary-kayleigh-mcnenany-052220/>. Todas las páginas de internet citadas en este artículo fueron visitadas en el mes de diciembre de 2020, salvo que se indique otra cosa, como aquí que lo ha sido en febrero de 2021.

³ Cfr. CDC, *Considerations for Communities of Faith*, May 23, 2020, en <https://www.cdc.gov/coronavirus/>.

⁴ La primera versión de estas directrices de la CISA (“Memorandum on Identification of Essential Critical Infrastructure Workers during COVID-19 Response”) está disponible en: <https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/CISA-Guidance-on-Essential-Critical-Infrastructure-Workers-1-20-508c.pdf>.

⁵ Cfr. W. BARR, Attorney General, *Memorandum for the Assistant Attorney General for Civil Rights and all United States Attorneys: Balancing Public Safety with the Preservation of Civil Rights*, April 27, 2020, en <https://www.justice.gov/opa/page/file/1271456/download>.

modo que los gobiernos, protegiendo la salud y seguridad de las reuniones religiosas, no podían imponer restricciones especiales sobre esas actividades que no se aplicaran a otras similares: “si un gobierno ordena el cierre de los lugares de culto o limita su aforo, esos mismos límites deben aplicarse a cines, restaurantes, salas de conciertos, y otros lugares similares de reunión”.⁶

2. 2. *Los gobiernos estatales*

Los gobernadores de cada Estado fueron los que tuvieron que enfrentarse a la situación de emergencia nacional que supuso la COVID-19. Según la enfermedad avanzaba, las medidas se sucedían: de unas primeras disposiciones particulares, se pasó a órdenes generales (“Executive Orders”) que restringieron derechos y libertades fundamentales, confinando a las personas en sus casas (“stay-at-home orders”) para frenar la difusión del virus, órdenes que se fueron revisando según la situación lo exigía y que, seis meses después, aún seguían estando en vigor, lo que ya de por sí entrañaba una importante anomalía constitucional. Así, por ejemplo, el 12 de marzo, West Virginia restringió las visitas a los asilos y, al día siguiente, cerró las escuelas; el 15 de marzo, la ciudad de New York ordenó el cierre de las escuelas públicas; dos días después, el 17 de marzo, Virginia prohibió las reuniones de más de 10 personas, y Ohio aplazó las cirugías que no fueran necesarias; el 19 de marzo, California ordenó a su población que se quedara en casa; al día siguiente, el Estado de New York cerró todo negocio que no fuera esencial (incluidos los lugares de culto); y, el 22 de marzo, este último Estado confinaba a la población en sus hogares.⁷ Y así, desde ese primer momento, los Estados acudieron al criterio del carácter esencial-crítico o no del servicio prestado. Algunas de esas decisiones fueron polémicas, como las relativas a las tiendas de armas o a los servicios en materia de abortos (estando implicadas dos Enmiendas constitucionales, la Segunda y la Decimocuarta), pero también el trato recibido por las licorerías (Pennsylvania), los casinos (Nevada) o los negocios de cannabis (California y Colorado). Si Massachusetts dijo

⁶ Cfr. E. S. DREIBAND, *How the Justice Department is standing up for Civil Rights amid Coronavirus Pandemic*, April 9, 2020, en <https://www.justice.gov/opa/blog/washington-examiner-op-ed-how-justice-department-standing-civil-rights-amid-coronavirus>.

⁷ A 24 de diciembre de 2020, la mayoría de los negocios seguían cerrados en Washington, Oregon, California, New Mexico, Minnesota, Illinois, y Pennsylvania, no así los lugares de culto, exigiendo algunos condados de California el desarrollo de sus actividades al aire libre. Por su parte, las mascarillas eran obligatorias en la mayoría de los Estados, salvo en Idaho, South Dakota, Nebraska, Oklahoma, Missouri, Tennessee, Georgia y Florida. Finalmente, California, Ohio, y North Carolina, además de Puerto Rico, mantenían órdenes de permanencia en los hogares (“stay-at-home orders”), cfr. THE NEW YORK TIMES, *See Coronavirus Restrictions and Mask Mandates for All 50 States*, en <https://www.nytimes.com/interactive/2020/us/states-reopen-map-coronavirus.html>.

que el aborto era un servicio esencial, Texas creyó lo contrario para ciertos casos de aborto, no así para la venta de armas que pensó era esencial, a diferencia de Pennsylvania.

Es verdad que los gobernadores, para estos casos, siempre han gozado de un amplio margen de discreción a la hora de decidir el carácter esencial o no de los servicios, sin tener que dar demasiadas explicaciones, máxime en una situación tan excepcional y novedosa como esta. Que la gente necesitaba comer, ir al médico, o contar con seguridad pública (policía o bomberos) era algo evidente. El problema podría surgir con otros servicios cuyo carácter esencial no fuera tan claro, pues uno podía comer en su casa y no en un restaurante, pasar sin consumir alcohol, fumar marihuana, o jugar al blackjack. O tal vez no. Y es que esto respondía a juicios de valor que podrían ser distintos. El problema se presentaría cuando la consideración de algo como esencial o bien careciera de toda razón, incurriendo así en arbitrariedad, o bien quisiera tratar de modo distinto situaciones similares, con una actitud discriminatoria, cuando no hostil, hacia lo que restringía. Ante esto, los gobernadores buscaron refugio en un viejo y discutido caso del Supremo (*Jacobson v. Massachusetts*, 1905), como luego veremos, para no considerar esencial un servicio. En ese caso o bien cerraron el local en el que se prestaba o bien redujeron su aforo para garantizar la distancia social.

Pues bien, en el caso de los servicios religiosos, las soluciones de los Estados fueron oscilando entre su autorización (o bien sin límites o con algunas restricciones) y su prohibición, entre la apertura y el cierre del lugar de culto. La mayoría de ellos optaron por la autorización, en las dos opciones señaladas, al considerar que eran servicios esenciales. De hecho, algunos Estados (15) los consideraron tan esenciales que no limitaron la asistencia (siguiendo lo indicado el 19 de marzo por la CISA que marcaba el carácter esencial de ciertas actividades, como ya sabemos),⁸ mientras que en el resto, el grupo más numeroso (23 Estados, más el Distrito de Columbia), sí que lo hicieron, regulando el aforo según se tratara de un espacio cerrado o al aire libre y según la fase de desescalada en la que se encontraran (bien limitando el número de personas, 250, 100, 50, 10, o hasta 5, o fijando un porcentaje no superior al 30, al 50 o al 60% de la capacidad del lugar de culto),⁹ la distancia

⁸ Autorizaron los servicios religiosos sin límite, manteniendo abiertos los lugares de culto, más allá de ciertas medidas como la distancia social, Arizona, Arkansas, Florida, Georgia, Michigan, Mississippi, North Dakota, Ohio, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, y West Virginia. Ohio aprobó una ley en septiembre (H.B. 272) para que los funcionarios no pudieran cerrar los lugares de culto. Lo mismo acaba de hacer Arkansas en febrero de 2021 (Arkansas Act 94, H.B. 11211).

⁹ Fue el caso de Connecticut, Colorado, Delaware, Distrito de Columbia, Hawaii, Iowa, Indiana, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Missouri, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, Virginia, Wisconsin, y Wyoming.

social u otras cuestiones (2 Estados).¹⁰ Y es aquí donde surgieron los problemas, al discriminar a los lugares de culto en relación con otras actividades seculares en situación similar, fueran los casinos de Nevada, las tiendas de licor en Colorado, los restaurantes o negocios de marihuana de California, o las tiendas de bricolaje o ferretería, algo de difícil justificación, por lo que muchas de esas medidas acabaron en los tribunales. De todos modos, como en España, al menos en esos dos primeros casos, es decir, la autorización de apertura con límites o sin ellos (todos los Estados menos once),¹¹ si los lugares de culto no abrieron o no permitieron servicios públicos fue por decisión propia. Pues bien, por razones de espacio, nos ocupamos aquí de los Estados de California y New York, liderados por los gobernadores demócratas Newsom y Cuomo.

En el caso de California, tras la proclamación del estado de emergencia el 4 de marzo de 2020, la EO 33-20, de 19 de marzo, que ordenó a la gente no salir de sus casas, solo autorizó las actividades esenciales o las infraestructuras críticas que protegieran la salud y bienestar de los ciudadanos. Esos servicios críticos o esenciales eran los de la agencia federal CISA, según hizo saber el departamento de salud de California, figurando dentro de las 16 categorías indicadas, por ejemplo, las tiendas de alimentación y comercios, también por internet, como los servicios de Amazon, tiendas de ferretería y bricolaje, la industria de la televisión o del cine de Hollywood, pero no la asistencia religiosa presencial. En cambio, sí que eran esenciales las actividades sociales, asistenciales o caritativas (alojamiento, comida y servicios sociales) que realizaran esos lugares de culto. Más tarde, el 22 de marzo, las funciones relativas a los servicios religiosos online sí que fueron consideradas esenciales. Y un mes después, el 28 de abril, el departamento de salud amplió la lista de esos servicios permitidos para incluir ahora también los servicios de lavandería y tintorería, las actividades profesionales como los despachos de abogados, o las actividades o servicios necesarios para el lucrativo negocio del cannabis. En mayo, el gobernador Newsom manifestó su plan de deses-

¹⁰ Fue el caso de: Alabama (prohibiendo toda reunión que no mantuviera una distancia de 6 pies, pidiendo a las organizaciones religiosas que lo cumplieran); o Delaware (este Estado llegó a exigir una distancia social en los lugares de culto que afectó al trabajo de los ministros, desde el uso de mascarillas hasta la administración de sacramentos, como el bautismo o la comunión, algo ausente en otras actividades de carácter secular, razón por la que fueron denunciadas sin que el tercer circuito fallara a favor del demandante, un pastor baptista, cfr. *Bullock v. Carney*, 806 Fed.Appx. 157 (Mem) (3rd Cir., May 30, 2020), decisión que confirmó, con el voto en contra de uno de los jueces del panel, la recurrida: *Bullock v. Carney*, 463 F.Supp.3d 519 (D DE, May 29, 2020)).

¹¹ Una decena de Estados cerraron los lugares de culto en los primeros momentos de la pandemia, por no entender que sus servicios fueran esenciales o vitales. Además de California y New York, el resto de estos Estados fueron: Alaska, Idaho, Illinois, Kentucky, Minnesota, Montana, New Jersey, Vermont, y Washington.

calada (“Resilience Roadmap”) en su EO 60-20 que el departamento estatal de salud desarrolló, relegando los lugares de culto a una fase 3, en el mismo plano que los cines, salones de belleza, gimnasios o las tiendas de tatuajes, después así de los restaurantes de comida rápida o de los negocios de marihuana. Esto provocó que la oficina de derechos civiles del Departamento de Justicia, en carta de 19 de mayo, le hiciera saber a Newsom que discriminaba los servicios religiosos, atentando contra los derechos y libertades de los californianos,¹² lo que animó a los cristianos a no esperar más para abrir sus lugares de culto, decidiendo hacerlo el 31 de mayo, domingo de Pentecostés, con o sin orden estatal que lo autorizara.

No fue necesario desobedecer, pues, el 25 de mayo, Newsom anunció que los condados podrían, por un plazo de 21 días, autorizar la reapertura de los lugares de culto, aunque limitando la asistencia en ellos al 25% del aforo con un máximo de 100 personas. Buscaba evitar los litigios que se estaban planteando. Al día siguiente, Newsom dijo que los salones de belleza también podrían abrir en igualdad de condiciones, haciéndolos pasar de la fase 3 a la fase 2. Y el 1 de julio fue prohibido el canto en los lugares de culto, marcando una distancia física para las reuniones al aire libre de al menos seis pies entre grupos de diferentes hogares, cosa que no pedía para otras actividades no religiosas. Así se llegó al 13 de julio, cuando el gobernador volvió a impedir el culto religioso en una treintena de condados con el 80% de la población, entre ellos, los de Los Angeles y San Diego, que regresaban así a la fase 1, aunque permitiendo los servicios sociales o asistenciales de esas iglesias. Asimismo, no se permitió el canto en los lugares de culto de los condados no afectados, a diferencia de otras actividades seculares, así como grupos de biblia o pequeños grupos de oración en las casas. Esto fue denunciado de nuevo, en un momento en el que no solo se permitían, sino que se alentaban las protestas político- raciales lideradas por el movimiento “Black Lives Matter, BLM”. Una guía del 29 de julio sobre actividades religiosas en el Estado prohibió el canto en los lugares de culto, exigiendo el uso de mascarillas en ellos. Y el 28 de agosto California aprobó la política sobre cierre de establecimientos (“Blueprint for a Safer Economy”) distinguiendo niveles de riesgo del 1 al 4 por colores y fijando restricciones específicas por actividades y sectores ajustadas periódicamente por condados. En el nivel más alto de riesgo (“Tier 1-Widespread”, generalizado en morado) solo se permitían reuniones religiosas y celebraciones en lugares de culto al aire libre con restricciones, mientras que, en el nivel 2 (“Tier 2-Substantial”, sustancial en rojo), se permitían reuniones religiosas en el interior, pudiendo los lugares de culto abrir sus puertas hasta el 25% de su capacidad o un número de 100 personas, lo

¹² Cfr. USDOJ, OFFICE OF CIVIL RIGHTS DIVISION, *Letter to Governor Newsom*, May 19, 2020, en <https://www.politico.com/f/?id=00000172-3334-d930-a77f-b3b7e1a50000>.

que fuera menor. Por su parte, en el nivel 3 (“Tier 3-Moderate”, moderado en naranja), el límite se elevaba en el interior de los lugares de culto al 50% de su capacidad o al número de 200 personas, si este fuera menor, quedando al 50% de su capacidad en el nivel más bajo (“Tier 4-Minimal”, mínimo en amarillo).¹³

Así se llegó a octubre con 18 condados y 15 millones de personas (entre ellos, la ciudad de Los Angeles) sin servicios religiosos en el interior de los lugares de culto, mientras que podían operar sin restricciones los centros comerciales, salones de belleza, restaurantes, espectáculos en televisión, lavanderías, o empresas de manufacturación de carne.¹⁴ Y el 19 de noviembre, una semana antes del día de Acción de Gracias, el departamento estatal de salud aprobó una nueva orden estatal confinando en sus hogares a los residentes en ciertos condados desde las 10 de la noche hasta las 5 de la mañana, por el plazo de un mes, desde el 21 de noviembre hasta el 21 de diciembre. Por su parte, el condado de Los Angeles prohibió, del 30 de noviembre al 20 de diciembre, toda reunión pública o privada entre personas de distintos hogares, a excepción de los servicios religiosos y de las protestas, por ser derechos protegidos constitucionalmente. Y, a primeros de diciembre, el gobernador Newsom dio a conocer su intención de imponer órdenes de permanencia en los hogares por regiones cuando sus hospitales estuvieran sobrecargados, a más del 85% de su capacidad, permitiendo los servicios religiosos según los niveles fijados en el *Blueprint* de agosto.¹⁵ Y es que, ese

¹³ Cfr. *Blueprint for a Safer Economy, Activity and Business Tiers*, en https://www.cdph.ca.gov/Programs/CID/DCDC/CDPH%20Document%20Library/COVID-19/Dimmer-Framework-September_2020.pdf.

¹⁴ Cfr. *Harvest Rock Church v. Newsom*, 977 F.3d 728, at 731 (9th Cir., October 1, 2020) [O’Scannlain, J., dissenting].

¹⁵ Cfr. CALIFORNIA DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH, *Regional Stay at Home Order*, December 3, 2020, en <https://www.gov.ca.gov/wp-content/uploads/2020/12/12.3.20-Stay-at-Home-Order-ICU-Scenario.pdf>. Una guía orientativa de las medidas sobre los lugares de culto en la página oficial del gobierno “California All”: <https://covid19.ca.gov/industry-guidance/#worship>. Pues bien, el 21 de diciembre de 2020, después de haberse enfrentado el Tribunal Supremo a la validez de una orden del gobernador de New York, como veremos ahora, un tribunal federal de distrito, aplicando el test *Smith-Lukumi*, juzgó que esta regulación de California se ajustaba a derecho sin suponer una violación de la cláusula de libre ejercicio incluso bajo el escrutinio más riguroso, aunque no fuera necesario recurrir a él por tratarse de una regulación neutral y de general aplicación. De este modo, el tribunal inferior no creyó necesario seguir la misma solución del Supremo por tratarse de casos distintos, sin que la normativa estatal comprometiera la garantía constitucional de separación (*establishment clause*): *Harvest Rock Church v. Newsom*, Case No. 2:20-cv-06414-JGB-KK, 2020 WL 7639584, at *4-10 (CD CA, December 21, 2020) [Bernal, J.]. Y, dos días después, otro tribunal de California mantuvo la validez de la orden ejecutiva del 3 de diciembre en coherencia con los precedentes del Supremo (*Roman Catholic Diocese*) y del noveno circuito (*Dayton Valley*), siendo casos distintos: *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, Case No. 20-cv-00865-BAS-AHG, 2020 WL 7488974, at *11-12 (SD CA, December 21, 2020) [Bashant, J.]. Esta decisión fue confirmada

mismo 3 de diciembre, el Tribunal Supremo había accedido a lo pedido por un conjunto de Iglesias cristianas establecidas en los condados de Pasadena, Los Angeles, Riverside u Orange, en contra de las órdenes del gobernador, anulando la decisión del tribunal federal de distrito y reenviando el caso para que procediera según lo que el Supremo había dispuesto el 25 de noviembre en los casos de New York (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn*).¹⁶ Y el 5 de febrero de 2021, el Tribunal Supremo concedió en parte, en el caso *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay II* (2021),¹⁷ mientras el caso estaba en apelación, la medida cautelar solicitada por los demandantes contra la orden de diciembre del gobernador Newsom que aplicaba el Plan de agosto. El Tribunal decidió suspender la prohibición de los servicios de culto en interiores en las iglesias situadas en el nivel 1, aunque se permitió el límite de capacidad del 25%. En esta ocasión, el Tribunal Supremo también decidió mantener la prohibición de cantar y entonar himnos en el interior de las iglesias. Todo ello sin perjuicio de que los demandantes presentaran nuevas pruebas ante el tribunal de distrito para demostrar que el Estado no estaba aplicando dicho porcentaje y la prohibición de cantar de forma generalizada.

Pasando ahora al Estado de New York, el gobernador Cuomo ordenó el cierre de los lugares de culto en una localidad de un condado del Estado el 10 de marzo. Dos días después, prohibió toda reunión de más de 500 personas (EO 202.1, de 12 de marzo) y luego de 50 (EO 202.3, de 16 de marzo), disponiendo a continuación (EO 202.6, de 18 de marzo) que todo negocio no esencial, desde el día 20, redujera su plantilla al 50%, exigiendo, en unas directrices de ese día, que toda reunión no esencial fuera cancelada o pospues-

por un panel del noveno circuito el 22 de enero de 2021 aplicando el estricto escrutinio según el Supremo había dicho en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn: South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, 985 F.3d 1128, at 1140-1151 (9th Cir., January 22, 2021) [Wardlaw, J.]. Lo que sí consideró fue que las limitaciones de 100 y 200 personas en los niveles 2 y 3 podrían no responder a un poderoso interés estatal siendo las medidas menos restrictivas posibles, razón por la que envió el caso al tribunal de distrito para que procediera a su evaluación según el estricto escrutinio (at *17-18). Y además de considerar que las restricciones sobre las actividades de canto eran válidas al superar el nivel menos restrictivo del examen racional (at *18). Una semana más tarde, un tribunal de distrito en otro caso siguió estos precedentes al confirmar algunas de las restricciones de California (las relativas al nivel 1, por pasar la prueba de escrutinio estricto) y rechazar otras (los límites de capacidad de 100 y 200 personas en los niveles 2 y 3): *Gateway City Church v. Newsom*, Case No. 5:20-cv-08241-EJD, 2021 WL 308606, at *8-14 (ND CA, January 29, 2021) [Davila, J.]. Esta decisión fue confirmada por el noveno circuito en *Gateway City Church v. Newsom*, Case No. 21-15189 (9th Cir., February 12, 2021). El Supremo, sin embargo, permitió a las iglesias demandantes la celebración de sus servicios dentro de sus lugares de culto mientras continuara la apelación, en aplicación de la decisión del Supremo *South Bay II: Gateway City Church v. Newsom*, Case No. 20A138, 2021 WL 753575 (February 26, 2021).

¹⁶ Cfr. *Harvest Rock Church v. Newsom*, 141 S.Ct. 889 (December 3, 2020).

¹⁷ Cfr. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay II*, 141 S.Ct. 716 (February 5, 2021).

ta, sin ordenar aun el cierre de los lugares de culto, pero sí prohibiendo los servicios religiosos de más de 50 participantes. Sin embargo, el 20 de marzo (EO 202.8), la plantilla ya fue reducida al 100%, lo que supuso el cierre del negocio no esencial, prohibiendo el 23 de marzo (EO 202.10) toda reunión en cualquiera de estos negocios, sin que los lugares de culto fueran esenciales. Así quedó la cosa hasta que la EO 202.32, de 21 de mayo (dos meses después), levantó la prohibición de las reuniones no esenciales, permitiéndolas ahora hasta el límite máximo de 10 personas, subiendo al 25% de la capacidad del lugar al entrar el 6 de junio en la fase 2, mientras que el aforo de otros negocios se ponía en el 50%. Poco tiempo después, el 24 de junio, se pasó del 25 al 33% (fase 4), hasta que un tribunal de distrito condenó el trato arbitrario y discriminatorio que recibían esos lugares de culto en comparación con otros no esenciales semejantes, fijando entonces su límite en el 50%.¹⁸

Así se fue funcionando hasta que llegó la segunda oleada de la pandemia a primeros de octubre de 2020. En este momento, el gobernador limitó el aforo de los lugares de culto en ciertos distritos de la ciudad de New York (Brooklyn y Queens), así como en tres condados del Estado (Broome, Orange y Rockland), todos ellos con gran población judía ortodoxa. La nueva normativa (EO 202.68 de 6 de octubre), aprobada por un mínimo de dos semanas, contemplaba sanciones de hasta 15 mil dólares. Se decidió dividir las zonas de mayor incidencia en tres áreas con restricciones distintas: en la roja, los lugares de culto se limitaron al 25% de su capacidad con un máximo de 10 personas, volviendo así a la fase 2; en la naranja, al 33% de su capacidad, con un máximo de 25 personas; y en la amarilla, al 50%. El alcalde demócrata Bill de Blasio de la ciudad de New York decidió aplicar las medidas en las zonas previstas el jueves 8 de octubre, siendo impugnadas dos días después por la diócesis católica de Brooklyn y por un par de sinagogas, aunque sin éxito hasta que el Tribunal Supremo, sin esperar a la resolución de estos casos por el segundo circuito, con vista fijada para el 18 de diciembre, decidió bloquear la orden gubernamental en su aplicación a los servicios religiosos de los demandantes el 25 de noviembre en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Cuomo* (2020), una decisión 5 a 4 que contó con el voto decisivo de la juez Amy Coney Barrett¹⁹ y a la que se acaba de referir el noveno cir-

¹⁸ Cfr. *Soos v. Cuomo*, 470 F.Supp.3d 268 (ND NY, June 26, 2020).

¹⁹ El 16 de octubre un tribunal federal de NY falló en contra de la diócesis católica de Brooklyn, no bloqueando la orden del gobernador, tras 479 mil personas infectadas y 25 mil muertos en ese Estado: *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, Case No. 1:20-cv-04844-NGG-CLP, 2020 WL 6120167 (ED NY, October 16, 2020) [Garaufis, J.]. Siguiendo lo dispuesto por el Supremo en *South Bay I*, el tribunal creyó que la medida estatal era neutral y de general aplicación, no afectando a los lugares de culto por su carácter religioso, sino por concentrar a la gente muy cerca en espacios cerrados, sin existir discriminación. Esta decisión fue recurrida al segundo circuito el 20 de octubre. Por su parte, el tribunal de distrito hizo lo mismo

cuito como un “cambio sísmico” en el derecho de libre ejercicio al pasar del examen racional de la medida al más estricto escrutinio.²⁰

2. 3. El SARS-CoV-2 en los tribunales

Cuando los tribunales federales se enfrentaron a la cuestión de la validez de las órdenes ejecutivas que restringían el libre ejercicio religioso, no todos lo vieron igual. Mientras tres tribunales de apelación (los circuitos quinto y sexto antes de la primera intervención del Tribunal Supremo en la materia el 29 de mayo, así como el segundo circuito después de la decisión del Supremo de 25 de noviembre)²¹ consideraron que las órdenes de los Estados de

en el caso de dos sinagogas (*Agudath Israel of America v. Cuomo*, Case No. 1:20-cv-04834 (ED NY, October 9, 2020)), decisión también recurrida. Pues bien, el 9 de noviembre, el segundo circuito rechazó bloquear los límites que había impuesto el Estado en una decisión conjunta para ambos casos, fijando el 18 de diciembre como fecha para resolverlos: *Agudath Israel of America et al. v. Cuomo, Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 979 F.3d 177 (2nd Cir., November 9, 2020). La diócesis pidió al Supremo (Case No. 20A87) medidas cautelares mientras el caso estuviera en apelación, pues continuaban seis de sus iglesias en la zona naranja de Brooklyn, como también lo hicieron las dos sinagogas (Case No. 20A90). Mientras tanto, el Estado de NY le hizo saber al Tribunal que las restricciones no afectaban ya a las iglesias católicas a partir del 20 de noviembre, tras la rápida maniobra del gobernador de NY que hizo pasar esa área en la que se encontraban las iglesias de la zona naranja a la amarilla por sus buenos resultados, mientras que al día siguiente le llegó al Supremo otro escrito de la fiscal general de NY en el que aseguraba que las dos sinagogas demandantes no se verían sujetas más a las restricciones impugnadas. El Supremo, sin embargo, intervino en estos casos, bloqueando el 25 de noviembre la orden ejecutiva del gobernador en una opinión *per curiam* respaldada por sus cinco jueces conservadores, logrando la mayoría gracias a la juez Barrett. Finalmente, el 28 de diciembre, un panel del segundo circuito falló en contra de la orden gubernamental de Cuomo en *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 983 F.3d 620 (2nd Cir., December 28, 2020).

²⁰ Cfr. *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 982 F.3d 1228, at 1232 (9th Cir., December 15, 2020) [Smith, J.]: “...arguably represented a seismic shift in Free Exercise law”.

²¹ Cfr. *First Pentecostal Church v. City of Holly Springs*, 959 F.3d 669 (5th Cir., May 22, 2020); *Maryville Baptist Church v. Beshear*, 957 F.3d 610 (6th Cir., May 2, 2020); y *Roberts v. Neace*, 958 F.3d 409 (6th Cir., May 9, 2020). En un caso en el que la orden estatal de Texas no había considerado esencial ciertos abortos, el quinto circuito empleó el criterio del análisis racional de la medida: *In re Abbott*, 954 F.3d 772 (5th Cir., April 7, 2020). El 25 de enero el Tribunal Supremo aceptó el recurso, anuló esta decisión, y reenvió el caso al quinto circuito para que fuera desestimado porque el gobernador de Texas había permitido reanudar los servicios de aborto: *Planned Parenthood Center for Choice v. Abbott*, Case No. 20-305, 2021 WL 231539 (January 25, 2021). También, tras *South Bay 1* del Supremo, el sexto circuito aplicó el *rational basis standard* en otro caso, no de *free exercise* (la que estaba en juego era la libertad de empresa, en este caso, un gimnasio), que le llegó de un tribunal federal de Michigan: *League of Independent Fitness Facilities & Trainers v. Whitmer*, 814 F.App’x 125 (6th Cir., June 24, 2020). Por último, como hemos dicho, el segundo circuito, a finales de diciembre, y después de haber intervenido un mes antes el Supremo en relación con la orden ejecutiva del gobernador de New York, también falló en contra de esta orden en *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 983 F.3d 620 (2nd Cir., December 28, 2020).

Kentucky, Mississippi, y New York discriminaban a los lugares de culto y sus actividades religiosas, otros dos (el séptimo y el noveno)²² no lo creyeron así en el caso de las órdenes de Illinois y California. Si los dos primeros aplicaron el examen más riguroso del estricto escrutinio, por el trato discriminatorio que las órdenes estatales daban a los lugares de culto, los otros dos adoptaron una posición de deferencia hacia el gobierno, entendiendo que bastaba con el criterio del examen racional de la medida, una vez descartada, claro está, esa discriminación. No es de extrañar que esta disparidad de criterios tuviera también su reflejo en los tribunales federales de distrito, sin llegar a criterios uniformes en el centenar de casos ya decididos o vistos para sentencia: unos aplicaron el criterio del estricto escrutinio, mientras que otros, al considerar que las medidas no discriminaban, siendo entonces una decisión político-sanitaria perfectamente posible, recurrieron al análisis racional, sin faltar algunos que emplearon los dos exámenes (el estricto y el racional, a fin de probar que las medidas adoptadas por los gobernadores superaban ambos), o apostaron por un examen intermedio. Y cuando el primer circuito se ha enfrentado a las órdenes del gobernador de Maine en la materia no ha creído que estas supusieran un daño irreparable para las Iglesias denunciantes cuando existían otras posibilidades de culto, desde servicios online o en automóviles hasta reuniones de diez personas o menos.²³

Por su parte, el Tribunal Supremo quedó dividido entre el bloque liberal (Ginsburg hasta su muerte, Breyer, Kagan y Sotomayor), al que se unió el *Chief Justice* Roberts, y el conservador (Thomas, Alito, Gorsuch y Kavanaugh, con la incorporación posterior de Barrett). Los casos le llegaron de los circuitos segundo, noveno y séptimo, en relación con las órdenes de los gobernadores de New York, California, Nevada, e Illinois: *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* (25 de noviembre);²⁴ *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay I* (29 de mayo)²⁵ y *South Bay II* (5 de febrero de 2021);²⁶ *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak* (24 de julio);²⁷ *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker* (29 de mayo),²⁸ sin votos particulares en este último. A estos habría que añadir, por el interés del escrito del juez

²² Cfr. *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker*, 962 F.3d 341 (7th Cir., June 16, 2020); *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 959 F.3d 938 (9th Cir., May 22, 2020); y *Harvest Rock Church v. Newsom*, 977 F.3d 728 (9th Cir., October 1, 2020).

²³ Cfr. *Calvary Chapel of Bangor v. Mills*, 984 F.3d 21, at 29 (1st Cir., December 22, 2020) [Selya, J.]

²⁴ *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S.Ct. 63 (November 25, 2020).

²⁵ *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay I*, 140 S.Ct. 1613 (May 29, 2020).

²⁶ *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, South Bay II*, 141 S.Ct. 716 (February 5, 2021).

²⁷ *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S.Ct. 2603 (July 24, 2020).

²⁸ *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker*, 140 S.Ct. 2823 (May 29, 2020).

Alito, un litigio más que, en materia de aborto, venía de un tribunal federal de Maryland: *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists* (8 de octubre).²⁹ En cuatro de estos casos, el Supremo rechazó la petición de los demandantes de bloquear las órdenes estatales o de suspender la decisión de los tribunales de distrito, con el parecer contrario del ala conservadora, en cuatro votos particulares de los jueces Alito (*Calvary Chapel* y *American College*) y Kavanaugh (*South Bay I* y *Calvary Chapel*), con los jueces Thomas y Gorsuch sumándose al de Kavanaugh en *South Bay I*, con Thomas y Kavanaugh uniéndose al de Alito en *Calvary Chapel*, y con un parecer propio de Gorsuch en *Calvary Chapel*.

Era previsible que la nueva juez Barrett se sumara al grupo conservador, inclinando la balanza del Tribunal, con su quinto voto, hacia una lectura fuerte de la *free exercise clause* frente a la actitud deferencial del bloque liberal, al margen de lo que Roberts quisiera hacer, mantener o no la posición seguida en *South Bay I*. Como ya sabemos, la oportunidad se le presentó al Tribunal en el caso de la orden ejecutiva del gobernador Cuomo de New York, procediendo en contra de ella en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, una opinión *per curiam* con los votos particulares de Gorsuch y Kavanaugh respaldando la decisión. Por el contrario, el *Chief Justice* Roberts, tras reconocer que las restricciones severas de New York probablemente violaban la garantía de libre ejercicio, se opuso a la mayoría por creer que no era necesario conceder lo pedido por los demandantes cuando estos ya no estaban afectados por la orden ejecutiva que deseaban bloquear, no entrando así en esa “difícil e importante cuestión”.³⁰ También rechazó la decisión de la nueva mayoría del Supremo el ala liberal del Tribunal con una opinión disidente del juez Breyer al que se unieron los jueces Sotomayor y Kagan, así como otra opinión contraria de Sotomayor que contó con el apoyo de Kagan. Estos tres jueces, en *South Bay II*, se opusieron de nuevo, en febrero de 2021, a la medida cautelar pedida contra la orden del gobernador de California. Esta vez el *Chief Justice* Roberts votó parcialmente con el bloque conservador en contra de la prohibición en el nivel 1 de los servicios religiosos en el interior de los lugares de culto.

Dicho esto, más allá de la respuesta o solución concreta a la que los tribunales llegaron en cada controversia, nos detenemos aquí en sus principales cuestiones, sirviéndonos de las decisiones más importantes en estos casos de la COVID-19. Todo ello teniendo claro que los jueces, sin ser expertos en

²⁹ *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 141 S.Ct. 10 (October 8, 2020).

³⁰ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 75 [Roberts, C.J., *dissenting*]. Aquí Roberts censuró a Gorsuch por acusar a los jueces disidentes de desentenderse de estas cuestiones cuando la Constitución estaba siendo atacada. Para Roberts, esos disidentes solo veían el asunto de modo distinto, tras un cuidadoso análisis y estudio que reflejaba sus mejores esfuerzos (at 75), desando mantener el lugar del centro tras la llegada de Barrett.

salud pública, debiendo respetar así las decisiones de estos, deben garantizar la observancia de la Constitución, de sus derechos y libertades, incluso en situaciones de pandemia.³¹ Pero sin olvidar, con el juez O’Scannlain del noveno circuito, que los tribunales no pueden renunciar al sentido común, al análisis de los hechos y medidas del Estado, con la obligación de examinar con cuidado la necesidad de las medidas drásticas que este decidiera adoptar.³² Al final, el Chief Justice Roberts tuvo que admitir que la deferencia hacia las decisiones de salud pública tomadas por los responsables políticos, aunque amplia, tenía sus límites. Para Roberts, una cosa era prohibir cantar dentro de las iglesias alegando que esa actividad facilitaba la transmisión de un virus, y otra muy distinta impedir cualquier reunión en una catedral enorme. El Tribunal debía intervenir en estos casos porque la Constitución también confiaba la protección de los derechos de las personas al poder judicial.³³ Por su parte, el juez Gorsuch también advirtió que los jueces, sin ser científicos, “en tiempos de crisis – quizás *especialmente* en tiempos de crisis – tenemos el deber de hacer que los gobiernos se atengan a la Constitución”, sin abandonar “el campo cuando los funcionarios del gobierno con expertos a cuestas pretenden infringir una libertad constitucionalmente protegida”.³⁴

2. 3. 1. El examen del ‘free exercise’ y la validez de ‘Smith’

¿Qué criterio habría que seguir en el examen de la validez de las medidas que afectaran a la garantía constitucional de libre ejercicio religioso de la Primera Enmienda? Es decir, ¿la *free exercise clause* exigiría la aplicación del estricto escrutinio, o bastaría con el examen racional de la medida, especialmente en esos tiempos de crisis sanitaria? Más aún, ¿debiera recurrirse al primero, al examen más riguroso, en el caso de presentarse varios derechos o libertades fundamentales como podría ser la libertad de expresión o de educación, lo que se vino a llamar supuestos híbridos? Y, en este sentido, la doctrina del Supremo fijada por el juez Scalia en *Smith* (1990), ¿debería ser corregida?, ¿habría llegado el momento de descartar como vinculante la opinión de este juez sobre los casos híbridos?

Las órdenes estatales que limitaron la asistencia religiosa y el acceso a los lugares de culto, como medidas de control de la COVID-19, trataron a las

³¹ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 68 [Per Curiam]; at 70 [Gorsuch, J., *concurring*]; at 73-74 [Kavanaugh, J., *concurring*].

³² Cfr. *Harvest Rock Church v. Newsom*, 985 F.3d 771, at 774 (9th Cir., January 25, 2021) [O’Scannlain, *specially concurring*]. Este juez hacía referencia aquí a *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S.Ct. 63, at 67 (November 25, 2020).

³³ Cfr. *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 716-717 [Roberts, C.J., *concurring in the partial grant of application for injunctive relief*].

³⁴ *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 718 [Gorsuch, J., *statement of Justice Gorsuch, with whom Justice Thomas and Justice Alito join*].

iglesias de modo distinto a otros locales y actividades seculares. Esto era evidente por las numerosas excepciones incluidas en esas órdenes solo para las actividades seculares que las colocaron en una categoría favorable con un tratamiento más beneficioso. Al final, con el sexto circuito, habría que concluir que, a mayor número de excepciones seculares, mayor riesgo de discriminación para los lugares de culto,³⁵ si es que se eximían de límites o de otras medidas de seguridad a un conjunto de actividades seculares que eran similares, a efectos de contagio, a las religiosas. Esto era difícilmente conciliable con las exigencias de la Primera Enmienda, pues, así se preguntaba el juez Willett en el quinto circuito, si los lugares de culto aceptaban cumplir la normativa de salud pública aprobada por el Estado para todos los lugares, ¿por qué razón el gobierno confiaba que los fieles siguieran esas pautas cuando estuvieran en establecimientos seculares, como podrían ser los gimnasios, pero no en otros sagrados como las iglesias?³⁶ No había explicación posible, más allá de la discriminación religiosa. En otras ocasiones, la diferencia de trato no venía de la misma orden sino de ordenes distintas que regulaban de modo desigual negocios o actividades, como fue el caso de Kentucky con una orden sobre negocios (“Business EO”) y otra sobre escuelas (“School EO”), impidiendo en las segundas lo que permitía en las primeras, aunque se aplicara la medida por igual a toda escuela secular o religiosa, pudiendo suponer, a juicio de Alito y Gorsuch, una discriminación para la escuela religiosa si las dos órdenes eran examinadas conjuntamente.³⁷

Siendo esto así, bajo el precedente del Supremo en *Smith*, seguido por el Tribunal en *Lukumi*, además de los supuestos en los que estuvieran implicados otros derechos como el de libertad de expresión o el de educación de los padres (“hybrid claims”),³⁸ cuando la medida estatal no fuera neutral ni de general aplicación, discriminatoria, debía seguirse, en la operación de

³⁵ Cfr. *Roberts v. Neace*, 958 F.3d 409, at 413-414; 416 [Per Curiam].

³⁶ Cfr. *First Pentecostal Church of Holly Springs v. City of Holly Springs*, at 671 [Willett, J., concurring].

³⁷ Cfr. *Danville Christian Academy, Inc. et al. v. Beshear*, 141 S.Ct. 527, at 528-530 (December 17, 2020) [Gorsuch, J., with whom Justice Alito, dissenting from the denial of application to vacate stay].

³⁸ Cfr. *Danville Christian Academy*, at 528-530 [Gorsuch, J., with whom Justice Alito, dissenting from the denial of application to vacate stay]. Por su parte, una juez del sexto circuito mostró sus reservas sobre el carácter vinculante como precedente de esa afirmación del juez Scalia en *Smith* relativa a los derechos híbridos en *Pleasant View Baptist Church v. Beshear*, 838 Fed.Appx. 936, at 941 (6th Cir., December 21, 2020) [Donald, J., concurring]: “The Supreme Court has not established a test for generally applicable laws that involve ‘hybrid rights’, and no other binding authority on this Court mandates such a requirement. We have had no reason to reconsider our view that *Smith*’s discussion of ‘hybrid rights’ was anything but *dicta*. The Constitution is not a mixing bowl for rights that when considered in the aggregate are entitled to a higher level of scrutiny compared to when those exact same rights are viewed in isolation”.

balance o equilibrio, el test más riguroso del estricto escrutinio (es decir, el gobierno debía probar la existencia de un poderoso interés, *compelling state interest*, que no pudiera ser satisfecho por otra medida menos restrictiva, *least restrictive means*), no el del análisis racional de la medida, el *rational basis standard*.³⁹ Todo remitía así al asunto del carácter discriminatorio o no de la medida,⁴⁰ una desigualdad que, sutil o no, era *odiosa a nuestra Constitución*.⁴¹

Este recurso al estricto escrutinio es el que llevó a los tribunales que lo emplearon (el Tribunal Supremo en un segundo momento y otros tribunales federales antes) a concluir a favor de las iglesias,⁴² aunque no siempre de todo lo pretendido por ellas,⁴³ pues medidas como la distancia social o las exigencias de higiene o de evitar el contacto físico, eran perfectamente posibles cuando se exigían a todos sin distinción.⁴⁴ Esto es lo que entendieron cuatro circuitos, aunque no con los mismos resultados: el segundo (*Agudath Israel of America*),⁴⁵

³⁹ Cfr. *Church of the Lukumi v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, at 532; 537; 542-546 (1993) [Kennedy, J.]; *Grace United Methodist Church v. City of Cheyenne*, 451 F.3d 643, at 650 (10th Cir., June 20, 2006) [Seymour, J.].

⁴⁰ Cfr. D. LAYCOCK, *Religious Practice in A Pandemic*, «The New York Times», October 10, 2020, at *A25, en <https://www.nytimes.com/2020/10/09/opinion/cuomo-synagogue-lockdown.html>.

⁴¹ Cfr. *Trinity Lutheran Church v. Comer*, 137 S.Ct. 2012, at 2019, 2025 (2017) [Roberts, C.J.].

⁴² Así lo hicieron, entre otros, antes de la decisión del Supremo del 25 de noviembre en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, at 66-67 [Per Curiam]: *On Fire Christian Center v. Fischer*, 453 F.Supp.3d 901 (WD KY, April 11, 2020); *First Baptist Church v. Kelly*, 455 F.Supp.3d 1078 (D KA, April 18, 2020); *Maryville Baptist Church v. Beshear*, 957 F.3d 610; *Roberts v. Neace*, 958 F.3d 409; *Berean Baptist Church v. Cooper*, 460 F.Supp.3d 651 (ED NC, May 16, 2020); *First Pentecostal Church v. City of Holly Springs*, 959 F.3d 669.

⁴³ Cfr. *Denver Bible Church v. Azar*, Case No. 1:20-cv-02362-DDD-NRN, 2020 WL 6128994, at *8; 10 (D CO, October 15, 2020) [Domenico, J.].

⁴⁴ Cfr. *Delaney v. Baker*, Case No. 1:20-cv-11154-WGY, 2021 WL 42340 (D MA, January 6, 2021).

⁴⁵ Cfr. *Agudath Israel of America*, 983 F.3d 620, at 631-635 [Park, J.]. Aquí, el segundo circuito, siguiendo de cerca la decisión del Supremo de 25 de noviembre, dispuso que el criterio a aplicar debía ser el más riguroso del estricto escrutinio: “The Order fails this basic standard by explicitly imposing on “houses of worship” restrictions inapplicable to secular Activities (...) The fixed capacity limits thus “cannot be viewed as neutral because they single out houses of worship for especially harsh treatment” (...) ...a policy that expressly singles out religion for less favored treatment, as here, is subject to strict scrutiny (...) ...the Governor has selected some businesses (such as news media, financial services, certain retail stores, and construction) for favorable treatment, calling them ‘essential’, while imposing greater restrictions on ‘nonessential’ activities and religious worship. That lack of general applicability is also subject to strict scrutiny”, at 631-632. Dicho esto, el tribunal consideró que, bajo ese estricto escrutinio, no podían mantenerse las restricciones de aforo, al no ser la orden la medida menos restrictiva de las posibles para conseguir el poderoso interés estatal pretendido (detener la propagación del SARS-COV-2), at 631-635. El segundo circuito reenvió el caso al tribunal de distrito para resolver si los límites alternativos de asistencia fijados por Cuomo superarían o no el estricto escrutinio.

el quinto (*First Pentecostal Church*),⁴⁶ el sexto (*Roberts y Maryville*),⁴⁷ y el noveno (después de la decisión del Supremo del 25 de noviembre de 2020, primero en *Calvary Chapel Dayton Valley* el 15 de diciembre de 2020, en contra de la orden gubernamental de Nevada, y después en *South Bay* el 22 de enero de 2021 y en *Harvest Rock Church* el 15 de enero de 2021, manteniendo en parte la orden gubernamental de California).⁴⁸ También recurrieron al estricto escrutinio dos jueces del noveno circuito, el juez Collins (en su opinión disidente en *South Bay*, el 22 de mayo de 2020)⁴⁹ y el juez O'Scannlain (en su opinión disidente en *Harvest Rock*, el 1 de octubre de 2020, y en su voto particular especialmente concurrente de 25 de enero de 2021 en el mismo caso, manifestándose en contra de la constitucionalidad de la prohibición completa de culto en el interior de las Iglesias).⁵⁰

El estricto escrutinio fue también empleado por diversos jueces del Tribunal Supremo, por el juez Brett Kavanaugh (primero en *South Bay I*,⁵¹ después en *Calvary Chapel*⁵² y, finalmente, en *Roman Catholic Diocese*

⁴⁶ Cfr. *First Pentecostal Church of Holly Springs v. City of Holly Springs*, 959 F.3d 669, at 670 [Per Curiam]; *Spell v. Edwards*, 962 F.3d 175, at 181 (5th Cir., June 18, 2020) [Ho, J., concurring].

⁴⁷ Cfr. *Roberts v. Neace*, 958 F.3d 409, at 413-416 [Per Curiam]; *Maryville Baptist Church v. Beshear*, 957 F.3d 610, at 614-615 [Per Curiam].

⁴⁸ Cfr. *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 982 F.3d 1228, at 1232-1234 (9th Cir., December 15, 2020) [Smith, J.]; *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, 985 F.3d 1128, at 1140-1152 (9th Cir., January 22, 2021) [Wardlaw, J.]; *Harvest Rock Church v. Newsom*, 985 F.3d 771 (9th Cir., January 25, 2021). En estos dos últimos casos, el Tribunal no aplicó el estricto escrutinio a la prohibición de las actividades de coro y canto por no haber discriminación alguna en relación con las religiosas, sujetando así la medida al menos riguroso test racional (*rational basis standard*): *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, at 1152; y *Harvest Rock Church v. Newsom*, at 771-772.

⁴⁹ Cfr. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 959 F.3d 938, at 943; 945 [Collins, J. dissenting].

⁵⁰ Cfr. *Harvest Rock Church, Inc. v. Newsom*, 977 F.3d 728, at 732-734 [O'Scannlain, J., dissenting]; *Harvest Rock Church v. Newsom*, 985 F.3d 771, at 773-774 [O'Scannlain, J., specially concurring].

⁵¹ El juez Kavanaugh, en *South Bay I*, se mantuvo en cierto modo dentro de la esfera de lo dicho por el Tribunal en *Lukumi*, aunque silenciando la decisión *Smith* que no fue citada en ningún momento, sí en cambio *Roberts v. Neace* (2020) del sexto circuito. Para Kavanaugh, el interés estatal de California podría ser poderoso, pero había discriminado a las iglesias y sus actividades religiosas, en *comparación* con los establecimientos y operaciones de carácter secular, por lo que procedió a aplicar el examen del estricto escrutinio sin que lo superara en un caso en el que el gobierno estatal infligiría un daño irreparable a esta iglesia pentecostal si no la dejara celebrar el domingo de Pentecostés, a diferencia de las actividades y negocios seculares, cfr. *South Bay I*, at 1614-1615 [Kavanaugh, J., dissenting...]. Este juez seguía así el análisis comparativo del *Chief Justice* Roberts en su opinión concurrente, aunque con resultados distintos.

⁵² Más tarde, en *Calvary Chapel*, el juez Kavanaugh se apartaría del análisis comparativo, seguido en *South Bay I*. Para este juez, cuando las leyes o medidas distinguieran las organizaciones, religiosas o seculares, en dos categorías (exentas y no), colocando a las primeras, a las exentas, en una posición favorecida, algo que podrían hacer sin comprometer la cláusula de

se,⁵³ deslizándose desde un criterio comparativo más deferencial hacia el gobierno en el primer caso, a otro en el que la presunción jugaba a favor del libre ejercicio religioso por la posición preferente que la libertad religiosa tenía en el orden constitucional),⁵⁴ por el juez Samuel Alito (primero en *Calvary Chapel*,⁵⁵

no establecimiento, siempre que el criterio en la elección no fuera religioso, sino un juicio de valor del gobierno por el que unas actividades se juzgaban más importantes que otras, la doctrina del Supremo (aquí sí se remitió a *Smith*, creyendo aplicar ese precedente cuando, en realidad, no lo hacía), en esta materia de *free exercise*, exigía colocar a las organizaciones religiosas en la categoría favorecida, a no ser que el gobierno pudiera probar que no debía hacerlo, algo que, para Kavanaugh, requeriría un examen en dos pasos: en un primer momento, los jueces verían si la medida o acción estatal creaba una clase de organizaciones o actividades favorecidas o exentas, y de si las religiosas entraban o no dentro de esa categoría, todo ello sin que les debiera importar si las iglesias se parecían más o no a una fábrica o a un museo (en esto ya se ve la distancia que tomaba en relación con el criterio comparativo); para luego, en un segundo tiempo, de no haber incluido a las religiosas en las excepciones previstas o en ese trato favorable, examinar si esa decisión la había justificado suficientemente el gobierno (*Calvary Chapel*, at 2612-2613 [Kavanaugh, J., *dissenting...*]). Aquí es donde se apartaba del criterio de neutralidad de *Smith-Lukumi*, por el que lo único que se pedía, ausente el trato discriminatorio, era la constatación del carácter neutral y de general aplicación de la medida, nada que ver con esos dos pasos desde una posición preferente de la libertad religiosa como “most-favored nation status”, algo que procedía de un viejo artículo de Laycock en 1990 (at 2612; la referencia al escrito de Laycock: D. LAYCOCK, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 «Supreme Court Review» 1, at 49 [1990]).

⁵³ En *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, el juez Kavanaugh ofreció un voto particular uniéndose a la decisión de la mayoría con el interés de recordar lo que ya había dicho antes, que un Estado debe justificar la razón por la que no coloca a los lugares de culto en una categoría más beneficiosa (*favored class*), cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 73 [Kavanaugh, J., *concurring*].

⁵⁴ Dicho de otro modo, el juez Kavanaugh le estaba diciendo al gobierno que no era él el que tenía que decidir, desde un punto de vista racional (*rational basis standard*), sobre el carácter esencial o no de la actividad religiosa, pues realmente esa decisión era algo que ya había tomado la Constitución por él, al prohibir la discriminación religiosa. Esto no suponía que la religión recibiera un trato de favor. Lo que decía era que, al tener la libertad religiosa esa posición preferente en la Primera Enmienda, la religión gozaba de la presunción de esencialidad que exigía ser tratada de modo igual a como lo eran el resto de las actividades no religiosas, a no ser que el gobierno pudiera probar que no lo debía ser en un caso concreto (*strict scrutiny*), algo que no sucedía en este de Nevada en el que el gobierno no había podido demostrar la razón de ese trato diferente hacia las iglesias, en comparación con los casinos, bares o gimnasios, ni por razones de salud pública ni de economía estatal (*Calvary Chapel*, at 2613-2614), ni siquiera bajo lo dispuesto por el Supremo en *South Bay I (Calvary Chapel)*, at 2615). Caso al que se había opuesto sin rebatir la tesis del *Chief Justice* como ahora hacía. Roberts no le contestó y se limitó a unirse de nuevo al grupo liberal para negarle a la iglesia de Nevada la medida que le pedía.

⁵⁵ El juez Alito que no había querido unirse al escrito de Kavanaugh en *South Bay I*, compartiendo con este juez su rechazo a la decisión tomada por la mayoría del Tribunal, si nos dejó un interesante voto particular en *Calvary Chapel*. Para Alito, sin citar *Smith*, pero sí su aplicación en *Lukumi*, el trato discriminatorio de Nevada era claramente inconstitucional, dentro o fuera de un estado de emergencia, sin superar el estricto escrutinio (*Calvary Chapel*,

después en *American College*,⁵⁶ luego en un discurso que diera el 12 de noviembre en la convención nacional de la *Federalist Society*,⁵⁷ más tarde en el caso de las escuelas religiosas de Kentucky frente a la orden de su gobernador en *Danville Christian Academy*,⁵⁸ y, finalmente, en *South Bay II*,⁵⁹ por el juez Neil Gorsuch (primero en *Roman Catholic Diocese*,⁶⁰ después en *Danville Christian Academy*,⁶¹ y por último en *South Bay II*),⁶² así como por

at 2605-2607 [Alito, J., *dissenting...*]). Además, este caso nada tenía que ver con el de California en *South Bay I*, donde Roberts permitió la orden estatal por el criterio comparativo que adoptó, lo que le llevó a aceptar que podían ser tratadas de modo distinto unas reuniones y otras, por el número de personas que congregaran, por la manera y el tiempo que estuvieran juntas (at 2609). Aunque Alito seguía opinando que *South Bay I* no había sido correcta, el criterio con el que se manejaba no era el segundo de Kavanaugh en *Calvary Chapel* (es decir, esa posición preferente de la religión con un examen en dos pasos) sino, más bien, el comparativo de Roberts, concluyendo Alito lo contrario, eso sí.

⁵⁶ Poco después, también el juez Alito, en un voto particular al que se sumó Thomas contra la decisión del Supremo de rechazar la petición presentada por el gobierno federal en *American College of Obstetricians*, denunció la inconsistencia de la mayoría del Tribunal a la hora de resolver los casos de COVID-19. Y es que cinco jueces del Tribunal habían mostrado, en los dos anteriores, una rendida actitud de deferencia hacia las autoridades estatales que habían restringido sin precedentes la libertad personal, incluido el libre ejercicio de la religión, mientras que, ahora, la deferencia hacia el gobierno brillaba por su ausencia, no queriendo pronunciarse ante un caso que, en lugar de limitar o restringir, ampliaba el acceso al aborto. Y es que resultaba muy llamativo que, en tiempos de pandemia, mientras las libertades y derechos se recortaban o restringían por doquier, en cambio, al llegar al asunto del aborto, un juez federal de Maryland lo extendía o ampliaba, suspendiendo una exigencia de la agencia nacional del medicamento (la "Food and Drug Administration, FDA") que se había mantenido sin problemas durante las últimas cuatro administraciones, sin considerar ese juez que esas personas a las que se quería evitar que visitaran clínicas, en cambio sí podían acudir a restaurantes, gimnasios, peluquerías, eventos deportivos, o hasta casinos. Más aún, el juez extendía además su orden a otros lugares con índices de infección muy bajos y limitadas restricciones por la COVID-19 (*American College of Obstetricians*, at 12-13 [Alito, J., with whom Justice Thomas joins, *dissenting*]).

⁵⁷ Cfr. <https://fedsoc.org/conferences/2020-national-lawyers-convention?#agenda-item-address-8>.

⁵⁸ Cfr. *Danville Christian Academy*, at *1 [Alito, J., with whom Justice Gorsuch, *dissenting...*].

⁵⁹ Cfr. *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 716 [Alito, J.].

⁶⁰ También aquí el juez Gorsuch siguió un criterio comparativo entre las actividades religiosas de los lugares de culto y otras seculares, para concluir que la decisión del gobernador de New York de excluir de las limitaciones de capacidad impuestas a ciertos servicios considerados como esenciales (tiendas de licor, servicios de acupuntura o de reparación de bicicletas) reflejaba un ánimo no neutral sino claramente secular, es decir, discriminatorio; se preguntaba Gorsuch: "Who knew public health would so perfectly align with secular convenience?", *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 69 [Per Curiam].

⁶¹ Cfr. *Danville Christian Academy*, at *2-3 [Gorsuch, J., with whom Justice Alito, *dissenting...*].

⁶² Cfr. *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 717-720 [Statement of Justice Gorsuch, with whom Justice Thomas and Justice Alito join].

Amy Coney Barrett en *South Bay II*.⁶³ Finalmente, una nueva mayoría del Tribunal Supremo, en su decisión del 25 de noviembre (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn*),⁶⁴ también creyó que el test que debiera aplicarse en estos casos sería el estricto escrutinio, en contra de lo que una anterior mayoría del Tribunal había decidido en *South Bay I*, incluido su *Chief Justice* que quiso ofrecer un voto particular que justificara su posición deferente hacia el gobierno, cuando – en el caso de California – no había trato discriminatorio en la medida si un lugar de culto no era *comparable* a supermercados, lavanderías o bancos (nada decía de restaurantes), puesto que, a diferencia de esos locales, las iglesias o lugares de culto congregaban *muchoa gente, muy junta, por mucho tiempo*,⁶⁵ posición esta que fue precedida y seguida por las tesis del juez Easterbrook del séptimo circuito, sobre la orden ejecutiva del gobernador de Illinois, en *Elim Romanian* (2020).⁶⁶ En esa misma línea continuaron los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan en *Roman Catholic Diocese*.⁶⁷

⁶³ Cfr. *South Bay II*, 141 S.Ct. 716, at 717 [Barrett, J., with whom Justice Kavanaugh joins, concurring in the partial grant of application for injunctive relief].

⁶⁴ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 67 [Per Curiam].

⁶⁵ El *Chief Justice*, en *South Bay I*, citando *Jacobson*, creyó que la situación de emergencia sanitaria que vivía California justificaba la medida adoptada. Roberts dejó en manos del gobierno la determinación de lo que era esencial o no, debiendo demostrar quien lo denunciara que esa decisión era irracional, por no haber tratado igual situaciones que sí lo eran (*South Bay I*, at 1613-1614 [Roberts, C.J., concurring in denial of application for injunctive relief]). Aquí fue cuando Roberts empleó un criterio comparativo. A su juicio, el trato recibido por los lugares de culto era similar al previsto para otros, como cines, conciertos, espectáculos deportivos, o conferencias, lugares todos ellos “donde mucha gente permanecía junta por mucho tiempo” (at 1613), algo que no se daba, por el contrario, en los supermercados, lavanderías o bancos, mereciendo así estos últimos un trato distinto. Ahora bien, como ya advirtiera después el juez Kavanaugh en *Calvary Chapel* (at 2615), Roberts excluía de ese elenco comparativo los restaurantes que sí que gozaban de mejor posición que los lugares de culto, sin explicar muy bien el motivo de ello, cuando el riesgo de contagio era similar: mucha gente, muy junta, durante mucho tiempo. En esta opinión de Roberts no fue citada ninguna de las grandes decisiones en materia de libre ejercicio religioso, ni *Sherbert*, ni *Smith*, ni *Lukumi*, como tampoco una decisión previa del juez Easterbrook en el séptimo circuito y otra del sexto circuito que seguían el mismo criterio comparativo, aunque con resultados distintos (el sexto circuito en contra de la orden del gobernador de Kentucky, mientras que el séptimo respaldaba la de Illinois). Pues bien, *South Bay I* fue la primera vez que Roberts dijo algo concreto sobre la validez de las órdenes estatales en materia de COVID-19, no entrando en discusión con otros jueces del Supremo al contradecirle, tal vez a la espera de pronunciarse cuando el Tribunal volviera sobre la decisión *Smith* en este año judicial 2020-2021.

⁶⁶ Cfr. *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker (Elim Romanian I)*, Case No. 20-1811, 2020 WL 2517093, at *1 (7th Cir., May 16, 2020) [Easterbrook, J.]; *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker (Elim Romanian II)*, 962 F.3d 341, at 346-347 (7th Cir., June 16, 2020) [Easterbrook, J.].

⁶⁷ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 76-78 [Breyer, J., dissenting]; at 78-81 [Sotomayor, J., dissenting]. La juez Sotomayor creía que este caso era similar a los dos anteriores que el Supremo había visto, razón por la que debía obtener la misma respuesta. Es más, si las

Pasando ahora al asunto de la revisión o no de la doctrina *Smith*, son numerosos los autores en la academia (Laycock, McConnell, Hamburger, Berg, o Lund, entre otros muchos)⁶⁸ y jueces del Supremo (O'Connor, Blackmun, Souter, Gorsuch, o Alito)⁶⁹ que llevan abogando por ello, sin haberlo logrado hasta la fecha. En este sentido, se ha dicho que *Smith* se apartó del precedente, que fue una decisión contraria a la comprensión original de la *free exercise clause*, que fue inconsistente con el fin clave de esta garantía constitucional, que los presupuestos jurídicos y fácticos de la sentencia se probaron falsos, sin que, finalmente, la doctrina del precedente (*stare decisis*) fuera algo que impidiera la reconsideración de *Smith*. Es verdad que, a principios de enero de 2019, los jueces Alito, Thomas, Gorsuch, y Kavanaugh parece que se mostraron a favor de revisar *Smith*, en el voto particular del primero en *Kennedy v. Bremerton School District*, si es que se le hubiera presentado al Tribunal esa cuestión.⁷⁰ Saldremos de dudas muy pronto, pues el Tribunal

iglesias o sinagogas recibían un trato especial, más que por discriminación, era por beneficiarlas frente a otros negocios o actividades seculares de naturaleza similar, concluyendo que el Supremo, en *Trump v. Hawaii* (2018), no había visto un ánimo no neutral del presidente cuando firmó una proclamación presidencial a la que se refirió como una “Muslim Ban”.

⁶⁸ Cfr. D. LAYCOCK, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 «Supreme Court Review» 1 (1990); ID., *Regulatory Exemptions of Religious Behavior and the Original Understanding of the Establishment Clause*, 81 «Notre Dame Law Review» 1793 (2006); ID., *Religious Liberty and the Culture Wars*, 2014 «University of Illinois Law Review» 839 (2014); ID., S. T. COLLIS, *Generally Applicable Law and the Free Exercise of Religion*, 95 «Nebraska Law Review» 1 (2016); M. W. MCCONNELL, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 «University of Chicago Law Review» 1109 (1990); ID., *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 «Harvard Law Review» 1409 (1990); ID., *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 «University of Chicago Law Review» 115 (1992); P. A. HAMBURGER, *A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective*, 60 «George Washington Law Review» 915 (1992); T. C. BERG, *Minority Religions and the Religion Clauses*, 82 «Washington University Law Quarterly» 919 (2004); C. C. LUND, *A Matter of Constitutional Luck: The General Applicability Requirement in Free Exercise Jurisprudence*, 26 «Harvard Journal Law & Public Policy» 627 (2003); ID., *Free Exercise Reconceived: The Logic and Limits of Hosanna-Tabor*, 108 «Northwestern University Law Review» 1183 (2014); ID., *Martyrdom and Religious Freedom*, 50 Connecticut Law Review 959 (2018). Diez autores, entre ellos algunos de estos, firmaron un escrito (*amici curiae*) en defensa del demandante, pidiendo al Tribunal la reconsideración de *Smith*: *Ricks v. Idaho Contractors*, Case No. 19-66, On Petition for a Writ Of Certiorari (*filed*, August 12, 2019), disponible en <https://www.supremecourt.gov/>.

⁶⁹ Entre esos jueces contrarios a *Smith*, figuran estos del Supremo: los jueces O'Connor y Blackmun en *Smith (Employment Division v. Smith)*, 494 U.S. 872, at 891 (1990) [O'Connor, J., *concurring in the judgment*]; at 907-908 [Blackmun, J., *dissenting*]; los jueces O'Connor y Souter en *City of Boerne (City of Boerne v. Flores)*, 521 U.S. 507, at 544-545 (1997) [O'Connor, J., *dissenting*]; at 565 [Souter, J., *dissenting*]; o más recientemente el juez Gorsuch en *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 138 S. Ct. 1719, at 1734 (2018) [Gorsuch, J., *concurring*]; o Alito en *Kennedy v. Bremerton School District*, 139 S. Ct. 634, at 637 (2019) [Alito, J., *respecting the denial of certiorari*].

⁷⁰ Cfr. *Kennedy v. Bremerton School District*, at 637 [Alito, J., with whom Justice Thomas, Justice Gorsuch, and Justice Kavanaugh join, *respecting the denial of certiorari*].

deberá pronunciarse, en este año judicial 2020-2021, sobre esta cuestión en el caso de la política de la ciudad de Philadelphia en materia de adopción por parejas del mismo sexo (*Fulton v. City of Philadelphia*).⁷¹ Al final, llevado al caso de la COVID-19, además de otras consideraciones, la tesis es que *Smith* es incompatible con la garantía de libre ejercicio si, bajo su doctrina, se permiten abiertas discriminaciones como las vistas en el proceso de selección y excepciones seguido en ciertas órdenes ejecutivas.⁷²

2. 3. 2. El precedente del Supremo ‘Jacobson’ (1905)

Esta vieja sentencia, ¿permitiría seguir, para el libre ejercicio religioso en situaciones de emergencia sanitaria, un criterio particular de deferencia hacia el gobierno, distinto del estricto escrutinio general? Los tribunales, en los casos de COVID-19, se han dividido también aquí, no estando nada claro este asunto, tanto por el origen y naturaleza del precedente, como por la fuerte exigencia del estricto escrutinio, difícil de conciliar, aún en casos particulares, con un criterio tan deferente como el seguido en *Jacobson*.

En 1905 un pastor de Massachusetts no quiso vacunarse de la viruela, contraviniendo una ley que obligaba a hacerlo, siendo por ello sancionado. Jacobson planteó 25 objeciones, dos de ellas sobre libre ejercicio religioso. El Supremo dijo que los Estados podían exigir medidas de urgencia para proteger la vida y salud de sus ciudadanos, pues “la libertad reconocida en la Constitución de los Estados Unidos dentro de su jurisdicción no supone un derecho absoluto a quedar, en todo tiempo y circunstancia, completamente inmune de restricción”,⁷³ eso sí, siempre que esas medidas tuvieran relación con el fin y no supusieran una manifiesta invasión de los derechos protegidos en la Constitución.⁷⁴ Esto tenía lugar a principios del siglo xx y, ahora, 115 años después, un juez federal de Maine, haciendo balance de la aplicación de *Jacobson* durante todo este tiempo, dijo que “la regla permisiva de *Jacobson* flotaba en el aire como un visto bueno para toda restricción de libertades constitucionales, salvo las más absurdas y graves”.⁷⁵ Para otro, *Jacobson* no era una especie de “talisman de inmunidad jurídica”, como si fuera “la piedra Rosetta para el examen de la normativa gubernamental en materia de COVID-19”, habiendo tratado en 1905 “una crisis diferente de salud pública, en un tiempo distinto, con amenazas de daños diferentes sobre los demandantes”.⁷⁶

⁷¹ Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, 140 S.Ct. 1104 (*certiorari granted*, February 24, 2020).

⁷² Un buen ejemplo es la conclusión del juez Easterbrook del séptimo circuito en *Elim Romanian II*, at 347.

⁷³ Cfr. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, at 27 (1905) [Harlan, J.].

⁷⁴ Cfr. *Jacobson*, at 31, 38 [Harlan, J.].

⁷⁵ Cfr. *Bayley’s Campground v. Mills*, 463 F.Supp.3d 22, at 31-32 (D ME, May 29, 2020) [Walker, J.].

⁷⁶ Cfr. *Savage v. Mills*, 478 F.Supp.3d 16, at 26 (D ME, August 7, 2020) [Walker, J.].

En cualquier caso, siendo un precedente discutible, sí está claro que *Jacobson* no se planteó en el marco de la Primera Enmienda, pues fue decidido décadas antes de la incorporación de la cláusula del *free exercise* a los Estados (*Cantwell*, 1940) y mucho tiempo antes de que el Supremo aplicara la doctrina del estricto escrutinio a estos casos de libre ejercicio. Como bien advirtió el juez Gorsuch, *Jacobson* incluía un modo diferente de análisis (el racional de la medida en casos de la Decimocuarta Enmienda que no afectaran a categorías protegidas o derechos fundamentales), un derecho enteramente distinto (un pretendido derecho a la integridad del cuerpo que emanaba de la Decimocuarta Enmienda, no el derecho al libre ejercicio) y una clase de restricción enteramente distinta (pago de una multa o identificar una base para la exención).⁷⁷ Ahora bien, siendo cierto todo esto,⁷⁸ *Jacobson* no debiera ser leído fuera de la doctrina constitucional del Supremo fijada en *Smith-Lukumi*, fuera de los límites de la Constitución. No se puede pensar que, por estar en una situación de emergencia nacional, los Estados fueran inmunes a la hora de respetar las libertades fundamentales, como si hubieran recibido de la Constitución, para estos casos, una suerte de cheque en blanco.⁷⁹ De ahí que sea necesaria una operación de estricto escrutinio siempre que se apreciara un trato discriminatorio hacia la religión, por lo que, ausente este, es decir, sin afectar derechos fundamentales, *Jacobson* podría ser invocado y aplicado como prueba de la racionalidad de la medida adoptada (*rational basis test*), pues es indiscutible el interés del Estado en la protección de sus ciudadanos frente al coronavirus. En otro caso, el gobierno debiera cargar con la prueba de mostrar que la situación de emergencia exige ese trato distinto, sin la existencia de otra medida menos restrictiva que pudiera ser aplicada al caso (sobre todo cuando el tiempo pasa y se va haciendo crónica esa situación de emergencia, lo que exigirá un mayor esfuerzo a la hora de encontrar fórmulas de adaptación), siendo un interés poderoso (*compelling*) la salud y vida de los ciudadanos en tiempos de una pandemia. La cuestión, por tanto, no es otra que el carácter discriminatorio o no de la medida adoptada, lo que llevaría al estricto escrutinio, no al precedente *Jacobson*, de serlo. Tenía mucha razón el juez Kavanaugh cuando, en *Calvary Chapel*, dejó escrito

⁷⁷ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 70-71 [Gorsuch, J., concurring]. Esto fue censurado por Roberts al sentirse atacado por Gorsuch, diciendo ahora que esa vieja sentencia ocupaba tres páginas del voto de Gorsuch, mientras que, en su caso, en *South Bay I*, *Jacobson* solo figuraba en una única frase, at 75-76 [Roberts, C.J., dissenting].

⁷⁸ Cfr. L. F. WILEY, S. I. VLADECK, *Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against "Suspending" Judicial Review*, 133 «Harvard Law Review Forum» 179, at 182 (2020). También McConnell en abril: M. W. MCCONNELL, M. RASKIN, *If liquor Stores Are Essential, Why Isn't Church?*, «The New York Times» April 21, 2020, en <https://www.nytimes.com/2020/04/21/opinion/first-amendment-church-coronavirus.html>.

⁷⁹ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2605 [Alito, J., dissenting...].

que, si en los casos de emergencia eran los gobiernos y no los tribunales los encargados de tomar decisiones urgentes para proteger la salud de las personas, debiendo los jueces aceptar sus decisiones en los límites de *Jacobson*, sin embargo, esto no suponía que no existieran líneas rojas que los gobiernos no debían cruzar, como sería el caso de la discriminación, fuera esta por razones raciales, religiosas, o por el contenido del discurso.⁸⁰ Así lo ha entendido también el segundo circuito a finales de diciembre.⁸¹

2. 3. 3. La garantía constitucional del no establecimiento (*non-establishment clause*)

Impedir o restringir el acceso a los lugares de culto por las autoridades civiles, sancionando su incumplimiento, ¿supondría una violación de la garantía constitucional de separación contenida en la *non-establishment clause* de la Primera Enmienda? Pese a la resistencia de los tribunales a considerar esta cuestión durante este tiempo de emergencia,⁸² lo cierto es que la neutralidad del no establecimiento, por un lado, impide al gobierno tomar decisiones en asuntos de religión, mientras que, por otro, le prohíbe mostrar hostilidad hacia las religiones.

Así pues, si las órdenes gubernamentales en materia de COVID-19 hubieran prohibido o restringido el acceso a las iglesias, no estarían respetando lo dispuesto en *Everson*,⁸³ si no hubieran actuado con la neutralidad exigida en *Gillette*, no habrían respetado el fin del no establecimiento;⁸⁴ si no hubieran buscado una adaptación, no habrían atendido a lo dispuesto en *Lynch*;⁸⁵ si hubieran tenido una finalidad secular (la salud), sin avanzar ni prohibir la religión como su principal efecto, y sin suponer tampoco una excesiva vinculación con la religión, sí habrían cumplido con el *Lemon test*;⁸⁶ si hubieran enviado un mensaje a los creyentes de que sus actividades no eran tan esenciales o importantes como las otras, hubieran dado la impresión a un

⁸⁰ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2614-2615 [Kavanaugh, J., *dissenting*...].

⁸¹ Cfr. *Agudath Israel of America*, 983 F.3d 620, at 635-636 [Park, J.]. “To be sure, the uncertainties that accompany many novel emergencies may make it difficult to assess whether, for example, a less restrictive alternative actually exists – calling for a measure of humility on the part of the reviewing judge. But we grant no special deference to the executive when the exercise of emergency powers infringes on constitutional rights”, at 635.

⁸² No así un tribunal federal de California en una reciente decisión en la que fueron invocados los precedentes *Lemon* y *Lynch*, negando que las restricciones de las actividades religiosas que fueran similares a las de carácter secular supusieran un establecimiento o rechazo de religión alguna, ni siquiera bajo la lectura más expansiva de la *establishment clause*, cfr. *Harvest Rock Church v. Newsom*, 2020 WL 7639584, at *10 [Bernal, J.].

⁸³ Cfr. *Everson v. Board of Education of Ewing Township*, 330 U.S. 1, at 15-16 (1947) [Black, J.].

⁸⁴ Cfr. *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437, at 449 (1971) [Marshall, J.].

⁸⁵ Cfr. *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, at 673 (1984) [Burger, C.J.].

⁸⁶ Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, at 612-613 (1971) [Burger, C.J.].

observador racional que se les dejaba fuera de la comunidad política;⁸⁷ y, finalmente, si la medida hubiera sido neutral (algo dudoso en principio por la cantidad de excepciones seculares) y no hubiera dado lugar a coacción (la habría cuando la prohibición o restricción se hubiera impuesto por fuerza de ley y amenaza de sanción, llegando en algún caso a plantearse la posibilidad de demolición del lugar de culto, de no cumplir con la orden), hubiera superado el *coercion test*.⁸⁸ Pues bien, dicho esto, ni todas las órdenes ni todos sus aspectos eran iguales, por lo que, para dar respuesta a la posible violación del no establecimiento, debiera evaluarse cada caso, haciendo bien el tribunal en no descartar de entrada su posible violación, amparándose en una neutralidad o en otras formas no presenciales de culto, como por desgracia muchos tribunales hicieron en estos casos.⁸⁹

2. 3. 4. La garantía constitucional de la libertad de expresión (*free speech clause*)

Tratar de forma distinta el discurso religioso del secular, dentro o fuera de los lugares de culto, permitiendo una serie de excepciones solo para el secular, ¿no sería una restricción de la libertad de expresión de la Primera Enmienda por el contenido del discurso, sujeta entonces al estricto escrutinio?

El juez Easterbrook dijo en *Elim Romanian* que ese trato distinto de actividades en el mismo lugar de culto, permitiendo unas y prohibiendo otras, era posible porque las religiosas o de culto, a diferencia de las sociales, podían ser atendidas asistiendo en pequeños grupos, en los aparcamientos sin salir de los automóviles, o ser reemplazadas por otras virtuales en la televisión o en internet.⁹⁰ Así lo creyó también el tribunal de distrito californiano que rechazó el recurso planteado en *Harvest Rock Church*, por considerar que la

⁸⁷ Cfr. *Lynch v. Donnelly*, at 688 [O'Connor, J., concurring]; *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, 515 U.S. 753, at 773 (1995) [O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment].

⁸⁸ Cfr. *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, at 587 (1992) [Kennedy, J.]. En cambio, para Scalia, la *non-establishment clause* pedía considerar dos principios de modo conjunto: el carácter neutral (*neutrality standard*) y la falta de coacción real (*coercion test*), nada que ver con esa presión psicológica a la que apuntaba la opinión mayoritaria del tribunal, sino con la legal ("por fuerza de ley y amenaza de sanción"), cfr. *Lee v. Weisman*, at 632-646 [Scalia, J., dissenting].

⁸⁹ Así, entre otros, *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker*, Case No. 20 C 2782, 2020 WL 2468194, *5 (ND IL, May 13, 2020) [Gettleman, J.]; *Harvest Rock Church v. Newsom*, Case No. LACV 20-6414 JCB (KKx), 2020 WL 5265564, at *3 (CD CA, September 2, 2020) [Bernal, J.].

⁹⁰ Cfr. *Elim Romanian Pentecostal II*, at 347 [Easterbrook, J.]. Este argumento fue expresamente rebatido por el Tribunal Supremo en *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*, at 67-68 [Per Curiam]. Lo que no impidió que un juez del primer circuito regresara a él, sin considerar lo que esas restricciones podrían suponer para ciertas confesiones: *Calvary Chapel of Bangor v. Mills*, 984 F.3d 21, at 29 [Selya, J.].

orden estatal no restringía la capacidad de expresarse de la Iglesia, de modo que si los manifestantes del movimiento BLK lo podían hacer sin las limitaciones fijadas para las iglesias era porque los primeros lo hacían al aire libre, de ahí que las restricciones no se debían al contenido o naturaleza del discurso, sino al lugar y naturaleza de la reunión.⁹¹ No lo vieron igual ni el juez Ho para el quinto circuito en *Spell v. Edwards*,⁹² ni un tribunal de distrito de New York en *Soos v. Cuomo*.⁹³

Por su parte, en *Calvary Chapel*, el juez Alito dijo que Nevada discriminaba el punto de vista religioso mientras aprobaba otro secular, alentando además las manifestaciones políticas,⁹⁴ y el juez Kavanaugh advirtió de las líneas rojas que existían para los gobiernos en estos tiempos de crisis, entre las que situó la discriminación por razón del contenido del discurso.⁹⁵ Y es que lo que no tenía sentido era autorizar una gran reunión de personas para recibir asistencia social o económica pero no religiosa, como una homilía desde el púlpito, siendo así que el virus no actuaba según el contenido del discurso, distinguiendo el religioso del que no lo era. Menos aún se entendía que los gobernadores de California, New York, o Illinois, como también en el Distrito de Columbia, o los alcaldes de Chicago e Illinois, lejos de impedir, animasen sin restricciones (sin mascarillas ni distancia social) las manifestaciones y protestas raciales lideradas por el movimiento radical BLM tras la muerte del afroamericano George Floyd, al mismo tiempo que limitaban los aforos en el interior de los lugares de culto,⁹⁶ como si las iglesias, con las necesarias medidas de seguridad, fueran más peligrosas que esos encuentros multitudinarios en las calles en los que se gritaba sin respetar distancias ni los habituales consejos sobre los aerosoles.⁹⁷

2. 3. 5. El carácter limitado y excepcional de una situación de emergencia

¿Cuánto debieran durar las medidas restrictivas de derechos y libertades en una situación de emergencia? El quinto circuito lo tenía muy claro cuando dijo que “los derechos individuales garantizados por la Constitución no desaparecen durante una crisis de salud pública”,⁹⁸ aunque sostuvo que sí podían ser racionalmente limitados en estos casos. Otros dijeron que, ante la

⁹¹ Cfr. *Harvest Rock Church*, 2020 WL 5265564, at *3 [Bernal, J.].

⁹² Cfr. *Spell v. Edwards*, 962 F.3d 175, at 180-181; 182-183 [Ho, J., concurring].

⁹³ Cfr. *Soos v. Cuomo*, 470 F.Supp.3d 268, at 283 [Sharpe, J.].

⁹⁴ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2607-2608 [Alito, J., dissenting...].

⁹⁵ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2614-2615 [Kavanaugh, J., dissenting...].

⁹⁶ El distinto tratamiento dado al libre ejercicio y a la libertad de expresión ha sido apuntado entre otros por B. W. BUSSEY, *Contagio: el temor de los gobiernos a la religión durante la crisis del COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, Madrid, Iustel, 2021, 49-50.

⁹⁷ Cfr. *Spell v. Edwards*, at 181 [Ho, J., dissenting]; *Soos v. Cuomo*, at 274-276 [Sharpe, J.].

⁹⁸ Cfr. *In re Abbott*, 954 F.3d 772, at 784 [Duncan, J.].

amenaza de salud de la COVID-19, la respuesta “no puede minar nuestro sistema de libertades constitucionales o el régimen de exámenes y equilibrios que la protegen”.⁹⁹

Como bien advirtiera Alito en *Calvary Chapel*, los derechos y libertades fundamentales claro que pueden verse afectados en casos de emergencia, pero esa situación no permite al gobierno hacer lo que quiera, ni hacerlo sin limitación de tiempo.¹⁰⁰ Es evidente que un asunto urgente exige respuestas rápidas que no son fáciles de mantener en el tiempo, con el riesgo añadido de no encontrar la solución más adecuada por la gravedad del momento y la inmediatez del problema que no permite tomar la necesaria distancia para dar con la solución justa. En este sentido, algún tribunal se manifestó en contra de esa discreción concedida a los gobernadores sin límite de tiempo, habiendo pasado seis meses desde las primeras órdenes.¹⁰¹ Y es que lo que pudiera presentarse en sus inicios como legítimo, bajo el estricto escrutinio, luego dejaría de estar justificado, pues debería exigirse mayor precisión en las medias a mayor certidumbre científica, reduciendo el margen de restricción.

3. CONCLUSIÓN: UN MISMO VIRUS EN DOS MUNDOS

En uno y otro lado del Atlántico, los gobiernos buscaron frenar la expansión del virus, limitando el aforo de los sitios y adoptando medidas comunes de seguridad, desde la distancia social hasta el uso de la mascarilla. España y USA distinguieron los lugares de culto de otros espacios, limitando más el aforo de los primeros en ocasiones, sin saber muy bien la razón de ello, más allá de no considerar sus servicios tan esenciales como los no religiosos. En esos casos, las actividades religiosas fueron asimiladas a otras sociales o culturales.

Ahora bien, mientras ningún gobierno español cerró los lugares de culto, restringiendo, eso sí, su acceso, según la evolución de la pandemia, algunas órdenes de los gobernadores estadounidenses, en especial durante los primeros momentos, prohibieron toda reunión, cerrando los lugares de culto, manteniendo solo sus actividades sociales. En cambio, por lo que se refiere al ejecutivo nacional, la principal diferencia entre España y USA fue la distancia de planteamientos que hubo entre el gobierno republicano de Trump, con su ministro de justicia William P. Barr, y la coalición social-comunista liderada por Sánchez, unos y otros con visiones muy distintas de la libertad y de la religión. Y, en el caso de los tribunales, otra clara diferen-

⁹⁹ Cfr. *County of Butler v. Wolf*, 486 F.Supp.3d 883, at 901 (WD PA, September 14, 2020) [Stickman IV, J.].

¹⁰⁰ Cfr. *Calvary Chapel*, at 2604-2605 [Alito, J., *dissenting...*].

¹⁰¹ Cfr. *County of Butler v. Wolf*, at 899-900 [Stickman IV, J.].

cia fue la activa defensa judicial en USA por quienes vieron lesionados sus derechos constitucionales de libre ejercicio religioso. Esta defensa judicial de sus derechos (más de un centenar de casos en todos los circuitos), fruto de la mayor presencia de los creyentes en la plaza pública, además de su familiaridad con los tribunales como lugar de reivindicación de derechos y solución de conflictos, tan propia de un sistema de *common law*, es algo desconocido, o no tan presente en España, donde no existe esa litigiosidad, en buena parte por el silencio de las confesiones religiosas, también el de la Iglesia católica.

Terminemos ofreciendo un conjunto de presupuestos y principios jurídicos que ayuden a encontrar la solución correcta en estos casos de emergencia sanitaria, no ya solo para el de ahora, sino para los que puedan presentarse en el futuro:¹⁰²

(1) Los derechos y libertades constitucionales no desaparecen en casos de necesidad o de urgencia, siendo su respeto la mejor prueba de la salud democrática de la sociedad.

¹⁰² Muchos de estos aspectos no han pasado desapercibidos a buena parte de la doctrina, aunque hayan sido abordados de modo distinto a como lo hacemos aquí. Entre otros, además de los ya citados y de los que vendrán mencionados a continuación, cabría destacar: J. BLACKMAN, *What Rights Are “Essential”? The 1st, 2nd, and 14th Amendments in the Time of Pandemic*, «Harvard Journal of Law and Public Policy» 44 (2021), pp. 1-78, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3707739>; P. CONSORTI (ed.), *Law, Religion and COVID-19 Emergency*, Pisa, DiReSoM, 2020, disponible en https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/05/law-religion-and-covid-19-emergency_diresom-papers-1-2.pdf; C. M. CORBIN, *Religious Liberty in a Pandemic*, «Duke Law Journal Online» 70 (2020), pp. 1-20, disponible en <https://dlj.law.duke.edu/2020/09/religiouspandemic/>; A. FERRARI, *Covid-19 e libertà religiosa*, 6 aprile 2020, disponible en www.settimananews.it/diritto/covid-19-liberta-religiosa; J. D. JACKSON, *Tiered Scrutiny in a Pandemic*, «CanLawNOW» 12 (2020), pp. 39-55; D. LAYCOCK, *Religious Practice in A Pandemic*, «New York Times», October 10, 2020, A25, en <https://www.nytimes.com/2020/10/09/opinion/cuomo-synagogue-lockdown.html>; D. R. REISS, M. THOMAS, *More Than a Mask: Stay-At-Home Orders and Religious Freedom*, «San Diego Law Review» 57 (2020), pp. 1-26, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3645433>; Z. ROTHSCHILD, *Free Exercise’s Lingering Ambiguity*, «California Law Review Online» 11 (July 2020), pp. 282-295, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630705>. Por nuestra parte, llevamos ocupándonos de estas cuestiones dos décadas, pudiendo seguir el desarrollo de estos argumentos, entre otras publicaciones, en: J. I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE. UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): Una libertad en tensión*, Pamplona, EUNSA, 2006; ID., *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE. UU.: De las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Pamplona, EUNSA, 2011; ID., *Sobre la “neutralidad” del Estado liberal en materia de libertad religiosa*, in *La libertad religiosa para el bien de todos. Texto y comentario al documento de la Comisión Teológica Internacional*, a cargo de J. Prades, Madrid, BAC, 2021, pp. 183-192. Y finalmente, no debiéramos olvidar el magnífico trabajo de la comisión creada por el gobierno Trump y liderada por Mary Ann Glendon: COMMISSION ON UNALIENABLE RIGHTS, *Final Report*, August 26, 2020, disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Report-of-the-Commission-on-Unalienable-Rights.pdf>.

(2) Los Estados deben velar por la vida de sus ciudadanos tanto como por el resto de sus derechos y libertades fundamentales.¹⁰³

(3) A diferencia de otras libertades, la religiosa conecta mejor que ninguna otra la verdad con el bien del hombre y de la sociedad, además de ayudar a reconstruir la identidad del sujeto moderno, sirviendo de firme muro contra la tentación totalitaria del Estado, tan real en un estado de emergencia.

(4) No siendo un derecho o libertad absoluta, la libertad religiosa goza de una posición preferente en el conjunto de los derechos y libertades, como la primera de estas.

(5) Ante una situación de emergencia sanitaria como la COVID-19, la libertad religiosa puede ser limitada por las medidas que las autoridades civiles adopten en materia de asistencia religiosa o sobre los lugares de culto, siempre que esas acciones guarden relación directa con el fin al que sirven (la vida o la salud) y no comprometan de forma grave otros derechos y libertades.

(6) Un estado de alarma o de emergencia sanitaria es algo extraordinario y limitado en el tiempo, ajustándose con flexibilidad a sus distintos momentos y fases.

(7) El camino más fácil, y menos eficaz, es siempre el de la restricción de derechos y libertades, mientras que su respeto y adaptación hace que los ciudadanos cumplan mejor con las medidas.

(8) Ante un estado de emergencia sanitaria por un virus desconocido de rápida difusión, los Estados deben actuar unidos para controlar su difusión, con medidas nacionales que coordinen las acciones locales y estatales (USA) o autonómicas (España), dejando en manos del gobierno nacional su coordinación, así como las decisiones internacionales que deban tomarse, exigiendo a los organismos supranacionales (OMS) las acciones precisas sin presión de ningún Estado, y sometiéndoles al control de su gestión.

(9) La adopción unilateral de medidas por parte de las autoridades civiles, dejando al margen a las confesiones religiosas, es una gran pérdida en momentos de crisis en los que se hace necesario contar con todos, de ahí que la cooperación con ellas servirá para un mejor control de la situación,¹⁰⁴ evitan-

¹⁰³ La salud, física y mental, forma parte del bien común que deben proteger las autoridades civiles, suponiendo la misma un límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa siempre que las medidas sean necesarias, racionales y proporcionales, sin que vacíen de contenido este último derecho: M. B. RODRIGO LARA, *La libertad religiosa en España durante la pandemia COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cit., pp. 125-130. Por su parte, Scharffs toma en cuenta también la salud espiritual: B. G. SCHARFFS, *El Coronavirus y la libertad religiosa: un análisis preliminar de los Estados Unidos*, cit., p. 440.

¹⁰⁴ En este sentido, se han mostrado partidarios de la necesaria cooperación, entre otros, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 y libertad religiosa: ¿problemas nuevos o soluciones antiguas?*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cit., pp. 30-32; M. B. RODRIGO LARA, *La libertad religiosa en España durante la pandemia COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cit., pp. 138-141.

do la imagen de esas Iglesias y confesiones como entidades subordinadas al Estado, pudiendo este comprometer su autonomía y libertad, al decidir cuestiones (como el aforo y otras) que no le pertenecen (claramente en el caso de la Iglesia católica en España, según los Acuerdos con la Santa Sede de 1979).

(10) No sería justo responsabilizar a las autoridades civiles de la unilateralidad de las acciones cuando las Iglesias y confesiones estuvieran divididas, entre sí y dentro de ellas, sin ser capaces de ofrecer una única voz fuerte y clara con la que dialogar.

(11) En un Estado de Derecho, corresponde al legislativo la regulación del marco general de la emergencia, quedando en manos del ejecutivo la adopción de las medidas necesarias, debiendo velar los tribunales por la observancia de todo ello.

(12) Las medidas deben ser racionales, no arbitrarias, sin confusiones ni contradicciones, sin politización de la crisis sanitaria, a fin de no llevar a la pérdida de confianza.

(13) El legislativo nacional o federal es el que mejor puede definir los servicios esenciales, debiendo incluir, entre ellos, los bienes protegidos por los derechos fundamentales, como sería el ejercicio privado y público, individual y comunitario, de la libertad religiosa; una sana política legislativa supone respetar la jerarquía existente en los bienes, según los fines que persiguen. Que sea el legislativo nacional el que lo haga evita la desigualdad entre ciudadanos y confesiones religiosas según el Estado o Comunidad autónoma en que se encuentren.

(14) El legislativo también debe regular con antelación estas cuestiones, pues su previsión evita las prisas del momento y respeta mejor los derechos de todos (así lo han hecho los legislativos de Ohio, Arkansas y, más recientemente, North Dakota).

(15) El Estado no debe tratar a las confesiones religiosas, en general, y a la Iglesia católica, en particular, como realidades de orden puramente social o cultural, pues ni una misa es un concierto, ni una homilía una conferencia, ni un bautismo un rito de integración social.

(16) Los lugares de culto no deben recibir un trato distinto al de otros establecimientos no religiosos dedicados al comercio, la restauración o el ocio, siendo similar, cuando no menor, el riesgo de contacto. De lo contrario, se actúa con un ánimo hostil hacia la religión, enviando a los creyentes un mensaje de que no son miembros con iguales derechos en la comunidad.

(17) Tampoco se debe distinguir, dentro de los lugares de culto, las actividades religiosas de las seculares, prohibiendo o limitando las primeras, mientras son autorizadas las segundas, cuando unas y otras entrañen los mismos riesgos de salud.

(18) El legislativo debe controlar la acción del ejecutivo cada cierto tiempo, siendo así que a mayor tiempo mayor control.

(19) El ejecutivo debe guiarse, en su política sanitaria, por los datos de la medicina, no siempre seguros en los primeros estadios de una enfermedad desconocida.

(20) Los tribunales, en un primer momento, no afectando derechos y libertades, no deben entrar en asuntos de carácter político o en datos científicos, dejando su respuesta en manos del gobierno y observando así un adecuado margen de deferencia.

(21) El riesgo de lesión de los derechos y libertades crece a medida que se mantiene el estado de necesidad, de ahí que los tribunales deben buscar un cuidadoso equilibrio entre los intereses afectados. Si los líderes religiosos y sus congregaciones deben entender que la libertad religiosa no es una especie de patente de corso o de total inmunidad frente a cualquier posible ley neutral y de general aplicación, los gobiernos no deben olvidar que la libertad religiosa es la cima de los valores constitucionales.

(22) A medida que el tiempo pase, las restricciones de derechos deben encontrar mejor y mayor justificación, por vía de exención o de adaptación, de modo que, ante una carga sustancial de la libertad religiosa, el gobierno debe probar que la medida adoptada es importante, sin que otra menos restrictiva pueda lograr el fin que se busca. De superar este test, la medida es proporcional y entonces válida.

(23) El ámbito propio del foro debe seguir siendo la noble y humilde tarea de decir lo justo, aquello que en justicia le es debido a cada uno, en este caso, a los creyentes y a los lugares de culto, precisamente cuando las personas más necesidad tienen de esa clase de actividad, siendo flexibles en las respuestas, según los tiempos del problema de que se trate y de las pruebas presentadas, no tomando como un todo las medidas aprobadas, sino siendo capaz de distinguir, entre ellas, las que fueran posibles y necesarias.

(24) Toda crisis, también la sanitaria, pone a prueba a la sociedad entera, siendo una buena ocasión para reflexionar sobre el modelo que se quiere y el fin que busca, lo que exigirá el replanteamiento de las grandes cuestiones de la filosofía moral, de la filosofía política, y de la filosofía del derecho.

(25) El Estado del bienestar, llegada la prueba, debe atender a los más desfavorecidos con mayor riesgo de contagio por sus peores condiciones para hacer frente a la crisis.

(26) Y el Estado de Derecho, si desea seguir siéndolo, debe ser capaz, ante situaciones graves y urgentes, de arbitrar respuestas en las que los derechos fundamentales (entre ellos, el de libertad religiosa) no sufran más restricciones que las estrictamente necesarias, volviendo a la normalidad constitucional tan pronto sea posible.

BIBLIOGRAFÍA

- ALITO S., *Address to 2020 National Lawyers Convention*, Federalist Society, November 12, 2020, disponible su <https://fedsoc.org/conferences/2020-national-lawyers-convention?#agenda-itemaddress-8>.
- BERG T. C., *Minority Religions and the Religion Clauses*, «Washington University Law Quarterly» 82 (2004), pp. 919-1000.
- BLACKMAN J., *What Rights Are “Essential”? The 1st, 2nd, and 14th Amendments in the Time of Pandemic*, «Harvard Journal of Law and Public Policy» 44 (2021), pp. 1-78, disponible su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3707739>.
- BUSSEY B. W., *Contagio: el temor de los gobiernos a la religión durante la crisis del COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, a cura di Martínez-Torrón J., Rodrigo Lara B., Madrid, Iustel, 2021, pp. 37-70.
- COMMISSION ON UNALIENABLE RIGHTS, *Final Report*, August 26, 2020, disponible su <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Report-of-the-Commission-on-Unalienable-Rights.pdf>.
- CONSORTI P. (ed.), *Law, Religion and COVID-19 Emergency*, Pisa, DiReSoM, 2020, disponible su https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/05/law-religion-and-covid-19-emergency_diresom-papers-1-2.pdf.
- CORBIN C. M., *Religious Liberty in a Pandemic*, «Duke Law Journal Online» 70 (2020), pp. 1-20, disponible su <https://dlj.law.duke.edu/2020/09/religiouspandemic/>.
- FERRARI A., *Covid-19 e libertà religiosa*, 6 aprile 2020, disponible su www.settimana-news.it/diritto/covid-19-liberta-religiosa.
- HAMBURGER P. A., *A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective*, «George Washington Law Review» 60 (1992), pp. 915-948.
- JACKSON J. D., *Tiered Scrutiny in a Pandemic*, «CanLawNOW» 12 (2020), pp. 39-55.
- LAYCOCK D., *The Remnants of Free Exercise*, «Supreme Court Review» 1990 (1990), pp. 1-68.
- , *Regulatory Exemptions of Religious Behavior and the Original Understanding of the Establishment Clause*, «Notre Dame Law Review» 81 (2006), pp. 1793-1842.
- , *Religious Liberty and the Culture Wars*, «University of Illinois Law Review» 2014 (2014), pp. 839-879.
- , *Religious Practice in A Pandemic*, «The New York Times», October 10, 2020, in A25, su <https://www.nytimes.com/2020/10/09/opinion/cuomo-synagogue-lockdown.html>.
- LAYCOCK D., COLLIS S. T., *Generally Applicable Law and the Free Exercise of Religion*, «Nebraska Law Review» 95 (2016), pp. 1-27.
- LUND C. C., *A Matter of Constitutional Luck: The General Applicability Requirement in Free Exercise Jurisprudence*, «Harvard Journal Law & Public Policy» 26 (2003), pp. 627-665.
- , *Free Exercise Reconceived: The Logic and Limits of Hosanna-Tabor*, «Northwestern University Law Review» 108 (2014), pp. 1183-1233.
- , *Martyrdom and Religious Freedom*, «Connecticut Law Review» 50 (2018), pp. 959-984.
- MARTÍNEZ-TORRÓN J., *COVID-19 y libertad religiosa: ¿problemas nuevos o soluciones an-*

- tiguas?, in *COVID-19 y libertad religiosa*, a cura di Martínez-Torrón J., Rodrigo Lara B., Madrid, Iustel, 2021, pp. 23-36.
- McCONNELL M. W., *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, «University of Chicago Law Review» 57 (1990), pp. 1109-1153.
- , *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, «Harvard Law Review» 103 (1990), pp. 1409-1517.
- , *Religious Freedom at a Crossroads*, «University of Chicago Law Review» 59 (1992), pp. 115-194.
- McCONNELL M. W., RASKIN M., *If liquor Stores Are Essential, Why Isn't Church?*, «The New York Times», April 21, 2020, su <https://www.nytimes.com/2020/04/21/opinion/first-amendment-church-coronavirus.html>.
- REISS D. R., THOMAS M., *More Than a Mask: Stay-At-Home Orders and Religious Freedom*, «San Diego Law Review» 57 (2020), pp. 1-26, disponible su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3645433>.
- RODRIGO LARA M. B., *La libertad religiosa en España durante la pandemia COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, a cura di Martínez-Torrón J., Rodrigo Lara B., Madrid, Iustel, 2021, pp. 119-144.
- ROTHSCHILD Z., *Free Exercise's Lingering Ambiguity*, «California Law Review Online» 11 (July 2020), pp. 282-295, disponible su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630705>.
- RUBIO LÓPEZ J. I., *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE. UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): Una libertad en tensión*, Pamplona, EUNSA, 2006.
- , *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE. UU.: De las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Pamplona, EUNSA, 2011.
- , *Sobre la "neutralidad" del Estado liberal en materia de libertad religiosa*, in *La libertad religiosa para el bien de todos. Texto y comentario al documento de la Comisión Teológica Internacional*, a cura di J. PRADES, Madrid, BAC, 2021, pp. 183-192.
- SCHARFFS B. G., *El coronavirus y la libertad religiosa: un análisis preliminar de los Estados Unidos*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, a cura di Martínez-Torrón J., Rodrigo Lara B., Madrid, Iustel, 2021, pp. 415-458.
- WILEY L. F., VLADECK S. I., *Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against "Suspending" Judicial Review*, «Harvard Law Review Forum» 133 (2020), pp. 179-198.