

CUANDO LA LIBERTAD RELIGIOSA ENTRA EN CONFLICTO CON LAS LEYES ANTIDISCRIMEN ¿A QUIÉN DEBE PROTEGER EL ESTADO?

ARTÍCULO

JOSÉ RAMÓN LÓPEZ ACEVES*

Introducción.....	687
I. Masterpiece Cakeshop y lo que este representa.....	688
A. La Comisión de Protección Antidiscrimen de Colorado	691
II. Los derechos religiosos constitucionales	693
A. La Cláusula de Establecimiento.....	693
B. La libertad religiosa	694
i. Las Leyes antidiscrimen	697
A. El cambio de la narrativa en la protección de la comunidad LGBT+.....	700
III. No fue solo un bizcocho.....	703
Conclusión	706

INTRODUCCIÓN

En el año 2014, el profesor Efrén Rivera Ramos ofreció la conferencia *Estado, Religión y Derecho: Una reflexión multidisciplinaria*, como parte de los eventos ofrecidos por la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Al terminar su ponencia, estableció ciertas preocupaciones a analizar sobre el futuro de la separación entre la Iglesia y el Estado y la jurisprudencia vigente. Una de estas preocupaciones fue con respecto a la opinión mayoritaria de *Burwell v. Hobby Lobby*,¹ sobre la cual el profesor expresó: “cuando esos acomodos perjudican a terceros como sucedió en *Hobby Lobby*, ¿Hasta dónde se debe llegar? ¿Se puede discriminar contra otros aduciendo razones religiosas?”² Han pasado casi 5 años desde esa ponencia y la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante, la Corte Suprema) aún no ha podido responderla completamente. Hace poco se tuvo la oportunidad para finalmente resolver esta preocupación. No obstante, en *Masterpiece*

* El autor es graduado del JD de la Universidad de Puerto Rico. Obtuvo además el grado del LLM en Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Así también, cuenta con el grado y licencia de abogado en México de la Universidad de Guadalajara. El autor quiere agradecer a Efraín Otero, Estela Aceves y María A. Palacios, por todo el apoyo ofrecido en sus años de estudios. Sin ellos este trabajo no se hubiera llevado a cabo.

¹ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014) (En este caso se determinó que el derecho fundamental a la libertad religiosa abarcaba también a las llamadas corporaciones íntimas, en relación de la protección ya otorgada a sus accionistas).

² Efrén Rivera Ramos, *Estado, Religión y Derecho: Marco Jurídico*, 84 REV. JUR. UPR 537, 544 (2015).

Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, la Corte desaprovechó la ocasión para, de una vez y por todas, llegar a una determinación al respecto de esta controversia.³

Por consiguiente, el propósito de este escrito es hacer un análisis de la decisión de *Masterpiece* y contrastarlo con los derechos que involucra dicha controversia. En su opinión, la Corte menciona de manera superficial los derechos que suscitan dicho conflicto. Por un lado, menciona la libertad religiosa y la libertad de expresión y, por el otro, la protección otorgada por las leyes antidiscrimen.

En la primera parte de este escrito, se analizará la opinión mayoritaria de *Masterpiece*, para así establecer cuáles fueron los fundamentos de esa decisión. En la Parte II, se estudiará la evolución doctrinal por medio de jurisprudencia de aquellos derechos fundamentales, llamados Derechos Religiosos, otorgados por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Después, en la Parte III, se presentará un análisis de las leyes antidiscrimen en controversia con dichos derechos fundamentales. Por último, se confrontará la idea de que un bizcocho sea considerado como un medio de expresión de acuerdo con *Masterpiece* y como esto legitima la defensa de una posible violación a la libertad de expresión del pastelero Jack Phillips.

I. MASTERPIECE CAKESHOP Y LO QUE ESTE REPRESENTA

En los últimos años, las decisiones de los tribunales con respecto a los derechos de la comunidad LGBT+, demuestran un avance exponencial en pro de los derechos de esta comunidad. Lo anterior, en contraposición con décadas pasadas, en las cuales se llegó hasta a legislar una ley federal que no reconocía el matrimonio entre parejas del mismo sexo. A raíz de dicha legislación, a este tipo de uniones civiles no se les otorgarían los posibles derechos federales que estos matrimonios, avalados por leyes estatales, pudieran adquirir.⁴ No obstante, la Corte, en respuesta a los intentos de reglamentar este tipo de uniones *civiles*, determinaría la inconstitucionalidad de esta Ley.⁵ Consecuentemente, un año después, en *Obergefell v. Hodges* se decidiría tajantemente el derecho fundamental a casarse —de manera civil de las parejas del mismo sexo.⁶ Sin duda, la lucha para conseguir el mismo trato e igual protección de las leyes para esta comunidad dio un paso sumamente positivo con la decisión de *Obergefell*. Sin embargo, de acuerdo con el análisis de este escrito, dicha lucha no ha terminado. Veamos.

De esta manera, aunque pudiera parecer que la batalla había sido ganada, existen ciertos temas que aún se tienen que elaborar. Tal es caso de la controversia que envuelve *Masterpiece*. En este caso se atiende una cuestión de suma importancia, ya que confluyen dos derechos fundamentales en los Estados Unidos. Por un lado, el derecho fundamental de que los individuos puedan contraer matrimonio civil aun siendo parejas del

3 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Com'n*, 138 S.Ct. 1719 (2018).

4 *Defense of Marriage Act*, 1 U.S.C. § 7 (2018).

5 *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013) (donde la Corte Suprema, por medio de la opinión mayoritaria del juez Kennedy, determinaría que la interpretación restrictiva de matrimonio al solo aplicar para parejas del sexo opuesto violaba el debido proceso de la Quinta Enmienda y la dignidad de las personas afectadas).

6 *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015).

mismo sexo, reconocido en *Obergefell* y, por otro lado, el derecho a la libertad religiosa de un tercero. Lo anterior se atiende, en el supuesto en que un tercero se niegue a vender o proveer ciertos productos y servicios que la pareja a casarse requiera comprar y utilizar en su ceremonia. Es decir, podrán llevar a cabo el matrimonio y esta unión estar legitimada por el Estado, pero un tercero podrá negarse a venderles ciertos productos necesarios para su evento, amparándose en que el Estado no puede compeler sus derechos como la libre expresión y la libertad de culto, por medio de leyes que prohíben el discrimen.

Lo anterior, es el asunto que debía tratarse en *Masterpiece*, el cual versa al respecto de una pareja del mismo sexo que en 2012 decidió llevar a cabo la unión civil del matrimonio.⁷ Es importante notar que, aunque este caso se resolvió después de *Obergefell*, la controversia inició antes. Por esta razón, la pareja se uniría legalmente en Massachusetts, estado que permitía este tipo de uniones legales.⁸ Sin embargo, el evento para celebrar su unión se realizaría en el estado de Colorado, el cual no reconocía aún este tipo de matrimonios.⁹ Por lo que decidieron acudir al establecimiento *Masterpiece Cakeshop* —ubicado en Lakewood, Colorado— para comprar el bizcocho de su boda, allí fueron recibidos por el propietario y pastelero Jack Phillips.¹⁰ Charlie Craig y Dave Mullins, la pareja a contraer matrimonio, solicitaron la creación de un pastel personalizado para su evento, sin dar detalles particulares del diseño de su bizcocho.¹¹ No obstante, el pastelero Phillips les informó que él no preparaba bizcochos para bodas entre personas del mismo sexo, aunque añadió que podría venderles pasteles de cumpleaños, brownies y cualquier otro producto que no fuera el bizcocho de su boda.¹² Al día siguiente, la madre de Craig se comunicó con el señor Phillips para solicitarle una explicación por la negativa a realizar el pedido de su hijo, a lo que él contestó que no realizaba este tipo de pedidos porque se oponía a este tipo de uniones por motivos religiosos.¹³ Además, lo justificó con el hecho de que en Colorado las leyes tampoco reconocían este tipo de uniones.¹⁴ Como se estableció claramente en la opinión mayoritaria de este caso, Phillips explicó que “to create a wedding cake for an event that celebrates something that directly goes against the teachings of the Bible, would have been a personal endorsement and participation in the ceremony and relationship that they were entering into”.¹⁵

Por otro lado, el estado de Colorado prohíbe por medio de legislación estatal ciertas actuaciones discriminatorias en el *Colorado Anti-Discrimination Act* (en adelante, “CADA”) el cual establece lo siguiente:

7 *Masterpiece Cakeshop, Ltd.*, 138 S.Ct. 1719 (2018).

8 *Id.* en la pág. 1724.

9 *Id.*

10 *Id.*

11 *Id.*

12 *Id.*

13 *Id.*

14 *Id.*

15 *Id.* (énfasis suplido).

It is a discriminatory practice and unlawful for a person, directly or indirectly, to refuse, withhold from, or deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, *sexual orientation*, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation or, directly or indirectly, to publish, circulate, issue, display, post, or mail any written, electronic, or printed communication, notice, or advertisement that indicates that the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation will be refused, withheld from, or denied an individual or that an individual's patronage or presence at a place of public accommodation is unwelcome, objectionable, unacceptable, or undesirable because of disability, race, creed, color, sex, *sexual orientation*, marital status, national origin, or ancestry.¹⁶

Esta sección de la Ley prohíbe expresamente la discriminación por razón de orientación sexual, distinto a la Ley federal antidiscrimen que se analizará a profundidad más adelante en este escrito. De acuerdo con CADA, nadie podrá realizar prácticas discriminatorias contra ninguna persona por razón de su orientación sexual, entre esto se incluye de manera expresa el acceso y disfrute a bienes y servicios. Por medio de esta Ley se crea un acomodo público que protege a ciertos grupos. CADA define a los acomodos públicos como negocios “engaged in any sales to the public and any place offering services, facilities, privileges, advantages, or accommodations to the public, including but not limited to any business offering wholesale or retail sales to the public; any place to eat, drink, sleep, or rest, or any combination thereof. . .”.¹⁷ No obstante, excluye a Iglesias, sinagogas, mezquitas o cualquier lugar que se use principalmente para propósitos religiosos.¹⁸ Lo anterior, para evitar una posible violación del Estado a los derechos religiosos establecidos en la Constitución de los Estados Unidos.¹⁹ En el caso de *Masterpiece*, como su página electrónica lo establece, es un negocio para la venta de pastelería y no para llevar a cabo actos religiosos.²⁰

Así las cosas, al negarles el servicio, la pareja decidió acudir ante los órganos administrativos pertinentes para hacer valer la ley estatal antidiscrimen que los cobija. Por medio de un proceso administrativo para resolver reclamos de este tipo, la Comisión de Derechos Civiles de Colorado (en adelante, “Comisión”) determinó que la actuación de Phillips violaba las protecciones en contra de actos discriminatorios en acomodos públicos, conforme a CADA.²¹

Inconforme con lo resuelto por la Comisión, el pastelero Phillips decidió apelar ante el foro pertinente. No obstante, la Corte de Apelaciones de Colorado rechazó el argumen-

16 Colorado Anti-Discrimination Act, COLO. REV. STAT. § 24-34-601 (2)(a) (2018) (énfasis suplido).

17 *Id.* § 24-34-601 (1).

18 *Id.*

19 CONST. EE. UU. enm. I.

20 MASTERPIECE CAKESHOP, <http://masterpiececakes.com> (última visita el 25 de marzo de 2019).

21 COLO. REV. STAT. § 24-34-306.

to de que la determinación de la Comisión fue inconstitucional al compeler a Phillips a servir a la pareja, en contra de su libertad de expresión y libertad de culto.²² La Corte de Apelaciones determinó que la pastelería estaba sujeta a las leyes antidiscrimen y la normativa de acomodo público debería aplicarle.²³ Por esta razón, el pastelero Phillips acudió ante el máximo foro de los Estados Unidos.

A partir de este momento, la Corte Suprema analiza el caso de una manera zigzagueante. Lo que debía resolverse, no llega a concretarse; la Corte Suprema, más bien, termina dilucidando cuestiones ajenas a la controversia que nos interesa sobre si la actuación del pastelero Phillips fue o no un acto discriminatorio en violación a CADA. El juez Kennedy, en su opinión mayoritaria, comienza esbozando que las personas homosexuales no pueden ser tratadas “as social outcasts or as inferior in dignity and worth. For that reason the laws. . . in some instances *must*, protect them in the exercise of the civil rights”.²⁴ Al mismo tiempo también expone que las objeciones y opiniones religiosas en contra del matrimonio entre parejas del mismo sexo estarán protegidas en ciertas instancias por medio de la libertad de expresión.²⁵

En lo expuesto anteriormente se basa la controversia a analizar en este escrito. Es decir, en la supuesta dicotomía o conflicto generado por estos derechos constitucionales. La Corte Suprema, como analizaremos más adelante, no responde directamente esta interrogante, por el contrario, la opinión mayoritaria utiliza un ángulo tangente a la problemática para revocar lo determinado por los órganos inferiores. Es decir, la actuación de la Comisión y el trato que se le dio a Phillips en su vista administrativa. Sin embargo, el caso si analiza de manera superficial ciertas cuestiones importantes en la controversia, como el derecho a la libertad de expresión y como la creación de un pastel puede ser una manifestación de dicha expresión. Así también, las opiniones concurrentes y la disidente exponen ciertos argumentos que posiblemente se traerán en un futuro caso para determinar de una vez por todas, si la libertad religiosa exime de responsabilidad a los individuos bajo las leyes antidiscrimen y, por lo tanto, dicho derecho fundamental les otorga carta blanca para poder discriminar. A continuación, analizaremos la actuación de la Comisión que fue declarada inconstitucional en *Masterpiece*. Después de analizar lo anterior, podremos examinar el choque de los derechos fundamentales que, a nuestro juicio, se debió resolver en este caso.

A. La Comisión de Protección Antidiscrimen de Colorado

La opinión mayoritaria explica que el pastelero Phillips tenía el derecho de que las actuaciones de la Comisión fueran neutrales y respetuosas en el manejo de su reclamación,

22 Craig v. Masterpiece Cakeshop, Inc., 370 P.3d 272, 283 (2015) (énfasis suplido).

23 MASTERPIECE CAKESHOP, <http://masterpiececakes.com> (última visita el 25 de marzo de 2019).

24 *Id.* en la pág. 1727 (énfasis suplido).

25 *Id.* (estableciendo que “[t]he First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths”, citando a *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584, 2607 (2015)).

y la Corte Suprema consideró que no lo fueron.²⁶ Primeramente se analizó que, en la vista de 25 de julio de 2014, la comisionada Diann Rice se expresó de la siguiente manera:

I would also like to reiterate what we said in the hearing or the last meeting. Freedom of religion and religion *has been used to justify* all kinds of discrimination throughout history, whether it be slavery, whether it be the holocaust, whether it be —I mean, we—we can list hundreds of situations where freedom of religion *has been used to justify* discrimination. And to me it is one of the most despicable pieces of rhetoric that people *can use to—to use their religion to hurt others.*²⁷

De acuerdo con la opinión del juez Kennedy, estas expresiones por parte de la Comisionada fueron hostiles a las creencias de Phillips.²⁸ Por lo tanto, bajo el supuesto de *hostilidad* que determina la opinión del Tribunal, la actuación no fue respetuosa de las creencias religiosas del pastelero. Sin embargo, no se analiza el hecho de que las mismas se refieren al uso de la religión para discriminar y no a la creencia religiosa de la persona en sí. Es decir, al uso que les dan a sus creencias.

Por otro lado, sustentan esta determinación en torno a cómo la actuación de la Comisión no fue acorde con controversias similares en el pasado. En tres ocasiones anteriores, la división de derechos civiles de la Comisión determinó sobre la libertad de diferentes pasteleros de rechazar hacer bizcochos a ciertos clientes, por motivo de que los mismos transmitían un mensaje de odio e intolerancia en contra de la comunidad LGBT+.²⁹ Respecto a esto, la Corte Suprema analizó el hecho de que la Comisión dio un trato distinto al validar una actuación y negar otra, ya que al basarse en la idea de que uno era un mensaje ofensivo y el otro no; tal visión desfavorecía la expresión religiosa del pastelero Phillips. Lo anterior, según determinaron en la opinión mayoritaria, es una actuación no neutral por parte del Estado.³⁰

Por lo tanto, la Corte concluye que la actuación *hostil* de los oficiales de la Comisión fue inconsistente con las garantías protegidas en la Primera Enmienda.³¹ El juez Kennedy terminó exponiendo que la decisión de esta controversia se tendrá que analizar más ampliamente en futuros casos, “all in the context of recognizing that these disputes must be resolved with tolerance, without undue disrespect to sincere religious beliefs, and without subjecting gay persons to indignities when they seek goods and services in an open market”.³²

La opinión del juez Kennedy finalizó con este punto y tal como se ha analizado no determinó la controversia fundamental sobre si la libertad religiosa de los individuos se

26 *Id.* en la pág. 1729.

27 *Id.* (énfasis suplido).

28 *Id.*

29 *Id.*

30 *Id.* en la pág. 1731.

31 *Id.*

32 *Id.* en la pág. 1732.

puede considerar como una excepción a las normas antidiscrimen. Por lo que habría que preguntarse si, ¿la determinación hubiera sido distinta si la Comisión no hubiera actuado de *manera hostil* y aun resolviera a favor de Charlie Craig y Dave Mullins? Ahora bien, habiendo establecido lo que resuelve la opinión mayoritaria, es momento de analizar los derechos constitucionales en controversia y las posibles consecuencias de que en *Masterpiece* no se determinó de manera contundente a favor de ninguna de las partes.

II. LOS DERECHOS RELIGIOSOS CONSTITUCIONALES

La cláusula de *free-exercise*, libertad religiosa o de culto, está consagrada en la Carta de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos. La Primera Enmienda dispone que “no se establecerá ley alguna respecto al establecimiento de la religión o que prohíba el libre ejercicio”.³³ En esta disposición se establecen dos de los derechos fundamentales más protegidos por el Estado. El primero, dispone que el Estado no podrá crear una ley que establezca una religión oficial y el segundo, versa sobre la libertad de cada individuo de creer y ejercer la religión, culto o dogma que prefiera, sin ninguna intervención del Estado. Como estableció el profesor Hiram Meléndez Juarbe, al crear estas disposiciones se atendía la búsqueda de “la coexistencia de una pluralidad de voces dentro de un mismo espacio político”, lo cual es necesario para la democracia.³⁴

Así también, parte de las razones de estas disposiciones surgen de la experiencia de los colonos en Inglaterra, quienes habían sido objeto de persecuciones por sus creencias religiosas. A lo anterior, el profesor Rivera Ramos nos dice que “[l]os colonos percibieron que el establecimiento de una religión oficial representaba una amenaza a la libertad de culto”.³⁵ A esto, el profesor concluye que, en su momento, los que se verían más beneficiados de una separación de la Iglesia y el Estado, eran los mismos religiosos.³⁶ Es decir, que de imponerse una religión oficial podría provocarse una confrontación con la libertad religiosa de los individuos, al existir una diversidad de creencias entre los nuevos ciudadanos. Estos derechos se han desarrollado por medio de la jurisprudencia, por lo que se han creado ciertos criterios para analizar las controversias entre estos dos derechos constitucionales.

A. La Cláusula de Establecimiento

Uno de los casos principales sobre la llamada cláusula de establecimiento es *Lemon v. Kurtzman*,³⁷ en el que la Corte Suprema determinó que la misma va más allá del principio básico de que el Estado no debe imponer una religión oficial.³⁸ Por lo que se estableció que

33 CONST. EE. UU. enm. 1 (traducción suplida).

34 Hiram Meléndez Juarbe, *Estado, Religión y Derecho: Una reflexión multidisciplinaria*, 84 REV. JUR. UPR 531, 531 (2014).

35 Véase Rivera Ramos, *supra* nota 2, en la pág. 538.

36 *Id.* en la pág. 539.

37 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

38 Véase Rivera Ramos, *supra* nota 2, en la pág. 541.

esta cláusula también prohíbe al Estado que aliente, endose o inhíba una religión en particular o la Religión en general.³⁹ La controversia en este caso versaba sobre la creación de ciertos estatutos en Rhode Island y Pennsylvania, que destinaban fondos del Estado a escuelas no públicas, entre ellas escuelas religiosas, por medio de apoyos económicos para el pago de salarios de los profesores.⁴⁰ Por esta razón, diferentes contribuyentes desafiaron la constitucionalidad de esta leyes, al alegar que el uso de fondos públicos en escuelas religiosas violaba la cláusula de establecimiento.⁴¹ A lo que la Corte Suprema les dio la razón.

Lo más importante del caso, es que en él se establecen los tres criterios para evaluar si la actuación del Estado o la ley, son válidas al amparo de esta importante cláusula constitucional. El llamado *Lemon Test* nos dice que: 1) el estatuto —o la actuación de Estado o sus oficiales— deben de tener un propósito secular; 2) que el efecto de este no promueva o inhíba una religión, y 3) que el estatuto no fomente un involucramiento excesivo del Estado en ninguna religión.⁴² A partir de este momento, en la mayoría de los casos relacionados con la cláusula de establecimiento, tendrían que seguir estos criterios. No obstante, en el caso de *Masterpiece*, no se utilizan estos criterios para analizar la actuación de CADA, aunque probablemente la supuesta “actuación hostil” de los oficiales podría haber activado el segundo criterio, lo cual podría bastar para encontrar el acto de la Comisión como inconstitucional.⁴³

Por otro lado, en *Masterpiece* se determinó y se hizo el análisis de la actuación desde un enfoque más dirigido al segundo derecho que otorga la Primera Enmienda, la libertad religiosa. Por lo que el enfoque no es por medio de los criterios antes expuestos, si no por medio del escrutinio necesario para validar la actuación del Estado en contra de los individuos.

B. *La libertad religiosa*

La libertad religiosa ha tenido un gran desarrollo en los últimos años por medio de varios casos que han establecido una doctrina robusta para fortalecer este derecho fundamental. Además, de un desarrollo legislativo mediante leyes federales y estatales que consagran este derecho.

En el año de 1963, la Corte Suprema determinó que para poder validar una ley o actuación del Gobierno, en contra de un individuo, no bastaría con analizarla por medio de un escrutinio racional.⁴⁴ De esta manera, se tendría que utilizar en su lugar el análisis de escrutinio estricto.⁴⁵ El escrutinio estricto es un análisis más riguroso donde el estado deberá demostrar que su actuación atiende un interés apremiante y que no existe una

39 *Id.*

40 *Lemon*, 403 U.S. en la pág. 607.

41 *Id.* en la pág. 608.

42 *Id.* en las págs. 612-13 (traducción suplida).

43 Gabriela Moros Luces & Efrén Rivera Ramos, *Análisis de término: Derecho Constitucional*, 88 REV. JUR. UPR 40, 46 (2019).

44 *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 406 (1963).

45 *Id.*

medida menos onerosa hacia la religión o el individuo.⁴⁶ Es decir, que de no demostrarse este interés apremiante, la actuación o ley podrá ser declarada inconstitucional.

Es importante aclarar cómo en estos casos se trata de establecer que cierta actitud del Estado hacia la libertad religiosa de los individuos puede ser considerada discriminatoria. Por otro lado, en el caso de *Masterpiece* la situación es diferente, ya que se alega una posible actuación discriminatoria de un individuo, con la defensa del uso de sus creencias religiosas. No obstante, en los dos casos se busca defender de actos discriminatorios, ya sea del Estado o de aquellos actos privados regulados por las leyes antidiscrimen.

El análisis de escrutinio estricto que se determinó en *Sherbert v. Verner* fue desafiado en el año de 1990, en *Employment Division v. Smith*.⁴⁷ En este caso la Corte Suprema atendió la controversia de unas ceremonias religiosas con el uso del peyote de unos empleados indígenas, quienes fueron despedidos de su trabajo y posteriormente, se les negó los beneficios de desempleo.⁴⁸ El juez Scalia, en su opinión mayoritaria, expone que el ejercicio de la religión “often involves *not only belief and profession but the performance of (or abstention from) physical acts: assembling with others for a worship service, participating in sacramental use of bread and wine, proselytizing, abstaining from certain foods or certain modes of transportation*”.⁴⁹ Sin embargo, como bien señala el profesor Efrén Rivera, el caso de *Smith* “[cambiaría] la norma y . . . cuando se trata de una ley neutral, de aplicación general, que solo tiene un efecto incidental en la libertad religiosa, no hay que utilizar el escrutinio estricto”.⁵⁰ Es decir, que se tendrá que utilizar un escrutinio más flexible y laxo para determinar que una actuación del Estado es constitucional, haciendo más difícil el poder levantar la defensa contra la violación de la libertad religiosa de los individuos. Por lo que, en este caso, la ley que se desafió que prohíbe el uso de ciertas sustancias —el peyote— y los requisitos para poder acceder a los beneficios de desempleo, se analizaron por un criterio más laxo que el estricto, manteniendo así la constitucionalidad de la actuación estatal y negando los beneficios a dichos trabajadores. Aun cuando el uso del peyote representaba parte de sus creencias religiosas.

Lo anterior, generó que grupos activistas, tanto liberales como religiosos de diferentes sectores sociales, se unieran para presionar al Congreso de los Estados Unidos a legislar al respecto, como consecuencia del cambio de norma de la Corte en *Smith*.⁵¹ Como respuesta a los reclamos, el Congreso llevó a cabo la creación legislativa del *Religious Freedom Restoration Act* (en adelante, “RFRA”), con esta ley federal se determinaría que “laws ‘neutral’ toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise”.⁵² Así también, esta Ley determinaría que el escrutinio a utilizar para este tipo de controversias sería el estricto, tal como se había aplicado antes de *Smith*. No obstante, esta Ley federal sería enmendada después de que la Corte Suprema determinara que

46 Véase Rivera Ramos, *supra* nota 2, en la pág. 542.

47 *Emp’t Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

48 *Id.* en la pág. 874.

49 *Id.* en la pág. 877.

50 Véase Rivera Ramos, *supra* nota 2, en la pág. 542.

51 *Id.* en la pág. 543.

52 Religious Freedom Restoration Act, 42 U.S.C. § 2000bb (2018).

su aplicación a los estados es inconstitucional, ya que los poderes enumerados del Congreso ni la Enmienda Catorce le otorgan, a la Rama Legislativa federal, la facultad de crear leyes que limiten el poder de los estados a legislar sobre ciertos temas que les competen a estos.⁵³ A raíz de dicha determinación de la Corte Suprema, la Ley solo vincularía a las llamadas *Covered Entities*, entidades que el Congreso identifica como el Distrito de Columbia y Puerto Rico, así como cualquier territorio y posesión de los Estados Unidos.⁵⁴ Aunque la Corte Suprema determinó que RFRA era inconstitucional en su aplicación a los estados, no detuvo la creación estatal de *mini-RFRAS*. Estas leyes buscan evitar que el Estado viole el Derecho Constitucional a la libertad religiosa de cualquier individuo. No obstante, estas leyes pueden ser problemáticas en su aplicación y alcance, ya que pueden ser usadas como un posible escudo ante las leyes antidiscrimen *vis-a-vis* el derecho a la libertad religiosa.

Ahora bien, el derecho de libertad religiosa adquirió mayor delineamiento con el paso del tiempo, particularmente en cuanto a lo que se considera protegido. Como nos expone el profesor Velte, la libertad religiosa de la que habla la primera enmienda “is the right of individual conscience; to believe as we will and to change our minds freely, without undue influence from government or from powerful religious institutions”.⁵⁵ Por esta razón, el Estado no podrá por ningún motivo interferir en las creencias de los individuos. Este derecho fundamental se compenetra con la cláusula de establecimiento antes discutida, para con esto establecer la separación entre la Iglesia y el Estado.

Para poder continuar con este análisis, es importante diferenciar entre la libertad del individuo de creer y tener un dogma definido *versus* el interpretar que dicha libertad abarca la posibilidad de negar un servicio por motivo de esas creencias como es el caso de la pastelería Masterpiece Cakeshop. En este punto, hablamos de la posibilidad de que por medio de la defensa de la libertad religiosa se permita interferir con un tercero.⁵⁶ A raíz de esta jurisprudencia, la estrategia de la defensa de los derechos religiosos evolucionó hasta ser interrelacionada con la libertad de expresión de la Primera Enmienda.⁵⁷ Esto a su vez cambió la narrativa y amplió la idea de victimización del sector religioso; particularmente que el Estado busca interferir con las creencias de las personas por medio de leyes que les prohíban ciertos actos, como discriminar. Esta nueva estrategia redefinió la idea de defender estos actos amparados en la libertad religiosa “as being only for people who believe as they do, and as under attack by those who believe differently”.⁵⁸

53 *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 519 (1997). En este caso en que se desafía RFRA, la Corte Suprema en su capacidad de determinar la inconstitucionalidad de las normas, analizó la actuación del Congreso de ir sobre lo determinado en *Smith*. Por lo que, al declarar la inconstitucionalidad de esta norma federal, basa su análisis en:

Congress' power under § 5, however, extends only to “enforc[ing]” the provisions of the Fourteenth Amendment. The Court has described this power as “remedial, . . . [t]he designs of the Amendment . . . [is] inconsistent with the suggestion that Congress has the power to decree the substance of the Fourteenth Amendment’s restrictions on the States.

Id.

54 42 U.S.C. § 2000bb-2.

55 Kyle C. Velte, *All Fall Down: A Comprehensive Approach to Defeating the Religious Right’s Challenges to Antidiscrimination Statutes*, 49 CONN. L. REV. 1, 10 (2016).

56 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Com’n*, 138 S.Ct. 1719 (2018).

57 *Id.*

58 Velte, *supra* nota 55, en la pág. 11 (citas omitidas).

Por otro lado, en *Burwell v. Hobby Lobby* (en adelante, *Hobby Lobby*), la Corte Suprema analizó una controversia sobre la aplicabilidad de RFRA como una defensa levantada por una corporación íntima con fines de lucro.⁵⁹ En este caso, una corporación se negó a otorgar anticonceptivos gratuitos a sus empleadas en contravención a las disposiciones de la *Patient Protection and Affordable Care Act of 2010* (en adelante, *ACA*).⁶⁰ Los accionistas de esta corporación entendían que dicha ley violentaba su libertad religiosa, pues estos consideraban los anticonceptivos como instrumentos abortivos.⁶¹ El Tribunal determinó que RFRA cobijaba este tipo de *persona* aunque fuera solo una ficción jurídica, ya que fue creada por individuos protegidos por la libertad religiosa.⁶² Con esto, se determinó que aquellas corporaciones íntimas que al final fueron ideadas para limitar y separar la responsabilidad de sus integrantes del ente jurídico, no están separadas de tal manera que los derechos constitucionales que cobijan a sus accionistas no se transmitan a este ente.

Parte del análisis de la Corte Suprema en *Hobby Lobby* incorporó criterios utilizados en el caso de *Smith*; en especial el criterio de que no exista una medida menos onerosa que la impuesta por el Estado.⁶³ El Tribunal determinó que el *Department of Health and Human Services* no pudo probar que no existían medios menos onerosos para no afectar sustancialmente la libertad religiosa de la corporación.⁶⁴ Es decir, que *ACA* violentaba este derecho fundamental ya que existían otros medios menos onerosos para cumplir con las protecciones que otorga esta ley.

Todo este análisis es cónsono con el principio de proteger los derechos religiosos de las actuaciones estatales. Sin embargo, en *Hobby Lobby* se amplía el derecho de la libertad religiosa para validar el incumplimiento con una ley, aun cuando esto afecta el derecho de terceros. A la luz de este desarrollo jurisprudencial, ¿puede considerarse que la libertad religiosa les otorga una carta blanca a las personas para discriminar y afectar los derechos de terceros? Tanto *Masterpiece*, como *Hobby Lobby* convergen en el concepto de una libertad religiosa que va más allá de la búsqueda de que el Estado no interfiera en los dogmas personales de cada individuo. Estos casos sustentan la idea de que una persona puede actuar en contra de ciertas leyes y regulaciones amparándose en la defensa de su creencia personal. Para continuar con este análisis sobre la evolución de los derechos de libertad religiosa, es meritorio analizar los derechos civiles que se encuentran en supuesta contraposición a la libertad religiosa.

i. Las Leyes antidiscrimen

Los derechos civiles, a diferencia de la libertad religiosa, fueron creados mediante legislación y jurisprudencia, mas no nacen directamente de la Carta de Derechos. Por lo tanto, esta defensa de los individuos no estaba contemplada ampliamente, o al menos

59 *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S.Ct. 2751 (2014).

60 *Id.* en las págs. 2754-55.

61 *Id.* en la pág. 2759.

62 *Id.* en la pág. 2784.

63 *Id.* en la pág. 2780.

64 *Id.* en las págs. 2780-81.

claramente, en la Constitución. Lo anterior, no le resta validez a los llamados derechos civiles, los cuales se han desarrollado a raíz de los cambios sociales y culturales a los que se ha enfrentado Estados Unidos. En la actualidad, los derechos civiles son fundamentales en casi cualquier sociedad moderna, las cuales han rechazado validar ciertas actuaciones discriminatorias, ya sean hechas por el Estado o entre personas privadas.

Como se señaló anteriormente, el desarrollo de la narrativa y uso de la libertad religiosa ha dado espacio para ser utilizada como una *carta blanca* para discriminar, particularmente utilizando el derecho de la libertad de expresión. Sin embargo, es menester aclarar que el derecho a la libertad religiosa es vital para la democracia y autonomía de cada individuo que conforma la sociedad. Sin duda, las decisiones de la Corte Suprema no han sido erradas al proteger este derecho. No obstante, el desarrollo reciente de su alcance requiere que se interprete nuevamente, para que determinaciones como *Masterpiece* estén sustentadas en un análisis más abarcador de estos dos derechos; la protección ante interferencia del Estado, y el discrimen. A continuación, se analizará el desarrollo de los derechos civiles y cómo estos convergen con las protecciones buscadas por la comunidad LGBT+.

A raíz de la segmentación social existente en los Estados Unidos, aun luego de la abolición de la esclavitud, los afroamericanos continuaron siendo —o mejor dicho siguen siendo— discriminados. Aunque este grupo adquirió ciertos derechos luego de la abolición, continuaron siendo segmentados y discriminados para el acceso a bienes y servicios del sector privado. Debido a esto, el Congreso creó el *Civil Rights Act of 1875*, para prohibir y erradicar el discrimen racial en acomodos públicos.⁶⁵ No obstante, esta ley federal fue declarada inconstitucional, ya que el Congreso no tenía la facultad de legislar y prohibir el discrimen en el sector privado a través de la Enmienda Catorce.⁶⁶ En otras palabras, el Congreso solo podía crear leyes que prohibieran el discrimen en la relación entre el Estado y las personas, pero no inmiscuirse en relaciones exclusivamente de personas privadas. No fue hasta la época del *Second New Deal*, que el Gobierno Federal encontró la forma de cambiar esta situación.⁶⁷

Luego del *Second New Deal*, el Congreso comenzó a utilizar dos mecanismos constitucionales para hacer valer los derechos civiles ante el Sector Privado. Estos son, la cláusula de *necessary and proper*,⁶⁸ y la cláusula de comercio.⁶⁹ El conjunto de estas cláusulas le permitió al Congreso regular el comercio entre los estados y crear cualquier legislación necesaria para llevar a cabo la ejecución de sus poderes enumerados.⁷⁰ Esta dinámica amplió la idea de que el uso de la cláusula de comercio solo estaría relacionada a actos meramente comerciales; ya que mediante la nueva interpretación de estas cláusulas se logró legislar cuestiones sociales que de algún modo afectan el flujo de comercio entre los

65 Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 9 (1883).

66 *Id.*

67 Craig L. Jackson, *The Limiting Principle Strategy and Challenges to The New Deal Commerce Clause*, 15 U. PA. J. CONST. L. 11, 13 (2012).

68 CONST. EE. UU. art. I, § 8.

69 *Id.* § 8, cl. 3.

70 Jackson, *supra* nota 67, en la pág. 13.

estados. No obstante, la constitucionalidad del uso de esta cláusula no siempre ha sido sostenida, ya que se ha visto en ocasiones como una intervención excesiva del Gobierno Federal.⁷¹

De acuerdo con lo anteriormente establecido, el Congreso legisló el actual *Civil Rights Act* de 1964, pero a diferencia de la Ley federal de 1875, que fue declarada inconstitucional, esta se realizó por medio del análisis de la afectación que el discrimen puede generar en el flujo comercial. El profesor de derecho Clark L. Jackson, sugiere que dicha motivación económica para legislar era mera fantasía, ya que el entiende que el motivo para dicha legislación era construir un movimiento social y restaurar la imagen pública internacional de los Estados Unidos.⁷² Sea cual sea la razón que motivara dicha ley, esta era necesaria para poder establecer la protección de ciertos derechos para todos los individuos, que como ya se estableció no podía hacerse por medio de la Enmienda Catorce.

El *Civil Rights Act of 1964* establece que “[a]ll persons shall be entitled to the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, and accommodations of any place of public accommodation, as defined in this section, without discrimination or segregation on the ground of race, color, religion, or national origin”.⁷³ Para poder aplicar esta prohibición al ámbito privado, deberá tratarse de establecimientos que afecten el comercio interestatal.⁷⁴

Un ejemplo de la aplicación de esta Ley federal es el caso de *Katzenbach v. McClung*, en el cual se alegó la inconstitucionalidad de la norma, a través de una demanda de los dueños de un restaurante que se negaban a dar servicio a afroamericanos. Dichos comerciantes afirmaron que el único servicio disponible para ellos en su establecimiento era comprar la comida para llevar y comer en otro lugar.⁷⁵ Por lo que el acceso a comer los alimentos que estos compraron, en dicho restaurante, les estaba prohibido. No obstante, la Corte Suprema determinaría diferente a los *Civil Rights Cases*, al establecer que el Congreso tiene la facultad de regular los restaurantes por medio de la cláusula de comercio.⁷⁶ Así también, como señala Anna Johnson Cramer, el Tribunal determinó tres maneras de afectar el comercio interestatal por medio de actos discriminatorios: 1) estos actos discriminatorios podrían inhibir los viajes, entre estados, de las minorías; 2) se podría inhibir a nuevos negocios a ubicar su establecimiento en esta área, y 3) se podría reducir el flujo de bienes y servicios entre los estados.⁷⁷ Lo anterior, se sustenta en la idea de que al afectar el comercio entre los estados, el Congreso podrá legislar aun cuando sean medidas sociales, ya que incidentalmente afectan al comercio. Ahora bien, vale preguntarse si la negatoria de la venta del bizcocho en el caso de *Masterpiece* podría encuadrarse en lo resuelto en *Katzenbach*.

71 *Id.* en la pág. 15.

72 *Id.* en la pág. 36.

73 Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000a(a) (2018).

74 *Id.* § 2000a (b).

75 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 296 (1964).

76 *Id.* en la pág. 302.

77 Anna Johnson Cramer, *The Right Results for all the Wrong Reasons: An Historical and Functional Analysis of The Commerce Clause*, 53 VAND. L. REV. 271, 283 (2000).

Para analizar la cuestión anterior, es importante señalar que el *Civil Rights Act* interfería directamente en la controversia de *Katzanbach*, al ésta versar sobre la venta de productos alimenticios en un restaurante, el cual se considera un acomodo público para la Ley federal. La Ley nos dice expresamente qué tipo de establecimientos pueden considerarse acomodos públicos, sin embargo, incluye una lista no taxativa, entre los que se encuentran los “lodgings; facilities principally engaged in selling food for consumption on the premises; gasoline stations; places of exhibition or entertainment; other covered establishments”.⁷⁸ Además, en el caso de restaurantes, agrega que cualquier restaurante, cafetería y cualquier facilidad que vende comida para su consumo en los establecimientos, entre otros, está contemplada por dicha ley.⁷⁹ Sin duda alguna, es claro que el estatuto federal es aplicable al caso de *Katzanbach*, ya que se trata de un establecimiento de comida y el acto discrimina directamente a una clasificación protegida por dicha Ley, la cual sería raza. No obstante, cuando hablamos del caso de una pareja del mismo sexo, la Ley no contempla la protección en contra de actos discriminatorios a razón de la orientación sexual.

Esta circunstancia es vital para el caso de *Masterpiece*, sin embargo, tampoco fue analizada por la opinión mayoritaria. No obstante, aunque la Ley federal no incluye la orientación sexual como un grupo minoritario a proteger, los estados tendrán la capacidad de legislar y ampliar los derechos otorgados por la *Civil Rights Act* de 1964.

A. El cambio de la narrativa en la protección de la comunidad LGBT+

Como se discutió anteriormente, la narrativa para justificar la discriminación con la excusa de que las leyes antidiscrimen pueden afectar la libertad religiosa y libertad de expresión ha motivado la creación de mini-RFRAs en los estados. Este cambio de perspectiva en la defensa de dichos actos se debe en parte a que la imagen pública de la comunidad LGBT+ y su aceptación ha cambiado.⁸⁰ Un ejemplo es la encuesta realizada por *Gay & Lesbian Alliance Against Defamation* (GLAAD), en la cual un 79 por ciento de los estadounidenses no LGBT+ entrevistados, apoyan la idea de igualdad de derechos a la comunidad LGBT+.⁸¹ Lo anterior puede indicar un gran desarrollo positivo, sin embargo, la encuesta también señala que el avance en la aceptación de dicha comunidad se

⁷⁸ 42 U.S.C. § 2000a (b).

⁷⁹ *Id.* § 2000a (b) (2).

⁸⁰ Velte, *supra* nota 55, en la pág. 9.

⁸¹ The Harris Poll, *Accelerating Acceptance 2018: A Survey of American Acceptance and Attitudes Toward LGBTQ Americans*, GLAAD (16 de noviembre de 2017), disponible en <http://www.glaad.org/files/aa/Accelerating%20Acceptance%202018.pdf> (última visita 15 de abril de 2019). El estudio realizado por Harris Poll nos explica que la metodología utilizada para realizar la encuesta es la siguiente:

The 2017 survey, like the previous three waves, was conducted online within the United States by The Harris Poll on behalf of GLAAD. The 2017 survey was fielded from November 16-20 among 2160 adults ages 18 and older; 1897 of these adults were non-LGBTQ. The 2016 survey was fielded from November 2-4 among 2,037 adults ages 18 and older; 1692 of these adults were non-LGBTQ. The 2015 survey was conducted October 5-7, 2015 among 2,032 18+ adults; 1781 of these adults were non-LGBTQ. The 2014 survey was conducted November 10-12, 2014 among 2,010 adults ages 18 and older; 1821 of these adults were non-LGBTQ.

Id.

ha paralizado en el año 2017.⁸² GLAAD analiza que este cambio puede ser considerado peligroso y como repercusión directa a la retórica de los últimos dos años de marginalizar nuevamente a esta comunidad.⁸³ Consecuentemente, en dicha encuesta GLAAD concluye que las discriminaciones experimentadas por los miembros de la comunidad LGBT+ encuestados, ha aumentado a un 55 por ciento, lo cual es once por ciento más alto que en el año 2016.⁸⁴

De acuerdo con lo anterior, aunque se ha ampliado el apoyo a la igualdad de derechos de esta comunidad, se han aumentado los actos discriminatorios a estos. Por lo que es momento de preguntarse ¿qué hace el Estado para revertir esta situación? Como ya se discutió, la Ley federal que contempla regulaciones antidiscrimen no incluye discriminación por orientación sexual. No obstante, nada impide a los estados por medio de sus ramas legislativas crear leyes antidiscrimen, esto al no haber un conflicto de campo ocupado. A lo anterior, la Corte Suprema determinó que un conflicto ocurre “when compliance with both state and federal law is impossible, or when the state laws stands as an obstacle to the accomplishment and execution of the full purposes and objective of Congress”.⁸⁵ Sin duda, podría haber un conflicto si la legislación local contraviene a la ley federal, un ejemplo podría ser que limitara o trastocara los derechos otorgados por la Ley de Derechos Civiles federal, o quitara alguna de las clasificaciones que contempla tal legislación. Por lo que, en el caso de ampliar el alcance de estos derechos por medio de legislación estatal, no habría un obstáculo para la aplicación de la ley federal.

En el caso de leyes antidiscrimen estatales que contemplan acomodos públicos para la comunidad LGBT+, solo 22 estados y el Distrito de Columbia prohíben de manera expresa la discriminación por orientación sexual. Otros dos estados incluyen tal discriminación bajo discriminación por motivo de sexo.⁸⁶ De acuerdo con los datos recopilados por *Movement Advancement Project*, en la actualidad, 55 por ciento de la población LGBT+ vive en algún estado que prohíbe el discrimen por orientación sexual.⁸⁷ Por ende, aún queda un 45 por ciento de dicha población que se encuentran en estado de indefensión.

Por otro lado, no solo se crean leyes antidiscrimen de manera estatal, así también existen ordenanzas municipales que protegen y otorgan acomodos públicos por motivo de orientación sexual. Esta práctica tiene un mayor alcance que las leyes estatales, al solo haber tres estados (Arizona, Tennessee y Carolina del Norte) que prohíben expresamente a las ciudades y sus municipios el legislar provisiones antidiscriminatorias.⁸⁸ Sin embargo, aunque la mayoría de los estados cuentan con ordenanzas municipales de este tipo, no significa que todos sus municipios y ciudades los contemplan.

82 *Id.* en la pág. 2.

83 *Id.*

84 *Id.*

85 *U.S. v. Locke*, 529 U.S. 89, 109 (2000) (citas omitidas).

86 *Equality Maps Non-Discrimination Laws*, MOVEMENT ADVANCEMENT PROJECT (18 de abril de 2019), disponible en http://www.lgbtmap.org/equality-maps/non_discrimination_laws (última visita 19 de abril de 2019).

87 *Id.*

88 *Equality Maps Local Non-Discrimination ordinances*, MOVEMENT ADVANCEMENT PROJECT (18 de abril de 2019), disponible en http://www.lgbtmap.org/equality-maps/non_discrimination_ordinances (última visita 19 de abril de 2019).

Así también, el avance de la protección de la comunidad LGBT+ puede darse no solamente por medio de legislación, sino también por medio de decisiones de los tribunales inferiores al Tribunal Supremo. Tal es caso de *Fulton v. City of Philadelphia*, donde la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito resuelve una controversia similar a *Masterpiece*.⁸⁹ La controversia en este caso versa sobre la negativa de *Catholic Social Services* (en adelante, CSS) de prestar sus servicios, de *foster care* para niños sin familia, a parejas del mismo sexo.⁹⁰ De acuerdo con la argumentación de CSS tal negativa estaba basada en su libertad religiosa, ya que no reconoce los matrimonios entre personas del mismo sexo. Por otro lado, las ordenanzas municipales de la ciudad de Philadelphia prohibían actuaciones discriminatorias y establecían acomodos públicos a la comunidad LGBT+. Por lo que la ciudad no renovarían el contrato con CSS, en él se estipulaba que el Departamento de Trabajo Social canalizaba a los niños que necesitaban de una familia para su cuidado, para que así CSS determinara qué familias cumplían con los criterios para llevar a cabo dicho cuidado.⁹¹

El Tribunal determinó la controversia por medio de la doctrina de *Smith*, al decidir que dichas ordenanzas y política pública de la ciudad de Philadelphia eran neutrales a las creencias —en este caso católicas— y, por lo tanto, la actuación del Estado no infería de manera sustancial en la libertad religiosa de CSS.⁹² Además, sostiene que la libertad religiosa “does not, however, ‘relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)’”.⁹³ Por lo tanto, la libertad religiosa no debe estar por encima de las leyes antidiscrimen que son aplicadas de manera neutral.⁹⁴

Por otro lado, el análisis de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito interpretó el caso en función de lo establecido en *Masterpiece*. No obstante, en este caso no se validó la actuación de CSS, por el contrario, utilizaron la opinión mayoritaria de *Masterpiece* para determinar que las actuaciones de la ciudad de Philadelphia no fueron “hostiles” como en el caso del pastelero.⁹⁵ Es decir, que en este caso la ciudad de Philadelphia no actuaba de manera hostil y tales ordenanzas eran neutrales, ya que no iban dirigidas a incidir directamente con alguna religión en particular. Estas ordenanzas aplicaban a cualquier grupo, fuesen religiosos o no.⁹⁶ Por consiguiente, es importante atender el hecho de que *Masterpiece* puede ser interpretado de manera positiva para la comunidad LGBT+, siempre y cuando, la controversia no sea sobre una actuación hostil o las leyes antidiscrimen sean neutrales.

89 *Fulton v. City of Philadelphia*, 922 F.3d 140 (3rd Cir. 2019).

90 *Id.* en la pág. 148.

91 *Id.* en la pág. 147.

92 *Id.* en la pág. 152.

93 *Id.* (citando a *United States v. Lee*, 455 U.S. 252, 263 n.3 (1982)).

94 *Id.* en la pág. 153.

95 *Id.* en la pág. 155 (resolviendo que la conducta en este caso fue neutral, contrario a la actuación de la Comisión de Colorado).

96 *Id.* en la pág. 158.

Ahora bien, *Masterpiece* versa sobre la Ley antidiscrimen de Colorado y como ya se vio en el análisis del caso, el estado de Colorado si contempla expresamente la prohibición de discrimen por orientación sexual y cómo dicha Ley contempla acomodos públicos a la comunidad LGBT+. Sin duda, podría decirse entonces que el tribunal erró al no determinar que la actuación del pastelero Phillips, al negar la venta de bizcocho a la pareja homosexual, activa la protección de CADA. Sin embargo, la Corte Suprema decidió basar el análisis en la violación a la libertad religiosa del vendedor y más propiamente, al determinar que el trato hostil a Jack Phillips por haberse negado a hacer el pedido de sus *clientes* también levanta un posible conflicto de libertad de expresión. Veamos.

III. NO FUE SOLO UN BIZCOCHO

En *Masterpiece* se atiende no solo el derecho a la libertad religiosa de Jack Phillips, sino también se analiza otro derecho contemplado en la Primera Enmienda, su libertad de expresión y la prohibición de que el Estado pueda censurar o compelerla. No obstante, dicho análisis no se da cabalmente en la opinión mayoritaria, sino en las opiniones concurrentes. Ejemplo de esto es la opinión del juez Thomas, el cual explica que la Primera Enmienda, es aplicable a los estados por medio de la Enmienda Catorce por lo que se prohíbe cualquier ley que interfiera con este derecho fundamental.⁹⁷ Así también, distingue entre regulaciones que inciden sobre la expresión y aquellas que regulan la conducta y el medio que lleva la expresión. Por lo que establece que las leyes de acomodos razonables usualmente regulan las conductas y no la expresión llanamente, al determinar que “[a]s a general matter, public-accommodations laws do not ‘target speech’ but instead prohibit the act of discriminating against individuals in the provision of publicly available goods, privileges, and services”.⁹⁸ En contraposición, plantea que cualquier ley anti-discrimen que incida directamente sobre la expresión y no una conducta, aplicará con toda su fuerza el derecho a la libre expresión.⁹⁹

De acuerdo a lo anterior, la opinión concurrente desarrolló la idea de que el pastel es una expresión, a la cual le aplica la protección de la Primera Enmienda.¹⁰⁰ Para justificar esta determinación analizó como el pastelero Phillips se consideraba a sí mismo como un artista, pero obviando que en el caso en cuestión, aunque el pastel era personalizado, los clientes no habían siquiera explicado el diseño del mismo.¹⁰¹ Así también, explicó la importancia del pastel como simbolismo de la unión de dos personas y como al obligar a Phillips a llevar a cabo el pedido, se le estaría imponiendo crear un mensaje expresivo de apoyo a los matrimonios que sus creencias consideran incorrectos.¹⁰² Aquí vale preguntarse, atendiendo la supuesta importancia del pastel como símbolo de la unión de dos

⁹⁷ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Com.*, 138 S.Ct. 1719, 1740(2018) (Thomas, J., opinión concurrente).

⁹⁸ *Id.* en la pág. 1741 (citas omitidas) (énfasis suplido).

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.* en las págs. 1142-44.

¹⁰¹ *Id.* en la pág. 1725.

¹⁰² *Id.* en la pág. 1742.

personas, ¿es acaso este mensaje que transmite dicho producto comestible una expresión del pastelero al cual solo se le pago un servicio? o ¿es un mensaje y expresión de la parejas que se casan?

Por otro lado, la Primera Enmienda cobija a la expresión artística como una manifestación protegida en cualquier medio de comunicación.¹⁰³ Como bien señala el profesor Gaylord, el Estado o la Corte Suprema no puede decretar qué se puede considerar estético o dar valoración artística a cierta obra,¹⁰⁴ en este caso aceptando un pastel como obra artística visual. Definitivamente, como cuestión estética es imposible determinar si un pastel puede ser o no considerado como arte, ya que este tipo de consideraciones tienden a ser subjetivas y directamente relacionadas con la creatividad de la persona que las expresa y el mensaje que recibe el remitente de tal expresión. No obstante, aunque el Estado no puede determinar qué puede considerarse artístico, si tiene la capacidad para determinar qué tipo de arte merece protección de otro derecho constitucional, como es el caso de los derechos de autor.¹⁰⁵ La ley en la materia, el *Copyright Act*, establece qué tipo de obras están protegidas por medio de estos derechos y cuales se excluyen de esta protección.¹⁰⁶ Entre las exclusiones están las ideas mismas, ya que estas pueden ser limitadas y, se estaría restringiendo el progreso social al protegerlas.¹⁰⁷ Ahora bien, la presentación y diseño de los alimentos podrían ser protegidas si cumplen los requisitos de originalidad y fijación que exige la Ley, por lo que se tendría que determinar caso a caso.¹⁰⁸

En el caso del bizcocho de *Masterpiece*, este tendría que cumplir estos requisitos para poder ser protegido. Es decir, que el diseño de dicha comida —bizcocho— sea original. Por último, también existe cierta exclusión de protección a obras expresivas; no podrá protegerse ninguna expresión artística que tenga una utilidad y funcionalidad, incluyendo las presentaciones de comida.¹⁰⁹ Contrario a la afirmación anterior, la Corte Suprema desarrolló la doctrina de separabilidad. Esta establece que aquellas obras donde la expresión o diseño —en este caso el diseño del bizcocho— puedan ser separadas físicamente de su utilidad, tal diseño podrá ser protegido.¹¹⁰ Lamentablemente, es imposible saberlo ya que el pastelero Phillips ni siquiera escuchó el diseño que quería la pareja, por lo que no

103 Scott W. Gaylord, *Is a Cake Worth a Thousand Words? Masterpiece Cakeshop and the Impact of Antidiscrimination Laws on The Marketplace of Ideas*, 85 TENN. L. REV. 361, 390 (2018).

104 *Id.*

105 CONST. EE. UU. art. I, § 8, cl.7.

106 Copyright Act, 17 U.S.C. § 102b (2018).

107 *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675, 678-79 (1er Cir. 1967).

108 17 U.S.C. § 102a; véase también Cathay Y. N. Smith, *Food Art: Protecting “Food Presentation” Under U.S. Intellectual Property Law*, 14 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 1, 5 (2014) (en el cual se desarrolla un análisis profundo para un mayor entendimiento en materia de copyright y la posible protección a la presentación de los alimentos).

109 *Kim Seng Co. v. J & A Importers, Inc.*, 810 F. Supp.2d 1046, 1153 (2011) (En este caso, la controversia giró alrededor de si la presentación de la comida puede tener protección de copyright, a lo que la Corte de Distrito de California contesta en la negativa y determina que “the bowl of food must still meet the requirements for a “valid” copyright. A sculptural work is copyrightable if it is a work of original authorship fixed in a tangible medium of expression, demonstrates sufficient creativity, and contains artistic aspects that are separable from its utilitarian functions”. No obstante, dejando claro que dicha controversia se tendrá que resolver caso a caso).

110 *Star Athletica v. Varsity Brands, Inc.*, 137 S.Ct. 1002, 1007 (2017).

podría determinarse de quien era la originalidad en el diseño, ni si este podría separarse de su función como comida.

No obstante, la expresión artística analizada en *Masterpiece* no versa sobre si tiene protección o no de *copyright*, sino sobre si existe una expresión personal de un pastelero al llevar a cabo un pedido de sus clientes o si dicha expresión, sería realmente producto de las características solicitadas por los clientes. En dicho caso, los clientes no pidieron un pastel que declarara que el pastelero apoyaba su boda, lo que ellos “en teoría” buscaban era un pastel para que las personas que los acompañaran en su evento pudieran comer. Ahora bien, en *Masterpiece* como ya se ha mencionado, el pastelero no escuchó cuales eran las características del bizcocho antes de haberse negado a hacerlo, con la razón de que sus creencias estaban en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por tanto, es importante también establecer que la Corte Suprema determinó que la libertad de expresión protegida en la Constitución “looks beyond written or spoken words as mediums of expression. Noting that symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas”.¹¹¹ En *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, el Tribunal determinó que organizaciones privadas que lleven a cabo demostraciones públicas —en este caso un desfile para conmemorar St. Patrick’s Day— tenían permitido excluir a otros grupos con un mensaje distinto al que buscaban transmitir.¹¹² Por lo que el Estado no puede apelar a un grupo privado a aceptar cierto mensaje, aun cuando este pueda ser visto como correcto o uno más aceptable.¹¹³ En este caso, un grupo de irlandeses de la comunidad LGBT+ solicitaron participar como parte del desfile. Tal solicitud fue negada y la Corte Suprema validó dicha negatoria. Sin duda, este caso podría verse relacionado con *Masterpiece* en cuanto a la protección de que el Estado no puede compeler cierto tipo de expresiones, como bien señala el juez Thomas.¹¹⁴ No obstante, no se analizó cabalmente la diferencia de que en *Hurley* la función misma del desfile es transmitir un mensaje, mientras que *Masterpiece* versa sobre el acceso a un servicio y un producto, que, aunque pueda estar protegida cierta expresión, la misma se usará en la boda de unos terceros. Por consiguiente, podría también pensarse contrario a la opinión de *Masterpiece*, que la pareja sería la que transmitiría el mensaje a los invitados y no el pastelero en sí, ya que puede inferirse del caso que este no estaba invitado a la boda para explicar el significado de su expresión y, por ende, que la gente pudiera relacionar un posible mensaje de apoyo inherente del pastelero a las bodas del mismo sexo.

Después de analizar los tres aspectos más importantes de *Masterpiece*, tal es el caso de la libertad religiosa, las leyes antidiscrimen y la libertad de expresión, se podría afirmar que el Tribunal no contempla estos aspectos de manera detallada y su análisis carece de determinación al respecto. Así también, aunque plantea la problemática de la libertad de expresión, la opinión mayoritaria ni las concurrentes analizan la conducta de Jack

¹¹¹ *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557, 568 (1995).

¹¹² *Id.* en la pág. 581.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Com’n*, 138 S.Ct. 1740, 1743-44 (2018) (Thomas, J., opinión concurrente).

Phillips, la cual como señala la jueza Ginsburg en su disidente, fue únicamente por la razón de no venderles el bizcocho por su orientación sexual.¹¹⁵

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo analizado en este escrito, se llega a la conclusión de que la Corte Suprema no resolvió lo que algunos podrían pensar que debía solucionar. Esto es, terminar por fin la controversia entre si los derechos de libertad religiosa están por encima de la protección de cierto grupo, en este caso LGBT+. De determinar lo anterior como correcto, no solo no los protegería de no ser atacados por el Estado, en cuanto a sus creencias, sino también le daría carta blanca para poder discriminar a otros, utilizando como excusa sus creencias religiosas. Por esta razón, vale la pena recalcar que en el caso de *Masterpiece* no se resolvió la controversia medular al respecto de si la actuación de Jack Phillips fue o no discriminatoria. Es decir, no se creó jurisprudencia vinculante para futuras controversias similares.

Por otro lado, como se ha analizado, las leyes antidiscrimen estatales que contemplan la discriminación por orientación sexual van en aumento, por lo que esta controversia probablemente se repetirá. Sin embargo, así también, las leyes que tratan el asunto de la libertad religiosa han aumentado en distintas jurisdicciones, cambiando la narrativa a cómo ciertos grupos religiosos se ven discriminados por las imposiciones del Estado al obligarlos a no discriminar. Por lo tanto, la Corte Suprema tendrá que determinar si la libertad religiosa está por encima de la protección al no discrimen.

Es este momento, la Corte Suprema analiza dos casos que podrían cambiar toda la jurisprudencia establecida sobre la discriminación a este colectivo, en cuanto orientación sexual y el Título VII del *Civil Right Act* vigente. Estos casos, *Bostock v. Clayton County* y *Harris Funeral Homes v. Equal Employment Opportunity Commission*, versan sobre el discrimen en el empleo por orientación e identidad sexual. Con estos se espera que la Corte determine si ambas clasificaciones están contempladas en la clasificación sospechosa de sexo. De resolver de forma positiva se dará un gran paso en cuanto a protecciones constitucionales.¹¹⁶ Lo anterior, podría provocar que los acomodos razonables en cuanto a orientación sexual se amplíen de manera federal, dejando en desuso cualquier legislación contraria a esto.

No obstante, la Corte podría determinar en negativa, lo que detendría el progreso social que ha logrado el colectivo LGBT+ en los últimos años. Definitivamente, la cuestión que se analizó en *Masterpiece* no es sencilla de determinar, ya que, por un lado, un grupo siente que se esta violando su libertad religiosa. Aunque valdría preguntarse ante la afirmación anterior si esto es lo que de verdad ocurre. La pareja que quería unir sus vidas por medio de la unión legal —no religiosa— solo quería acceder a comprar un producto

¹¹⁵ *Id.* en la pág. 1750 (Ginsburg, J., opinión disidente).

¹¹⁶ Philip Rotner, *Commentary: In 2 cases that await Supreme Court decision, the stakes are enormous for LGBTQ employee protection*, CHICAGO TRIBUNE (Apr. 23, 2020), <https://www.chicagotribune.com/opinion/commentary/ct-opinion-supreme-court-lgbtq-discrimination-20200423-triyquzot5gh5dukethocnu4xm-story.html>.

para llevar a cabo su evento, y no buscaba que el pastelero diera su aprobación o cambiara sus valores. Es decir, en este mundo de libre mercado, al consumidor se le negó una venta solo por el hecho de tener una orientación sexual distinta a la del vendedor. Es importante hacer hincapié en que el bizcocho no estaba relacionado de ninguna manera a los actos sexuales que el pastelero rechaza o no ve como *correctos*, este solo tendría la función de ser comido, digerido y después desechado.

Lamentablemente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no aprovechó una oportunidad de dar una opinión histórica que cambiara la vida de un porcentaje alto de ciudadanos que, aún hoy en el 2020, siguen luchando para tener los mismos derechos que cualquier otro individuo. Después de *Masterpiece* el estado de derecho que rige la controversia no se mutó. Como bien señala el juez Kennedy, este tipo de controversias tendrán que analizarse nuevamente en un futuro, siempre pensando en la dignidad de la comunidad LGBT+, en la búsqueda de acceso a bienes y servicios.¹¹⁷ Por lo que retomando aquella pregunta del profesor Efrén Rivera Ramón, *Masterpiece* no respondió tal preocupación, por lo que sigue existiendo un estado de incertidumbre respecto a si se puede discriminar contra otros aduciendo razones religiosas.¹¹⁸

117 *Id.* en la pág. 1732.

118 Véase Rivera Ramos, *supra* nota 2, en la pág. 544.