

POSICION JURIDICA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN LA ENSEÑANZA PRIMARIA Y SECUNDARIA EN LOS ESTADOS UNIDOS *

JOSE M.^a GONZALEZ DEL VALLE
Universidad de Oviedo

SUMARIO

1. *La libertad de enseñanza en el sistema constitucional americano.*—
2. *Modalidades de la libertad de enseñanza.*—*a)* La escuela privada.—*b)* Enseñanza doméstica.—*c)* Dual enrollment.—*d)* Diferencias de régimen entre la enseñanza pública y la privada.—*e)* Diferencias de régimen entre la enseñanza privada confesional y la enseñanza privada no confesional.—
3. *La no confesionalidad de los poderes públicos en materia de enseñanza.*—
4. *Financiación de la enseñanza privada.*—*a)* Transporte escolar.—*b)* Libros de texto y material didáctico.—*c)* Salarios a los profesores.—*d)* Bonos escolares.—*e)* Reembolsos a la escuela privada.—*f)* Servicios asistenciales.—*g)* Ayuda federal.—*h)* Exención de impuestos a las escuelas privadas.—
5. *Consideraciones conclusivas.*

1. *La libertad de enseñanza en el sistema constitucional americano*

Aunque la libertad de enseñanza tiene el mismo contenido en el sistema jurídico norteamericano que en el español —posibilidad de escolarización privada y de que la escuela privada goce de cierta autonomía respecto a los poderes públicos— representa un valor bastante distinto, en razón del distinto alcance que los derechos y libertades constitucionales tienen en el sistema jurídico norteamericano.

La primera y radical diferencia que separa el sistema americano del español —y en general del continental europeo— en tema de derechos y libertades fundamentales consiste en que las libertades se entienden como ausencia de regulación por parte de los poderes públicos. Tal acontece, por poner un ejemplo expresivo, respecto a la libertad religiosa. En España, como en otros países, se ha dado una Ley para hacer efectiva la libertad religiosa proclamada por la Constitución. En Estados Unidos, por el contrario, se entiende que la libertad religiosa consiste en que el Estado no regule tal materia. Se parte de la premisa de que la actividad legislativa es de suyo contraria a la libertad. Pretender regular una libertad se considera un contrasentido. Por liber-

* Este estudio ha sido posible gracias al Programa de Estancias en Centros de Investigación Extranjeros, financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia.

tad de prensa se entiende que exista el menor número de leyes posibles relativas a la prensa; por libertad de enseñanza que exista el menor número posible de leyes relativas al ejercicio de la enseñanza, etc.

Se detecta, en cambio, la existencia de una libertad allí donde un Tribunal echa abajo una ley, reglamento o acto administrativo, motivando su resolución en que lesiona una libertad constitucional. La decisión de un Tribunal en virtud de la cual se aplica una ley no tiende a ser considerada como una manifestación de libertad.

El Derecho positivo sobre libertad religiosa —por continuar con el ejemplo propuesto— ha de ser rastreado en aquel conjunto de sentencias que invalidan, no aplican o rechazan lo dispuesto por el poder público. La libertad de enseñanza no es una excepción a este modo de entender las libertades.

La segunda y radical diferencia deriva del distinto destinatario de la Constitución y, en consecuencia, de los derechos y libertades que en ella se proclaman. La Constitución americana tiene como destinatario los poderes públicos; no el ámbito de las actividades privadas. Dicho de otro modo, los ciudadanos son los que imponen a los poderes públicos el *Bill of Rights*. Y acuden a los Tribunales cuando consideran que los derechos y libertades allí contenidos no han sido respetados. Por el contrario, los poderes públicos no pueden imponer a los ciudadanos el respeto a los derechos y libertades constitucionales. Sólo pueden y deben imponer a los propios funcionarios el respeto a esos derechos y libertades en el desarrollo de las actividades públicas. Así, un ciudadano no puede ser llevado ante los Tribunales por practicar la discriminación racial o por admitir en su empresa o asociación sólo a personas de unas determinadas creencias, etc. Cabe señalar, como excepción, la práctica de la esclavitud, prohibida, aun cuando se practique en un ámbito meramente privado.

La escuela privada se rige de acuerdo con este principio. En la escuela privada no es necesario respetar la libertad académica, aunque tal libertad es considerada un derecho constitucional; cabe admitir alumnos sólo de una determinada religión; cabe adoptar criterios de selección y dimisión de alumnos y profesores no concordes con los derechos y libertades que las escuelas públicas deben respetar. En la escuela privada se puede enseñar religión, cosa que está prohibida en la escuela pública, en razón de consideraciones constitucionales, aun cuando la asistencia sea voluntaria y se dé instrucción religiosa pluriconfesional. No obstante, en la medida en que una escuela o grupo de escuelas lleva a cabo un programa de enseñanza público, financiado con fondos públicos, en esa misma medida —es decir, en la realización de tal programa— debe sujetarse a las correspondientes limitaciones constitucionales, entre las que se cuenta el respeto al *Bill of Rights*.

De lo dicho cabe deducir importantes diferencias de concepción de la libertad de enseñanza. El legislador español impone a la escuela privada, por ejemplo, la libertad de cátedra¹, que el Tribunal Constitucional² considera misteriosamente compatible con el ideario propio de cada centro. Impone enseñanza religiosa pluriconfesional como exigencia derivada del derecho fundamental a la libertad religiosa³ e impone el respeto al derecho de asociación⁴ —en su manifestación negativa de derecho a no asociarse— en la organización representativa de los centros privados.

En suma, los derechos y libertades —y en general la Constitución— es algo que el Estado impone a los ciudadanos, mientras que al otro lado del Atlántico el Derecho constitucional —incluidos los derechos y libertades— es algo que los ciudadanos imponen a los poderes públicos. Tal radical diferencia de criterio se pone de manifiesto analizando quién es la parte demandante y quién la parte demandada en

¹ Ley 8/1985, de 3 de julio, Preámbulo.

² T.C. 13-II-1981, motivo 1.º.

³ O. 9-VII-1980.

⁴ T.C. 13-II-1981, motivo 3.º.

un juicio de constitucionalidad. Una escuela privada no puede ser demandada por no respetar la Constitución. La parte demandada es siempre un órgano público. Si una escuela privada no observa la Constitución en un programa de acción estatal, la parte demandada será el *board of education* que le facilita la correspondiente ayuda o el Estado cuya ley la permite o la exige. Pero, como principio, las escuelas privadas no tienen que atenerse al Derecho público.

Estas someras observaciones resultan suficientes para hacerse cargo de que hablar de derechos y libertades constitucionales en el sistema jurídico americano y en continental europeo es hablar de cosas distintas, aun cuando se les atribuya el mismo o equivalente contenido.

Aunque no tan radicales, cabe señalar otras diferencias, no obstante, de gran importancia.

No existe Tribunal alguno especializado en aplicar la Constitución federal. Por ser una norma general, referente tanto a la federación como a los estados federados, todos los Tribunales deben aplicarla. La Suprema Corte Federal es sólo Tribunal Constitucional en la medida en que a ella llegan cuestiones de constitucionalidad. Por eso, decir que en los Estados Unidos todos los Tribunales son constitucionales resulta más exacto que afirmar que no existe *un* Tribunal Constitucional. Cualquier persona está legitimada para pedir ante cualquier Tribunal que se aplique la Constitución federal. Las cuestiones de constitucionalidad no discurren a través de un recurso de *lujo*, como es el de amparo o el previo al de amparo. Igual estructura tienen los Tribunales estatales, siendo el Tribunal Supremo de cada Estado también supremo en materia de Constitución estatal, sin que quepa la apelación en esta materia a los Tribunales federales.

La Corte Suprema Federal sólo está obligada a emitir juicios de constitucionalidad en contadísimos casos. La forma habitual de dirigirse a la Suprema Corte Federal en materia de constitucionalidad es solicitar un *certiorari* de constitucionalidad que puede discrecionalmente denegar. Así, pues, la Suprema Corte Federal sólo sienta doctrina constitucional cuando considera que tiene algo interesante que decir y que es el momento adecuado para decirlo. No está agobiada en su tarea de aplicar la Constitución, porque otros Tribunales lo hacen.

Otra característica de los derechos y libertades constitucionales es que no constituyen un *numerus clausus*. El caso de la enseñanza constituye un buen ejemplo. La Constitución federal nada dice sobre la enseñanza. No obstante, la Suprema Corte Federal considera derechos constitucionales la libertad de enseñanza y la libertad académica. Tiene, pues, una función creativa en la formulación de derechos y libertades, muy típica del sistema de *common law*. Ello no acarrea el peligro de inseguridad jurídica por la razón señalada de que el beneficiario de los derechos y libertades es siempre el ciudadano frente a la Administración Pública. La Administración Pública no es la beneficiaria de la proclamación de un nuevo derecho.

Por último, cabe señalar que los derechos y libertades fundamentales no son objeto de una sistematización de carácter doctrinal por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos. No teoriza ni se detiene en disquisiciones categorizadoras, y aunque alguna vez afloran, no se considera que formen parte del *holding* de la sentencia. Utiliza criterios sencillos asequibles a personas carentes de formación jurídica. Todo el peso de la argumentación y la capacidad de raciocinio y análisis del Tribunal se ponen al servicio de la fijación del supuesto de hecho, que aparece ordenadamente expuesto e ilustrado con multitud de datos y encierta medida caricaturizado; es decir, destacado en sus rasgos significativos. A la argumentación doctrinal se le atribuye intencionadamente menor importancia, y efectivamente es así, ya que la decisión del Tribunal es vinculante para un supuesto de hecho igual, no siendo en cambio vinculantes los criterios en virtud de los cuales se llegó a tal decisión. Ello conduce a un Derecho casuístico muy poco dogmático.

Como consecuencia, un criterio constitucional sólo se considera suficientemente asentado cuando se repite en varias ocasiones y por una mayoría de votos significativa. Una decisión como la de *Wolman v. Walter*⁵ en la que aparecen dieciséis opiniones discordantes no resulta significativa.

En materia de financiación de la enseñanza con fondos públicos, que es el tema que con mayor detenimiento analizaremos, pueden percibirse vacilaciones, de las que cabe deducir que no nos encontramos ante un tema suficientemente decantado desde un punto de vista constitucional.

2. Modalidades de la libertad de enseñanza

a) La escuela privada

En 1975⁶ el 10 por 100 de la escuela elemental y entre el 6 por 100 y el 7 por 100 de la *high school* estaba constituida por alumnos que asistían a escuelas privadas, el 90 por 100 de las cuales son *church related*; es decir, están vinculadas a instituciones religiosas. En 1985 la enseñanza privada constituía el 10,9 por 100, siendo parecida la proporción entre *high school* y escuela elemental⁷.

En razón de estos porcentajes, dado el criterio de la jurisprudencia norteamericana de tomar en consideración los hechos antes que las categorías jurídicas en que estos hechos puedan encuadrarse, la posición jurídica de la enseñanza privada suele identificarse —con las excepciones que cada caso requiera— con la de la enseñanza confesional. Contribuye a esta equiparación el hecho de que, tras la incorporación de la primera enmienda constitucional —relativa al libre ejercicio de la religión—, en 1940, los temas de libertad de enseñanza suelen ser planteados como temas de libertad religiosa.

No obstante, el derecho de los padres a elegir para sus hijos escuelas distintas de las estatales —es decir, el reconocimiento de la libertad de enseñanza— se produce antes de 1940 y, por tanto, no en base a la primera enmienda constitucional, sino en base a la quinta y decimocuarta. Los casos que suelen citarse a este respecto son *Pierce v. Society of Sisters*⁸, *Pierce v. Hill Military Academy*⁹, *Meyer v. Nebraska*¹⁰ y *Farrington v. Tokushige*¹¹. De todas éstas la más frecuentemente alegada, siendo reiteradamente traída a colación por los Tribunales y autores es *Pierce v. Society of Sisters*. Estados Unidos es, pues, uno de los primeros países en reconocer la libertad de enseñanza. En los documentos internacionales sólo comienza a enunciarse esta libertad tras la segunda guerra mundial. Ello se debe a que la enseñanza fue entendida inicialmente como un deber, y sólo posteriormente se percibió la necesidad de aclarar que ese deber puede ser cumplido al margen de la enseñanza estatal.

En Estados Unidos todas las escuelas eran privadas y confesionales hasta 1830, época en que empezó a crearse una red de escuelas públicas, que continuarían siendo confesionales. Se atribuyó la competencia para crearlas a los Estados y no a la Federación, dada la ausencia de expresa atribución a la Federación de esta competencia.

⁵ 433 U.S. 229 (1977).

⁶ Vid. Report of National Center for Education Statistics, 1977, vol. 3, Part I, págs. 74, 77, 127.

⁷ U.S. Department of Commerce, Bureau of the census, Current population, Reports, School enrollment, october 1985.

⁸ 268 U.S. 510 (1925).

⁹ 268 U.S. 510 (1925), recogida junto a la anterior.

¹⁰ 262 U.S. (1923).

¹¹ 272 U.S. 284 (1927).

Pero sólo tras la primera guerra mundial comenzó a urgirse seriamente la obligatoriedad de la enseñanza.

En *Pierce* la Corte Suprema Federal rechaza una Ley del Estado de Oregón que imponía con carácter obligatorio la enseñanza pública a los niños comprendidos entre los ocho y los dieciséis años. En su lugar establece que los niños deben ir obligatoriamente a la escuela, pero no necesariamente a la escuela pública. «La doctrina fundamental acerca de la libertad sobre la que reposan todos los gobiernos de esta Unión —dice la sentencia— excluye cualquier poder general del Estado de estandarizar a sus niños, forzándolos a aceptar instrucción solamente de los profesores públicos.» Reconoce, sin embargo, «el poder del Estado para regular razonablemente todas las escuelas». En *Farrington* se echa abajo el estatuto de las escuelas privadas de Hawai, cuyo «efecto es hacerlas escuelas públicas en todo menos en el nombre».

El contexto de estos casos es una explosión de americanismo, derivada de la guerra mundial, que condujo a prohibir el uso del alemán en el caso *Pierce v. Hill* y el uso del japonés en el caso de Hawai y a controlar excesivamente las escuelas. En *Pierce v. Society of Sisters* la Corte Suprema concede incluso que los profesores deben gozar de una «disposición patriótica».

La libertad de enseñanza, en el sentido de ausencia de una regulación excesiva por parte del Estado de las escuelas privadas, es reafirmada en *State of Ohio v. Whisner*¹², que, tras recordar las sentencias anteriormente citadas, juzga que los «estándares mínimos» establecidos por el Estado no son tan mínimos y «sobrepasan el límite de una regulación razonable aplicable a una escuela religiosa no pública». Tras un análisis minucioso de estos mínimos se señala: «a nuestro juicio esos estándares son tan invasivos y omnicomprensivos que el total cumplimiento de todo y cada uno de esos estándares por una escuela no pública traería la consecuencia de erradicar la distinción entre educación pública y no pública y, en consecuencia, privaría a estos apelantes de su tradicional interés como padres para dirigir la crianza y educación de sus hijos». Se añade: «en la apreciación de la mayoría de este Tribunal una educación general de buena calidad puede conseguirse por medios distintos de una reglamentación exhaustiva de todos los centros en este Estado».

En *Whisner*, aunque el planteamiento de los apelantes se basa en la *free exercise clause*, la sentencia distingue el ejercicio de la libertad religiosa del derecho que asiste a los padres sobre la educación de sus hijos. Se rechazan las exigencias de titulación del profesorado, de imposición de horarios, la equivalencia de planes de estudio, etc. La decisión de la Suprema Corte de Ohio está basada en la Constitución de Ohio, evitando así la posibilidad de que fuese revisada por la Corte Suprema Federal. El criterio fue seguido en Kentucky y en Carolina del Norte. La sentencia del Tribunal de Kentucky fue también contundente. «El Estado —dice— es incapaz de demostrar que el esquema normativo que aplica a las escuelas públicas tiene una relación razonable respecto al pretendido objetivo de proporcionar una educación de calidad (...), los recurrentes han demostrado, por otra parte, que sin el beneficio de los servicios del Estado su producto educativo es al menos igual si no incluso mejor que el de las escuelas públicas, desde un punto de vista estrictamente secular»¹³.

b) Enseñanza doméstica

Otra alternativa a la enseñanza pública es la enseñanza doméstica (*home instruction*), permitida en treinta y un Estados, aunque poco utilizada en la práctica.

Ese reconocimiento de la enseñanza doméstica se basa bien en que la legislación la prevé expresamente como alternativa a la escolarización, bien en que los Tribunales interpretan tan ampliamente el concepto de *escuela* que entienden que abarca

¹² 351 N.E. 750 (Ohio, 1976).

¹³ *Kentucky State Board v. Rudasill*, 589 S.W. 2d (Ky., 1979).

la enseñanza doméstica. En New Hampshire la no admisión de la enseñanza doméstica prevaleció sobre la base del razonamiento de que impone al Estado una excesiva carga de supervisión de los correspondientes programas¹⁴. Los Tribunales de Illinois y Nueva Jersey permiten que la educación doméstica sea impartida por profesores simplemente adecuados, sin titulación. Las Leyes de California, Virginia y Washington requieren que la instrucción sea llevada a cabo por profesores titulados¹⁵.

En *State of New Jersey v. Massa*¹⁶ el Tribunal concluye que Bárbara, de doce años, recibe una educación suficiente equiparable a la de la escuela pública. En cambio, en *Stephens v. Bongart*¹⁷ se aprecia que Guillermo, de doce años, y Roberto, de once, no reciben suficiente educación que les proporcionan sus padres. Apenas existen horarios y las clases son interrumpidas por llamadas telefónicas y las tareas domésticas de la madre-profesora. Los libros utilizados, especialmente el de matemáticas, son anticuados y otros faltan, etc.

El tema de la escolarización doméstica no siempre aflora con motivo de las leyes sobre la obligatoriedad de escolarización. En *Strosnider v. Strosnider*¹⁸ se acepta como escolarización suficiente la siguiente. Una madre es la que sostiene y dirige la escuela. Envía a seis de sus hijos a su propia escuela, ubicada en un edificio distinto del del domicilio. Las clases son impartidas por Susana, hija mayor y hermana de seis de los niños, que forman un total de nueve. Tiene buena titulación. Los libros que utiliza son adecuados. Un profesor de música da clase a los niños una vez por semana. El trasfondo del pleito, sin embargo, es la custodia de los hijos. De ahí el título de este caso que suena a pleito matrimonial.

El hecho de que una confesión religiosa exija educación doméstica y no una «normal» escuela privada confesional también ha sido contemplado por los Tribunales. En *T.S.F. and E.M.F. v. Duval County*¹⁹ se rechaza la enseñanza doméstica de unos padres pertenecientes a la Covenant Church of Jesus Christ, de la que el padre se declara ministro, aunque no lleva a cabo servicios religiosos abiertos al público ni la iglesia se encuentra establecida en Florida. La madre es el único docente ordinario de esa enseñanza doméstica que hace llamar «Ida M. Craig Christian Day School». La dificultad alegada para asistir a una escuela ordinaria deriva de considerar pecaminoso convivir con negros y orientales, habida cuenta de que proceden de una población pecaminosa de Eva con Satán.

En *Wisconsin v. Yoder*²⁰, en cambio, la Suprema Corte Federal considera constitucional que los miembros de la Old Order Amish no envíen a sus hijos a la escuela. Una característica de esta confesión es su vinculación a la vida campestre y a las tareas agrícolas, al abrigo de cualquier contaminación mundana. Como consecuencia, la educación fuera de ese entorno a edades tempranas les resulta sumamente perturbadora. El Tribunal comprueba que los Amish fueron siempre buenos ciudadanos y considera que su género de vida «apartado del mundo» puede aportar valores a la civilización, como en la Edad Media hicieron muchas órdenes monásticas. Tiene en cuenta también que su arraigo en los Estados Unidos es de 200 años, frente al arraigo de 60 años de la escolarización obligatoria.

En *Fellowship Baptist Church v. Benton*²¹ se rechaza aplicar a esa institución los mismos criterios que a los Amish en virtud de la *equal protection clause*. El género de vida «apartado del mundo» no se aprecia en este caso, donde sólo cabe

¹⁴ *State v. Hoyot*, 146 A. 170 (N.H., 1929).

¹⁵ Vid. WILLIAM D. VALENTE, *Law in the Schools*, Columbus, 1980, pág. 461.

¹⁶ 231 A. 2d 252 (N.J., 1967).

¹⁷ 189 A. 131 (N.J., 1937).

¹⁸ 686 P. 2d 981 (N.M., 1984).

¹⁹ 273 2nd 15 (Fla., 1973).

²⁰ 406 U.S. 205 (1972).

²¹ 815 F. 2d 485 (Iowa, 1987).

advertir un género de vida «conservador», pero plenamente inserto en la vida y civilización modernos. El peculiar estatuto de los Amish, como se lee en la sentencia, sólo fue extendido a una escuela menotita.

c) *Dual enrollment*

Además de la educación doméstica y de la escuela privada cabe la posibilidad de recibir enseñanza en parte pública y en parte privada: *dual enrollment* o *shared time*.

La interpretación de la *stablishment clause* —en su significación de separación entre la Iglesia y el Estado— por parte de la Suprema Corte Federal, así como la interpretación de las correspondientes constituciones estatales, ponen trabas a una eficaz colaboración entre la escuela pública y la escuela privada. Sus ámbitos de competencia deben quedar muy delimitados, de manera que ni la escuela pública ni sus profesores queden de algún modo vinculados por decisiones que se tomen en la escuela privada.

Los Estados, por lo general, admiten a los alumnos de la escuela privada en actividades complementarias: cursos de verano, cursos especiales, actividades deportivas y recreativas, etc. Incluso algunos Estados admiten la asistencia de alumnos de escuelas privadas a clases ordinarias. Las dificultades surgen cuando se pretende que no sean los alumnos los que se trasladen a la escuela pública, sino los profesores de la escuela pública los que se trasladen a los edificios de la escuela privada.

También se ha hecho problemático el alquiler de edificios: tanto el alquiler de edificios de las escuelas privadas, como el que éstas alquilen edificios a las escuelas públicas. El alquiler de edificios a una escuela parroquial fue considerada subsidio de fondos públicos a una actividad religiosa y causar excesivo «entanglement» como consecuencia de una acción interpuesta por la *American United for Separation of Church and State v. Paire*²². Resultados parecidos obtuvieron en Oregón y Montana, siempre en base a constituciones estatales.

A decir de VALENTE²³, las decisiones relativas al alquiler de edificios públicos por parte de las escuelas privadas o para fines religiosos no son tan contradictorios como a primera vista parecen, sino que obedecen a distintos supuestos de hecho. Son muchos los factores que se toman en consideración: naturaleza, frecuencia y duración del uso por el grupo religioso, ganancia o costo de la escuela que alquila el edificio, etc. Por lo que se refiere al alquiler de locales de la escuela privada a la escuela pública constituyen factores importantes que el edificio sea desprovisto de símbolos religiosos y que los edificios no sean utilizados sólo parcialmente o sólo en determinadas horas, de modo que se evite un poder compartido sobre el edificio.

Respecto al alquiler de edificios públicos, VALENTE entiende que ha de tenerse en cuenta el uso y no el usuario. Si en razón de la condición religiosa de quien usa el edificio se niega un alquiler que no se niega a grupos no religiosos para llevar a cabo actividades de la misma naturaleza, la negativa resultaría anticonstitucional por discriminatoria.

En razón de todas estas dificultades, el *dual enrollment* es escasamente utilizado.

d) *Diferencias de régimen entre la enseñanza pública y la privada*

La diferencia de régimen más notable deriva de que en la enseñanza pública está prohibida la enseñanza de la religión. La desconfesionalización de la enseñanza estatal comienza a partir de la decisión *Everson v. Board of Education*²⁴, por la que se

²² 348 F. Supp. 506 (D.N.H., 1972).

²³ *Law...*, cit., pág. 119.

²⁴ 330 U.S. 1 (1947).

incorpora a los Estados la *establishment clause* —prohibición de establecer una religión— de la Constitución Federal. Una serie de sentencias posteriores reafirman este criterio, que excluye también la recitación de plegarias. Es, en cambio, constitucional que, a requerimiento de los padres, los niños abandonen la escuela a ciertas horas para su instrucción religiosa fuera del edificio escolar²⁵. La enseñanza privada carece de tales limitaciones constitucionales y es confesional en un 90 por 100 de las escuelas.

La competencia educativa en materia escolar corresponde a los Estados. El esquema organizativo escolar se basa en distritos escolares, de naturaleza quasi-municipal. Pero otros muchos rasgos los asimilan a las corporaciones privadas. No existe un modelo típico de organización de distritos escolares, ni siquiera dentro de un mismo Estado. Los hay especializados en una determinada área o nivel educativo y los hay omnicomprendivos. Los hay dependientes del Ayuntamiento y los hay independientes.

La legislación relativa a la enseñanza está muy poco desarrollada. Tal acontece con un tema tan importante cual es la cualificación profesional de los profesores. Indiana, Ohio y Oregón requieren profesores «certificados». Maine lo requiere si el profesor que enseña en la escuela privada está pagado con fondos públicos.

Exigen profesores simplemente cualificados California, Kentucky, Michigan, Mississippi, Nebraska, Carolina del Norte, Dakota del Sur y Washington. En Nueva York la certificación se exige para la enseñanza doméstica, pero no para la enseñanza privada. Los criterios para otorgar certificaciones se basan en la posesión de algún título universitario que capacite para enseñar una determinada materia. Los criterios de cualificación son mucho menos rígidos.

No existe algo parecido a un cuerpo de funcionarios al que se accede por oposición. Tanto en la escuela pública como en la privada se accede por contrato. Los profesores de la escuela privada dependen en mayor medida de las leyes generales sobre contratos y sobre todo de su concreto contrato, mientras que en la escuela pública dependen más de las disposiciones estatutarias que se hayan podido dictar. En la escuela pública es más fácil conseguir la estabilidad en el empleo; facilidad contrabalaceada por ser el derecho de huelga más restringido que en la escuela privada.

La libertad académica suele ser más amplia en la escuela pública que en la privada, tanto por lo que se refiere a los alumnos como por lo que se refiere a los profesores. La *establishment clause* limita la libertad académica en materia religiosa en la escuela pública. En *Rhodes v. Laurel Highlands School District*²⁶ se confirma el despido de un profesor por hablar reiteradamente de religión en clase, mostrando preferencias por el cristianismo.

e) *Diferencias de régimen entre la enseñanza privada confesional y la enseñanza privada no confesional*

La distinción entre escuelas confesionales y no confesionales no se hace depender, como es habitual en el Derecho americano, de una categorización de la noción abstracta de confesionalidad. Allí donde se educa a los niños en una concreta religión se detecta la existencia de enseñanza confesional. Para ello se comprueban los programas de enseñanza, la afiliación religiosa de los profesores, las atribuciones de la jerarquía religiosa en la organización de la escuela, etc. Se emplean como sinónimos de escuela confesional *religious school*, *sectarian school*, *church related school*, *denominational school*, etc.

Como ya hemos señalado, existe una regulación muy escasa sobre la enseñanza

²⁵ *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952).

²⁶ 544 A. 2d 562 (Pa. Cmwlth, 1988).

privada que se atiene principalmente a la legislación común sobre entidades sin fin de lucro y a las leyes generales de contratación. No obstante, cabe señalar ciertas diferencias entre la enseñanza confesional y la no confesional, derivadas de que la escuela confesional se ve afectada por las cláusulas religiosas de la Constitución Federal.

La Suprema Corte Federal —como tendremos ocasión de analizar con detenimiento— ha establecido el criterio de que en virtud de la *establishment clause* no cabe una financiación con fondos públicos de la enseñanza confesional por ser contraria a la separación que debe existir entre la Iglesia y los poderes públicos. De ello se deduce que la enseñanza privada no confesional puede recibir ayuda económica estatal, desde el punto de vista de la Constitución Federal, mientras la confesional privada, no. Para evitar diferencia de trato entre ambas clases de escuelas la mayoría de los Estados han interpretado que el dinero público no puede ser destinado a financiar escuelas privadas. Algunos Estados, no obstante, otorgan un distinto trato financiero a la enseñanza confesional y a la no confesional.

La *free exercise clause* también es fuente de un régimen distinto entre enseñanza confesional y no confesional. Un ejemplo significativo lo constituye el caso *N.L.R.B. v. the Catholic Bishop of Chicago*²⁷. El National Labor Relation Board se caracterizó por su tendencia a exigir que se lleven a cabo negociaciones colectivas en la contratación de empleados privados. Y estableció que, a partir de 1974, en aquellas escuelas con un presupuesto de ingresos superior al millón de dólares es obligatorio este tipo de negociación. En la decisión citada la Suprema Corte Federal decidió la no aplicabilidad de tal ley a las *church related schools*, pues ocasionaría un excesivo *entanglement*, es decir, un excesivo entremezclamiento entre poder político y religioso.

Se trataba de dos seminarios menores de la diócesis de Chicago y de cinco escuelas ordinarias de la diócesis de Wayne-South Bend. Los seminarios menores no eran de tipo tradicional, pero eran en definitiva seminarios menores; es decir, escuelas destinadas a preparar alumnos para el sacerdocio. La pretensión del N.L.R.B. era distinguir entre «escuelas completamente religiosas» y «escuelas comprometidas con la religión», aplicando sólo a estas últimas las exigencias de negociación colectiva, y sólo los profesores pertenecientes al estado laical.

El *test* que lleva a distinguir dos clases de confesionalidad fue rechazado como insuficiente para proporcionar un criterio discrecional por la Corte del Séptimo Circuito²⁸, y la decisión confirmada por la Corte Suprema. Para la correcta valoración de este caso hay que tener en cuenta que en muchos Estados no es obligatoria la negociación colectiva con los profesores, pues la negociación colectiva corre pareja y se asocia con las entidades con fin de lucro. Varía mucho el tema del «interlocutor válido» —es decir, la composición y procedimiento de elección del órgano representativo— y la materia «negociable»: *curriculum*, horario, número de alumnos por clase, etc. Por otra parte, en muchas escuelas privadas se ofrecen cauces de negociación colectiva.

Otro tema propio de la escuela confesional es el del despido por motivos religiosos, lo cual resulta constitucionalmente posible. El tema coincide en parte con la problemática del llamado en España ideario propio de cada centro.

Como criterio general cabe señalar que, en ausencia de cláusula contractual al respecto, el profesor no debe contradecir mediante actos públicos la enseñanza religiosa de la escuela, sin que el Tribunal entre nunca a analizar la validez de los preceptos religiosos²⁹. Este criterio puede ser reforzado expresamente, tal como acon-

²⁷ 440 U.S. 490 (1979).

²⁸ *Catholic Bishop of Chicago, A Corporation Sole v. N.L.R.B.*, 559 F. 2d 1112 (CA, 1977).

²⁹ Vid. *Presbyterian Church v. Mary E. Blue Hull Memorial Presbyterian Church*, 393 U.S. 440 (1969).

tece en la archidiócesis de Filadelfia, donde por convenio colectivo se ha establecido que un profesor puede ser despedido por contradecir en público, con palabras o hechos, los preceptos morales de la Iglesia que patrocina la correspondiente escuela.

Como ejemplos algo contradictorios cabe señalar que el Tribunal de Minnesota sostuvo la no renovación de un contrato a un profesor de escuela católica que se había divorciado civilmente y vuelto a casar sin obtener sentencia canónica de nulidad³⁰. En cambio, un Tribunal de Michigan no consideró válido el despido de una profesora que se había casado con un sacerdote católico, en contradicción con el Derecho Canónico y una norma del *school board*. La decisión se basó en la insuficiente promulgación de la norma, no en que tal cláusula no pudiese ser impuesta³¹.

3. *La no confesionalidad de los poderes públicos en materia de enseñanza*

Ya hemos señalado anteriormente que, al crearse las escuelas públicas en la primera mitad del pasado siglo, la enseñanza, que hasta entonces había sido exclusivamente confesional y privada, dejó de ser exclusivamente privada, pero continuó siendo confesional tanto la enseñanza pública como la privada. Cabe recordar que cuando en Filadelfia, en 1842, un obispo católico pidió que los niños católicos pudiesen utilizar su propia versión de la Biblia y ser dispensados de la enseñanza religiosa protestante propia de la escuela pública, el resultado fue «dos años de amargura y de movilizaciones violentas, la quema de dos iglesias católicas y de un seminario y finalmente tres días de tumulto en el que murieron trece personas y quince resultaron heridas»³².

Por ese motivo la Iglesia católica y otras confesiones disidentes se vieron obligadas a crear su propia red de enseñanza con carácter privado. Frente a las legislaciones de algunos Estados, los Tribunales defendieron el derecho a no asistir a la escuela pública y a que la enseñanza no fuese excesivamente regulada por los poderes públicos en los términos que hemos visto. En tal época —después de la primera guerra mundial— la enseñanza pública era todavía confesional, de tal manera que la libertad de enseñanza fue el instrumento que sirvió para defender la libertad religiosa en la escuela. No había nacido aún la «doctrina de la incorporación» en relación con las cláusulas religiosas de la Constitución. No la Federación, pero sí los Estados federados podían ser confesionales. Se conoce por doctrina de la incorporación el criterio —sentado por la Corte Federal Suprema— en virtud del cual el *Bill of Rights* es aplicable no sólo a la Federación, sino también a los Estados singulares³³. En 1940, en *Cantwell v. Connecticut*³⁴, se incorpora a los Estados la *free exercise clause* y en 1947, en *Everson v. Board of Education*³⁵, se incorpora la *establishment clause*.

La no confesionalidad de la enseñanza pública está establecida en términos tales que excluye no sólo el apoyo a una concreta religión, sino también el apoyo a todas las religiones en general. En *Mc Collum v. Board of Education*³⁶ la Corte Suprema Federal echó abajo un plan en virtud del cual estudiantes de los tres mayores credos

³⁰ *Steeber v. Benilde-St Margaret's High School*, No.D. C. 739, 378, Hennepin County, Minnesota (1978).

³¹ *Wiethoff v. St. Veronica's School*, 210 N.W. 2d, 108 (Mich., 1973).

³² JAMES O'NEILL, *Religion and education under the constitution*, Nueva York, 1949, páginas 26-27.

³³ Sobre la doctrina de la incorporación, vid. GLORIA MORÁN, *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 41-43.

³⁴ 310 U.S. 296 (1940).

³⁵ 330 U.S. 1 (1947).

³⁶ 333 U.S. 203 (1948).

—protestantes, judíos y católicos— eran instruidos en sus respectivas religiones una vez por semana por profesores de la escuela. La elección correspondía a los padres y los no interesados estudiaban en otra parte del edificio escolar. El criterio es, pues, distinto del español. Queda excluida, al menos en la enseñanza, la pluriconfesionalidad o, en expresión americana, el «criterio no preferencialista», que sólo resulta aplicable en casos extremos: asistencia religiosa en prisiones o a las fuerzas armadas.

La enseñanza privada, por el contrario, puede ser confesional. No sólo en el sentido de proporcionar una concreta formación religiosa, sino también en el sentido de admitir sólo a alumnos y profesores de una determinada religión —cosa que en la práctica sólo acontece en los seminarios— o en el sentido de que las autoridades escolares dependan jerárquicamente de una confesión religiosa. Las cláusulas religiosas de la primera enmienda constitucional —como la Constitución en general— no se aplican a las actividades privadas.

La *establishment clause* lleva a que ni la Federación ni los Estados federados puedan sostener con fondos públicos iglesia alguna, aunque una tradición, que la Suprema Corte Federal respeta, las considera exentas de impuestos³⁷ al no producir tal práctica un excesivo entremezclamiento entre política y religión.

Una praxis muy extendida que se siguió durante la época colonial, sobre todo en el Norte, fue la siguiente³⁸. Cada localidad debía sostener una iglesia y un ministro protestantes. Por mayoría de votos en cada pueblo se elegía la confesión que había de establecerse, designándose un ministro de esa confesión. Esto daba lugar a una pluriconfesionalidad dentro de una misma colonia, pero no a una pluriconfesionalidad dentro de una misma localidad. Los movimientos migratorios daban lugar a que las localidades, en razón de las nuevas gentes, fuesen cambiando de confesión establecida. En algunos casos se consiguieron arreglos para que se pudiese establecer más de una Iglesia en cada localidad. La Iglesia establecida era financiada con impuestos públicos especialmente recabados para el sostenimiento del culto y clero democráticamente establecidos.

No es de extrañar que, en este contexto, en las Constituciones de Nueva Jersey y de Pennsylvania, ambas de 1776, se dedicasen sendos párrafos a especificar que nadie estará obligado a pagar a un ministro o la reparación de una iglesia o a erigir un templo en contradicción con sus convicciones religiosas.

Al proclamar la Constitución Federal en su primera enmienda que el Congreso no podrá establecer religión alguna, la expresión puede ser legítimamente interpretada en el sentido de que el poder público no sostendrá económicamente ninguna religión. También es legítimo interpretar que la exención fiscal no es sostenimiento económico.

Los Estados que inicialmente establecieron algunas Iglesias, con el tiempo las fueron desestableciendo. Y posteriormente, en virtud de la doctrina de la incorporación, se llegó al acuerdo de que no sólo la Federación, sino tampoco los Estados federados están legitimados para establecer Iglesias.

Pero, tras el desestablecimiento de Iglesias, los Estados comenzaron a establecer escuelas. ¿Qué consecuencias se derivan de la *establishment clause* respecto a la escuela? *Grosso modo* las premisas de las que parte la Suprema Corte Federal son las siguientes: en la escuela pública no se debe enseñar religión, pues equivale a establecer una Iglesia; las escuelas confesionales no pueden ser financiadas con fondos públicos, pues equivale a establecer una iglesia³⁹.

³⁷ *Waltz v. Tax Commission*, 397 U.S. 664 (1970).

³⁸ Cfr. LEONARD W. LEVY, *The Establishment Clause. Religion and First Amendment*, Londres, 1986, págs. 24-62.

³⁹ Por lo que a la escuela se refiere, como hace notar JAMES E. WOOD («Religion and Education in American Church-State Relations», en *Religion the State and Education*, Waco, 1984, pág. 29), «Connecticut, en 1818, el primer Estado en prohibir el uso de fondos pú-

Es fácil hacerse cargo de que tales premisas no resultan suficientemente firmes ni nítidas. No resultan firmes porque, si se parte de la equiparación iglesia-escuela, en razón de que la enseñanza escolar es fuente de transmisión de convicciones religiosas, por la misma razón por la que el Estado no puede establecer iglesias tampoco puede establecer escuelas. Pero la equiparación iglesia-escuela no se lleva excesivamente lejos a la hora de permitir que los Estados puedan establecer escuelas. En este caso, la tarea de deslindar en la enseñanza lo religioso de lo secular se considera sencilla y hacendera, reconducible a reglas tales como prohibir que los niños recen en la escuela o que reciban instrucción religiosa dentro de ella. En cambio, en el caso de la escuela confesional, la equiparación iglesia-escuela se lleva casi al extremo, considerando que es poco menos que imposible deslindar lo secular de lo religioso en las enseñanzas que se imparten. En la Universidad privada confesional, en cambio, se considera más fácilmente deslindable lo secular de lo religioso.

Las premisas no resultan suficientemente nítidas porque deslindar lo secular de lo religioso en la enseñanza primaria y secundario no es empresa sencilla ni fácil. En el caso de la enseñanza pública quizá ese deslinde se haya llevado a cabo algo burdamente con la consecuencia de que las medidas adoptadas para el logro de una enseñanza puramente secular no parecen ser completamente ajenas a tomas de posición en materia religiosa.

Por el contrario, en la enseñanza confesional apenas se ha afrontado la necesidad de deslindar lo religioso de lo secular. Se reconoce que la escuela confesional imparte una enseñanza secular y que ésta satisface los estándares de educación cívica exigidos por el poder público; pero, a la hora de aplicar la Constitución, los escrúpulos acerca de la naturaleza secular de esa enseñanza se tornan tan acuciantes que se acaba por aplicar las cláusulas de la Constitución a una materia que no es religiosa.

La tarea de deslindar lo secular de lo religioso no es solamente difícil desde un punto de vista jurídico, sino también político. Algunas normas estatales y federales, así como las actitudes de algunas confesiones religiosas y grupos de opinión son decididamente favorables a la financiación con fondos públicos de las escuelas privadas, mientras otras normas, confesiones y grupos son de la opinión contraria.

El argumento principalmente esgrimido por los primeros es el de la doble imposición. Los padres que optan por una escuela privada para su hijos deben pagar impuestos —existen impuestos especiales para la escuela— para sostener una opción escolar que no les interesa. Si el motivo de esa opción se debe a la insuficiente formación religiosa que se da a los niños en la escuela pública el tema incide en la *free exercise clause*.

Los argumentos aportados por quienes son contrarios a la financiación de la enseñanza privada con fondos públicos son variados. Los reproduzco siguiendo un folleto editado por el «Baptist Committee on Public Affairs» especialmente dirigido contra los *tuition credits*. Tal práctica —señala el folleto— es *inconstitucional*, en apoyo de lo cual cita la decisión *Nyquist; regresiva*, porque ayuda a los ricos, pero no a los pobres, que se verían igualmente obligados por consideraciones económicas a acudir a la escuela pública; *injusta*, porque serían favorecidas las grandes escuelas confesionales, pero no las pequeñas. Por otra parte, los viejos, solteros y padres sin hijos también pagan impuestos escolares; *destructiva*, porque acabaría dando al traste con la escuela pública tan importante y valiosa de la vida americana; *cara*, de cuatro a seis billones de dólares; *inflacionaria*, porque el costo de la enseñanza privada se dispararía; *antidemocrática*, al haber una utilización de dinero público no administrada por personas democráticamente elegidas; *deshonesta*, porque el sistema se

blicos para fines confesionales, fijó un modelo para las constituciones de los Estados. En 1870 la mayoría de las constituciones estatales prohibieron el uso de fondos públicos para escuelas confesionales». Cuando la Suprema Corte Federal se pronuncia en el mismo sentido en virtud de la constitución federal, más que innovar, sigue una tradición.

utilizaría para pagar más impuestos; *entrometida*, pues no habría más remedio que controlar el gasto de las escuelas privadas. Por todo ello se aconseja oponerse enérgicamente al sistema de *tuition tax credits*.

Dada la diversa naturaleza de los argumentos aportados y de las instituciones que los patrocinan, no procede clasificar esas opiniones en pro-estatales y pro-eclesiásticas. Los representantes de las confesiones que históricamente sufrieron discriminación son partidarios de la máxima separación entre la Iglesia y el Estado, aun cuando tal actitud no sea concorde con la tradicional doctrina de esa confesión. En el análisis de los casos que abordaremos a continuación se pone de relieve la conveniencia de abandonar clasificaciones simplistas. Nueva York y Rhode Island, por ejemplo, han de ser alineadas —así ha de decirse, pues la institución estatal se considera hembra— entre las que tienden a favorecer la escuela privada. Y resulta igualmente claro que tal actitud no procede de resabios de una confesionalidad pasada, sino más bien de todo lo contrario: de estar de vuelta de unos criterios de separación entre la Iglesia y el Estado que acaban resultando obsoletos.

No es de extrañar que en semejante contexto los Tribunales —incluida la Suprema Corte Federal— acaben fijando sobre esta materia criterios quizá intencionadamente vacilantes. Se pretende evitar el *political entanglement*, distinto del *administrative entanglement* que con más frecuencia aflora como *test* en las decisiones de los Tribunales y que el Juez Burger describe en *Lemon I*⁴⁰ con estas palabras: «Los partidarios de las escuelas parroquiales, comprensiblemente preocupados por la elevación de los costos y sinceramente dedicados tanto a la misión educativa religiosa como a la secular, inevitablemente patrocinarán esta causa y promoverán acción política para conseguir sus objetivos. Los opuestos a la ayuda estatal, ya por razones constitucionales, ya religiosas, ya fiscales, inevitablemente responderán y utilizarán todas las usuales técnicas de campaña política para prevalecer. Los candidatos se verán forzados a pronunciarse y los votantes a escoger. No sería real ignorar el hecho de que al confrontar cuestiones de esta naturaleza muchos encontrarán que sus votos han de alinearse con su fe.»

«Ordinariamente el debate y división políticos, aunque sean vigorosos y partidistas, son normales y saludables en un sistema democrático de gobierno, pero la división política en razón de criterios religiosos es uno de los principales males que la primera enmienda pretende proteger.» La *ratio legis* de la primera enmienda —que la vida política y la vida religiosa discurran por cauces diversos—, por tanto, debe prevalecer por encima de todo. Flaco servicio prestaría la Suprema Corte Federal a las cláusulas religiosas de la Constitución americana si, como consecuencia de aplicarlas de un modo rígido y principista, se lograra el efecto contrario de lo que pretenden: separar las opciones políticas de las religiosas.

Las decisiones a este respecto, unas veces por utilizar criterios excesivamente amplios y otras veces por utilizar criterios excesivamente sutiles, conducen a fijar una doctrina un tanto incierta. Ello en muchos casos obedece a las distintas actitudes y criterios personales de los Jueces. Pero tampoco faltan muestras de lo contrario; es decir, de una intencionada ambigüedad o eclecticismo. Un ejemplo sería la decisión que acabamos de citar, *Lemon I*, comparada con *Tilton v. Richardson*⁴¹. Tienen la virtud de haber sido emitidas el mismo día y estar redactadas por el mismo Juez, Burger. No obstante lo cual, en la primera se echa abajo sendos programas de Rhode Island y Pennsylvania que favorecen económicamente la escuela confesional, mientras que en *Tilton* se considera constitucional el *Higher Education Facilities Act*, de 1963, que facilita la financiación de actividades en Universidades confesionales. La diferencia de criterio se justifica, entre otras razones, en que en la educación universitaria prevalecen los valores seculares de promoción científica sobre los religiosos,

⁴⁰ 403 U.S. 602 (1971).

⁴¹ 403 U.S. 672 (1971).

a diferencia de lo que acontece en la escuela, donde más bien prevalecen los valores de adoctrinamiento religioso. La diferencia de trato económico a la Universidad y a la escuela confesional se repite en muchas otras sentencias⁴², que no procede entrar a analizar tanto por no ser propias de este trabajo como por no resultar posible extraer conclusiones basadas en la analogía. Universidad y escuela son dos supuestos de hecho lo suficientemente distintos —dado el sistema americano— como para que no pueda reducirlos al común denominador «educación».

4. Financiación de la enseñanza privada

a) Transporte escolar

La Corte Suprema Federal, con el caso *Everson v. Board of Education*⁴³, constitucionalizó el tema del transporte escolar, si bien no contribuyó a fijar una praxis uniforme sobre este particular. Tal decisión, sin embargo, es más famosa y trascendente por el hecho de haber incorporado, como hemos señalado, la *establishment clause* a los Estados federados, constitucionalización sin duda mucho más importante.

La sentencia con toda rotundidad afirma que, como dijo Jefferson, la intención de la *establishment clause* fue establecer «un muro de separación entre la Iglesia y el Estado» y que «ningún impuesto en cantidad alguna, grande o pequeña, puede establecerse para soportar cualesquiera actividades o instituciones religiosas, llámen-se como se llamen y cualquiera que sea la forma que adopten para enseñar o practicar la religión». Pero el resultado de la sentencia se apoya en la llamada «child benefit theory»; es decir, en la consideración de que el beneficiario del transporte escolar son los niños y sus padres, pero no primariamente la escuela.

En 1977, sin embargo, la Corte Suprema Federal, en *Wolman v. Walter*⁴⁴, declaró inconstitucional el pago del transporte en autobús a las escuelas privadas para visitas culturales (*fields trips*), establecido por una Ley de Ohio. La diferencia de criterio respecto al caso *Everson* se justifica en que el transporte diario en autobús a la escuela constituye una necesidad puramente física, que nada tiene que ver con el *curriculum* del alumno. En cambio, las visitas culturales forman parte del *curriculum*. Son los profesores los que eligen el destino, el trayecto y la frecuencia de los viajes, que son en sí mismos una actividad educativa, que puede ser religiosa, por ejemplo, la visita a un santuario.

Discutible o no —resulta impropio efectuar ahora consideraciones polémicas—, el transporte diario en autobús es constitucional, mientras su uso para visitas culturales no lo es.

Los temas de transporte escolar decididos por la Suprema Corte Federal resuelven, como es lógico, la constitucionalidad federal de ese transporte, no su constitucionalidad estatal. La Suprema Corte Federal declaró que el transporte diario escolar no es inconstitucional, no que no proporcionarlo sea inconstitucional. El argumento de que quien proporciona transporte a la escuela pública debe también proporcionarlo a la escuela privada en virtud de la *Equal Protection Clause* no prevaleció⁴⁵.

⁴² Vid. *Hunt v. Mc Nair* (413 U.S. 734 (1973)), *Roeme v. Board of Public Works of the State of Maryland*, 426 U.S. 736 (1973), *Witters v. Washington Department of Services for the blind*, 474 U.S. 481 (1986).

⁴³ 330 U.S. 1 (1947).

⁴⁴ 433 U.S. 229 (1977).

⁴⁵ Cfr. *See Young v. Board of Education*, 246 N.W. 2d 230 (Wis., 1976). En *Kadrmas v. Dickinson Public Schools* (108 S.Ct. 2481 (1988)), la Suprema Corte Federal niega la aplicabilidad de la *equal protection clause* a la escuela pública, a propósito de un Estado en que las escuelas se dividen en «organizadas» y «no organizadas», correspondiendo el transporte

Así pues, depende de las legislaciones estatales y de las decisiones de los Tribunales estatales la existencia de transporte escolar con cargo a los fondos públicos. En unos diez Estados los Tribunales han considerado conforme a sus respectivas Constituciones el transporte escolar a la escuela privada, mientras ocho lo han declarado inconstitucional. Hay que tener en cuenta, no obstante, que en Nueva York y Wisconsin se introdujeron modificaciones constitucionales para posibilitar ese tipo de transporte, por lo que resultan obsoletas las decisiones que lo negaban⁴⁶. Finalmente, en bastantes Estados las leyes que establecen el transporte escolar a las escuelas privadas no han sido objeto de impugnación, por lo que permanecen en vigor. Tal acontece en Indiana, Kansas, Louisiana, Michigan, New Hampshire, Nuevo México, Oregón y Rhode Island.

Las decisiones negativas no siempre se basan en la prohibición de utilizar fondos estatales para fines religiosos, sino, en muchos casos, en la prohibición de utilizar fondos públicos para fines privados. Así, pues, el tema del transporte escolar no puede ser reducido exclusivamente a un tema de separación entre la Iglesia y el Estado.

Por lo general, los distritos escolares locales carecen de atribuciones propias en materia de transporte escolar, en cuyo caso no deben proporcionarlo a los niños que acuden a las escuelas privadas, a menos que no estén expresamente autorizados para ello.

Tema bastante debatido, como es fácil de adivinar, es el de la distancia que debe cubrir el servicio de transporte. Por regla general, se admite sobrepasar moderadamente los límites del distrito escolar. Wisconsin señala cuatrocientos pies. En Nueva York se utiliza el criterio «la escuela parroquial más cercana», sin que quepa escoger otra más alejada⁴⁷. Las decisiones de los Tribunales, más que en la casuística normativa, se basan en exigir un servicio de transporte «razonable». Dentro de esta racionalidad del transporte se atiende especialmente a la seguridad del alumno y a la real necesidad del servicio del autobús. Un servicio de autobús realmente necesario puede conseguirse desde domicilios muy alejados o inconvenientes para quienes lo prestan.

b) Libros de texto y material didáctico

La situación respecto a este tema es muy similar a la del transporte escolar. Hay una sentencia algo antigua⁴⁸ que declara constitucional la prestación de libros de

en autobús a una de estas dos categorías. La Constitución —se señala— no exige el transporte en autobús ni que sea gratuito en el caso de que se establezca.

⁴⁶ En favor del transporte escolar: *Bowker v. Baker*, 167 P. 2d (Cal., 1946); *Board of Education v. Bakalis*, 299 N.E. 2d 737 (Ill., 1973); *Nichols v. Henry*, 191 S.W. 2d 930 (Ky., 1045); *Squires v. Augusta*, 153 A. 2d 80 (Me., 1959); *Board of Education v. Wheat*, 199 A. 628 (Md., 1938); *Quinn v. Sch. Committee*, 322 Mass. 410 (1955); *American United, Inc. v. Ind. Sch. District*, 179 N.W. 2d 146 (Minn., 1970); *Everson v. Board of Education*, 44 A. 2d 333 (N.J., 1945); *Honoban v. Holt*, 244 N.E. 2d 537 (Ohio, 1968); *Rhoades v. Sch. District*, 266 A. 2d 53 (Pa., 1967); *Hughes v. Board of Education*, 174 S.E. 2d 711 (W.Va., 1970). En contra del transporte escolar: *Mathews v. Quinton*, 362 P. 2d 932 (Alaska, 1961); *Snyder v. Newton*, 161 A. 2d (Conn., 1960); *Spears v. Honda*, 449 P. 2d 130 (Hawaii, 1968); *Epeldi v. Engelking*, 488 P. 2d 860 (Idaho, 1971); *Mc Vey v. Hawkins*, 258 S.W. 2d 927 (Mo., 1953); *Board of Education v. Antone*, 384 P. 2d 911 (Okla., 1963); *Visser v. Nooksack Valley Sch. District*, 207 P. 2d 198 (Wash., 1949). Los cambios constitucionales introducidos en Nueva York y Wisconsin anulan las sentencias: *Board of Education v. Allen*, 192 N.Y.S. 2d 186 (1959) y *State v. Nussbaum*, 155 N.W. 2d 761 (Wisc., 1962).

⁴⁷ Cfr. *Rackmyer v. Gates-Chili Center Sch. District*, 368 N.Y.S. 2d 636 (1975).

⁴⁸ *Cochran v. Louisiana Board of Education*, 281 U.S. 913 (1939).

texto a los niños de las escuelas privadas. La legitimidad de esta ley se basó en que los beneficiarios de la prestación son los escolares y sus padres, no la escuela. Se originó así la «child benefit theory» conforme a la cual se resolvió, como hemos visto, el tema del transporte escolar.

En 1968, en *Board of Education v. Allen*⁴⁹, la Suprema Corte Federal volvió a sostener la constitucionalidad de la prestación de libros de texto, esta vez frente a la pretensión de que violaba la *establishment clause*, al proporcionar ayuda económica a la religión. En la decisión anterior se planteaba como violación de la prohibición constitucional federal de utilizar fondos públicos para fines privados. Pero en *Meek v. Pittinger*⁵⁰ se hace una distinción entre libros de texto, que se entiende que ayudan a los niños, y el resto de material didáctico, que se entiende que ayuda a la escuela. En frase de LEVY a este respecto, «algunas veces los Jueces hacen distinciones que llenarían de admiración las mentes de los escolásticos medievales»⁵¹.

De acuerdo con el *Elementary and Secondary Education Act*, de carácter federal, se envían periódicamente fondos bibliográficos a las escuelas privadas. Tal práctica no ha sido impugnada desde 1965, época en que se promulgó la Ley, por lo que el criterio legal puede considerarse suficientemente consolidado.

Como en el caso de los autobuses escolares, las Cortes constitucionales estatales han encontrado en algunos casos que lo que no estaba prohibido por la Constitución federal lo está por la Constitución estatal —así, Michigan, Missouri, Nebraska, Oregón y Dakota del Sur—, mientras otros —como Nueva York, Pennsylvania y Ohio— han declarado constitucionales las leyes sobre prestación de libros de texto. Generalmente se trata de distintas lecturas de los textos constitucionales no de que el contenido literal de los textos constitucionales sea distinto.

c) Salarios de los profesores

En *Lemon v. Kurtzmann*⁵², también conocido como *Lemon I*, para distinguirlo de la posterior decisión de 1973 relativa a este mismo caso, la Suprema Corte Federal desapruaba, en una única sentencia, disposiciones legislativas de Rhode Island y de Pennsylvania por las que se asignaban salarios para enseñar en la escuela privada.

La legislación de Rhode Island preveía unos suplementos salariales para los profesores de la escuela privada. Estos suplementos no debían exceder del 15 por 100 del salario total del profesor, añadiéndose como limitación que el salario de un profesor de la escuela privada no podía exceder el salario de un profesor de la escuela pública, una vez sumado el suplemento.

Entre los hechos relativos a Rhode Island se resalta que casi todas las escuelas son escuelas parroquiales católicas; que toda la organización escolar está supervisada por el obispo de Providence a través del superintendente diocesano de escuelas; que, con dos excepciones, todos los *principals* de las escuelas son monjas contratadas por el superintendente o por la madre provincial de las monjas que llevan la escuela; que los contratos con profesores laicos —que constituyen un tercio del profesorado en 1969 con tendencia a aumentar en proporción— son firmados por el párroco, tras una entrevista del candidato con el *principal* y otra en las oficinas de la superintendencia. «La autoridad religiosa —se afirma— permea todo el sistema.»

Se hace notar también que el «Handbook of school regulations» insiste en que la enseñanza religiosa no se limita a las clases de religión y aconseja a los profesores estimular las vocaciones y las tareas misioneras.

⁴⁹ *Board of Education v. Allen*, 392 U. S. 236 (1968).

⁵⁰ 421 U.S. 349 (1975).

⁵¹ *The Establishment...*, cit., pág. 128.

⁵² 403 U.S. (1971).

La Ley de Pennsylvania autorizaba al secretario de educación a remunerar determinados servicios de naturaleza secular a los profesores de la escuela privada, tales como la enseñanza de matemáticas, física y lenguas extranjeras. En *Lemon II*⁵³ se permite que los Estados den cumplimiento a los contratos anteriores a *Lemon I* y los prohíbe en lo sucesivo.

Lemon I se ha hecho famoso por enunciar, en una decisión de ocho votos, un triple test para analizar este tipo de cuestiones: 1) la Ley debe tener una finalidad secular; 2) requiere que el efecto primario de la Ley ni perjudique ni favorezca la religión; 3) la Ley y su puesta en práctica no debe causar *excessive entanglement*—un excesivo entremazclamiento— del Gobierno con las actividades religiosas. El test que no pasaron estas Leyes fue el tercero. Su puesta en práctica obligaría al Gobierno a controlar el contenido de la enseñanza para cerciorarse de que se trata efectivamente de enseñanza secular. Un profesor no puede ser equiparado a un libro de texto, pues tiene una naturaleza ideológica muy distinta. Como la decisión está basada en la *establishment clause*, algún Estado no la aplica a las escuelas privadas no confesionales.

Como ya hemos hecho notar, junto con *Lemon I* se resuelve *Tilton*, que declara constitucionales las ayudas económicas federales para servicios y equipamientos universitarios en universidades confesionales.

d) Bonos escolares

El poder legislativo de Rhode Island promulgó un *Parent Reimbursement Act* destinado a paliar las deficiencias constitucionales que la Suprema Corte Federal había apreciado en *Lemon I* mediante el expediente de reembolsar en parte a los padres por sus gastos escolares en vez de suplementar los salarios de los profesores. El reembolso era de \$75.00 por cada alumno de escuela elemental y de \$150.00 por cada alumno de secundaria. En *Lemon II* la Suprema Corte Federal echó abajo este plan.

También en 1973 y en el mismo día que *Lemon II*, la Suprema Corte Federal estimó el recurso interpuesto por el *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Nyquist*⁵⁴ que contempla un caso parecido. La legislatura de Nueva York—algo más tacaña o escasa de dinero— había dispuesto un reembolso de \$50.00 por alumno de escuela elemental y de \$100.00 por alumno de secundaria. Debía de tratarse de padres de ingresos bajos. Aunque de modo indirecto, se entendió que la ayuda acababa por promocionar la religión. Decisión similar tomó, también en 1973, la Corte Suprema de Illinois respecto a los bonos, cuyos beneficiarios eran padres de ingresos inferiores a tres mil dólares anuales⁵⁵.

En 1983, en *Mueller v. Acen*⁵⁶, la Corte Suprema de la Federación aparentemente toma un nuevo rumbo al considerar constitucional en el Estado de Minnesota la deducción de impuestos por razón de escolarización en los niveles elemental y secundario, independientemente de que la escuela sea pública o privada. Aplicando el triple test ideado en *Lemon I*, la Ley de Minnesota salió airosa de la prueba, entendiendo los Jueces que en este caso los intereses seculares quedaban salvaguardados.

Un factor que se considera clave en la motivación de la decisión es que, a diferencia de los anteriores casos, los padres de la escuela pública también pueden deducir ciertos impuestos: por transporte, uniformes y equipamiento, en el que se incluyen desde calculadoras hasta el calzado de gimnasia. No pueden, en cambio, deducir, como es lógico, la *tuition*, por ser gratuita. La deducción por *tuition*, para los

⁵³ *Sloan v. Lemon*, 413 U.S. 825 (1973).

⁵⁴ 413 U.S. 756 (1973).

⁵⁵ *Kingler v. Howett*, 2d 1, 305 N.E. 2d 129 (Ill., 1973).

⁵⁶ 463 U.S. 388 (1983).

padres de la escuela privada, supone de \$500.00 a \$700.00, según el grado. Los padres de la escuela privada no pueden, en cambio, deducir los gastos correspondientes a la *tuition* religiosa, libros y equipamiento didáctico religiosos.

Otro factor importante, aunque no lo hemos respetado en la sistematización del apartado, es que un *bono* no es una deducción de impuestos. La deducción de impuestos es una praxis muy extendida en el país. Y no suele originar escrúpulos constitucionales. Es siempre bien venida. Este tipo de deducciones de impuestos se venía practicando en Minnesota desde 1955. Y, tras una enmienda realizada en 1976, fue considerado constitucional en *M.C.L.U. v. Roemer*⁵⁷ por la Corte de distrito.

No deja de asombrar, si se adopta una actitud reductiva y simplificadora, que la Corte Suprema Federal admita un beneficio de setecientos dólares —en forma de deducción de impuestos—, pero no de cien en forma de bono. Bono escolar y deducción fiscal parecen dos modos de conseguir el mismo resultado práctico. Pero esa distinta modalidad es jurídicamente relevante. Una deducción de setecientos es comprensible, porque es el resultado de calcular el costo de la *tuition*. Pero una bonificación de cien difícilmente puede ser justificada. Resulta arbitraria. ¿Por qué no ciento veinticinco? La cláusula en virtud de la cual se beneficia a las familias pobres resulta demagógica, si se tiene en cuenta que la escuela pública es gratuita.

La comparación de *Mueller* con los casos *Lemon* pone de relieve cómo una misma pretensión puede resultar jurídicamente aceptable planteada de una manera e inaceptable con otro planteamiento.

e) *Reembolsos a la escuela privada*

En *Levitt v. Committee for Public Education*⁵⁸ la Corte Suprema Federal echó abajo un plan del Estado de Nueva York en virtud del cual el Estado reembolsaba a las escuelas parroquiales parte de los costos por efectuar y comunicar los resultados de varios exámenes exigidos por la legislación escolar de este Estado. La cantidad global destinada al reembolso era de veintiocho millones de dólares. Se distribuían a tanto por alumno examinado. No se requería auditoría sobre la administración de los fondos, ante la consideración de que resultaba evidente que no cubrían todo el gasto. Los veintiocho millones eran calculados no en razón de los costos, sino en razón del máximo de lo que el Estado de Nueva York podía permitirse destinar a esa actividad. La disposición no superó el *test* de constitucionalidad por entenderse que favorecía intereses religiosos.

Más tarde, en *Wolman v. Walter*⁵⁹, que ya hemos visto a propósito del transporte escolar, la Corte Suprema Federal enjuició una Ley de Ohio en virtud de la cual se suministraba a las escuelas parroquiales exámenes tipo *test* redactados por profesores de la escuela pública, que eran también los que los corregían. El Estado no proporcionaba reembolso alguno por la tarea de efectuar los exámenes. Tal modo de hacer fue considerado constitucional.

En *New York v. Cathedral Academy*⁶⁰ la Corte Suprema volvió a echar abajo, esta vez por menos votos —seis-tres en voz de ocho-uno como en el caso *Levitt*— el plan de reembolso en razón de exámenes. No obstante, en 1980, en *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Reagan*⁶¹, por cinco votos a favor y cuatro en contra, el Estado de Nueva York logró finalmente un plan de reembolso a la escuela privada expurgado, a juicio de la Corte Suprema, de los aspectos inconstitucionales detectados en anteriores planes. Por primera vez se exige una auditoría. No

⁵⁷ 452 F. Supp. 1316 (D. Minn., 1978).

⁵⁸ 413 U.S. 472 (1973).

⁵⁹ 433 U.S. 229 (1977).

⁶⁰ 460 U.S. 125 (1977).

⁶¹ 444 U.S. 646 (1980).

obstante, no parece que esta decisión pueda conciliarse fácilmente con las anteriores. Y algo de razón tiene el Juez Blackmun, en su opinión discordante, al señalar que es el resultado de la perseverancia de una legislatura insistiendo ante la Corte Suprema en una misma pretensión. En este caso, además, son los profesores de la escuela privada los que evalúan, si bien sobre materias estrictamente seculares. En suma, se acabó considerando que este tema de realización de exámenes es de naturaleza secular. Resultaba por otro lado muy difícil de sostener que la actividad de examinar cambia su naturaleza de actividad secular para transformarse en actividad religiosa por el hecho de estar remunerada.

f) *Servicios asistenciales*

En *Meek v. Pitteger*⁶² la Suprema Corte Federal echó abajo casi completamente un programa de Pennsylvania destinado también a proveer a las escuelas parroquiales de una serie de servicios asistenciales: instrucción especial para niños retrasados y superdotados, niños con poco conocimiento del inglés, disléxicos, sordos, mudos y tartamudos. A esto acompañaba un servicio de diagnóstico para identificar a los estudiantes necesitados de especial ayuda y determinar su tratamiento. El personal especializado debía ser enviado desde las escuelas públicas con el correspondiente equipo, a requerimiento de las autoridades de las escuelas parroquiales. Sin embargo, se hizo una excepción con los servicios de diagnóstico, los cuales sí fueron permitidos a condición de ser efectuados fuera de la escuela.

Dos años más tarde se produce la decisión *Wolman v. Walter*⁶³, que resulta antológica, al poner de relieve de un modo muy patente las diferencias de criterio en el seno de la Suprema Corte Federal en los temas que estamos tratando. La sentencia enjuicia la legalidad de seis tipos de servicios, algunos de los cuales ya han sido objeto de examen: transporte escolar, provisión de libros de texto, servicio de diagnóstico, exámenes, material didáctico y remedios terapéuticos. En relación con estas seis cuestiones sólo dos Jueces —Stewart y Blackmun— votaron favorablemente todas las cuestiones. Para lograr la mayoría hubo que trocar mucho la sentencia. Los nueve Jueces produjeron un total de dieciséis opiniones discordantes.

En relación con el tema que nos ocupa, el Estado Ohio, habida cuenta del caso *Meek*, se cuidaba mucho de especificar que los servicios de diagnóstico, tutoría y terapéutica tendrían lugar fuera de la escuela confesional. Deberían efectuarse en escuelas públicas, centros públicos o unidades móviles. Ohio, a diferencia de Pennsylvania, logró que su Ley no fuese tachada de inconstitucional por causar excesivo entremezclamiento entre política y religión.

En *Gran Rapids School District v. Ball*⁶⁴ la Corte Suprema echó abajo un programa organizado en el pueblo de Grand Rapids llamado «de enriquecimiento», compuesto a su vez por dos programas: «de educación comunitaria» y «de tiempo compartido». El primero versaba sobre ajedrez, gimnasia, artes y oficios, periodismo y otras materias. Era impartido en la escuela privada una vez acabada la jornada ordinaria, por los mismos profesores de la escuela confesional que, sin embargo, eran profesores de la escuela pública a tiempo parcial. El segundo utilizaba profesores a tiempo completo de la escuela pública, que en el 10 por 100 de los casos también daban clases en la escuela privada, logrando así una paga extra enseñando aproximadamente las mismas cosas que en la escuela pública. Ambos programas fueron declarados inconstitucionales. Como con sentido del humor dice LEVY: «la Corte Suprema, por votación de 7-2, no podía admitir que el sectarismo del personal do-

⁶² 421 U.S. 349 (1975).

⁶³ 433 U.S. 229 (1977).

⁶⁴ 473 U.S. 373 (1985).

cente desapareciera repentinamente a las 3.30 p.m., al enseñar a los mismos estudiantes en el mismo edificio utilizado por la mañana»⁶⁵.

En el mismo día que *Grand Rapids*, en *Aguilar v. Felton*⁶⁶ la Corte Suprema Federal echó abajo un programa de la City de Nueva York fundado en *Title I*, es decir, en el título primero del *Elementary and Secondary Education Act (E.S.E.A.)*, que, desde 1965, con presupuestos que se renuevan anualmente, viene prestando servicios de asistencia tanto a la escuela pública como privada a través de varios programas. Los alumnos beneficiarios de la ayuda —instrucción especializada y tutoría— eran en un 13,2 por 100 pertenecientes a escuelas privadas, de las cuales el 84 por 100 eran católicas y el 8 por 100 judías, respecto a las cuales la Corte de Apelación había estimado que «el panorama que emerge es el de un sistema en el cual las consideraciones religiosas juegan un papel clave en la selección de estudiantes y profesores y tiene como propósito esencial inculcar valores religiosos».

La asistencia era prestada por profesores públicos en las aulas de la escuela privada, desprovista al efecto de símbolos religiosos. La instrucción estaba dirigida por la City, sin depender para nada de la escuela privada. Personal ajeno a la escuela seleccionaba a los estudiantes necesitados de educación especial, usando material y equipamiento propios. Había inspección mensual y visitas ocasionales para supervisar la realización del programa. De las actas se deduce que casi tres cuartas partes de los instructores no tenían la misma afiliación religiosa que los escolares.

En su opinión discordante el Juez O'Connor hacía notar que con tal decisión la Corte perjudicaba a 20.000 alumnos desaventajados de la City e innumerables en el país. En su opinión discordante el Chief Justice afirmó que la opinión de la mayoría rayaba en la paranoia.

El *entanglement* se apreciaba en dos puntos: necesidad de supervisar los programas y realizar conjuntamente tareas tales como confeccionar horarios y distribuir las aulas. Se apreciaba, además, una limitación en la libertad religiosa de quienes profesaban una religión distinta de la de las escuelas con los que la City se había comprometido en su programa e incluso de los que profesaban la misma religión que la de la escuela, al ver como en ella se entrometen las autoridades públicas.

g) Ayuda federal

Desde hace unos veinte años el Gobierno federal viene desarrollando una serie de programas de ayuda económica destinada a la escolarización de personas y ámbitos menesterosos y por ello mismo privados también de medios educativos. Abarcan tanto a la escuela pública como a la escuela privada en actividades tales como servicios especiales de educación, libros para bibliotecas, comida gratuita, concretos proyectos en áreas pobres. La mayoría de ellas no fueron objeto de impugnación, a diferencia de *Title I*, al que acabamos de hacer referencia. *Title I*, para ser más exactos, nunca fue impugnado, sino sólo su concreta aplicación, como hemos visto a propósito de su aplicación en la City de Nueva York. Las cantidades asignadas por *Title I* son importantes. Por ejemplo, tres billones de dólares en 1980. *Title I* exige que se beneficien económicamente tanto los alumnos de la escuela pública como los de la privada.

En *Weeler v. Barrera*⁶⁷ la Suprema Corte Federal rechaza que los fondos federales se utilicen sólo en la escuela pública. Ante la objeción de que el Estado de Missouri no permite ayuda a la escuela privada, la Corte Federal entiende que el Gobierno Federal no puede imponer a un Estado actuar en contra de su propia Cons-

⁶⁵ *The Establishment...*, cit., pág. 139.

⁶⁶ 105 S. Ct. 3232 (1985).

⁶⁷ 417 U.S. 402 (1974).

titución, por lo que el Estado tiene como alternativas o aceptar la ayuda en los términos en que le ha sido concedida o rechazarla en bloque. Es más, para obviar tales escrúpulos constitucionales, la Comisión Federal de Educación prevé la posibilidad de que los fondos sean administrados y asignados directamente a las escuelas privadas por la Comisión, sin intervención de las autoridades estatales.

Ante semejantes perspectivas, la reacción de casi todos los Tribunales estatales ha sido la de interpretar que no cabe asignar fondos a las escuelas privadas cuando se trata de fondos estatales; no así cuando los fondos son federales.

Según un informe del *U.S. Department of Health Education and Welfare, National Center for Education Statistics, Nonpublic School Statistics*, de 1976-77, de un total de 14.757 escuelas privadas un 81,9 por 100 participan en programas federales. De ellas 2.210 no son confesionales. Son confesionales 12.547, de las cuales 8.986 son católicas, 1.366 luteranas, 264 judías, 182 calvinistas, 304 episcopalianas, 310 bautistas, 517 adventistas y 618 de otras denominaciones. Participan al menos en un programa el 81,9 por 100. En el programa E.S.E.A. el 75,6 por 100 y en el de «Leche y alimentación» un 58 por 100. En E.S.E.A. los porcentajes de participación superiores corresponden a las escuelas católicas, calvinistas y judías, con un 93,3, 87,4 y 79,5 por 100, respectivamente. En el de «Leche y alimentación» van a la cabeza los calvinistas seguidos de judíos y católicos. Respectivamente, 86,8, 70,8 y 70,3 por 100.

h) Exención de impuestos a las escuelas privadas

Las escuelas tanto públicas como privadas están exentas de impuestos por ser sociedades sin fin de lucro que prestan servicios sociales.

Como principio general, según hemos dicho, la escuela privada, lo mismo que el resto de las actividades privadas, no se rigen por la Constitución. No obstante, en la medida en que reciben fondos públicos, han de observar la Constitución, al menos en aquella actividad para la que reciben los fondos públicos. La mayor o menor acción estatal —*state action*— determina la mayor o menor aplicabilidad del Derecho público.

Llevar a cabo enseñanza religiosa se compatibiliza hasta cierto punto —en los términos que hemos visto— con la *establishment clause* de la Constitución, sobre la base de distinguir entre enseñanza religiosa y secular de un lado y sobre la doctrina del niño como beneficiario.

Tales argumentos no resultan válidos ante la discriminación racial en la escuela. En tal caso no alcanza a la escuela privada ni siquiera la exención de impuestos. No cabe admitir que una escuela que practica la discriminación racial proporciona una enseñanza secular adecuada ni que preste un servicio social o caritativo.

La mayoría de las escuelas confesionales —y en ellas sobresalen las católicas— promocionan la integración racial. En la escuela confesional la integración racial se produce de un modo natural y efectivo. Niños de diversas razas se reúnen en una misma escuela ante la necesidad de recibir una misma enseñanza religiosa.

Como criterio apenas esbozado cabe señalar que la política de eliminación de la discriminación racial prevalece sobre la primera enmienda constitucional. Es decir, no se acepta alegar motivos religiosos como justificación de practicar discriminación racial. Inversamente la promoción de la integración racial es un valor cívico que justifica el apoyo estatal a las actividades confesionales que tienen como efecto la integración racial. El tema es complejo y ajeno al objeto de este trabajo ⁶⁸.

⁶⁸ Vid. VIRGINIA DAVIS NORDIN y WILLIAM LLOYD TURNER, «Tax exempt status of private schools: Wright, Green and Bob Jones», en *West's Education Law Reporter*, vol. 35, 1987, págs. 329-347.

La *Amendment to Federal Unemployment Tax Act*, de 1978, tal como la interpretaba el Departamento de Trabajo Federal, requería que las escuelas confesionales pagasen «unemployment and disability compensation taxes». Tal interpretación fue objeto de muchas impugnaciones basadas en la *establishment clause*.

A este respecto puede considerarse significativa *St. Martin Evangelical Lutheran Church et al. v. South Dakota*⁶⁹, en la que se declaran exentas dos escuelas —elemental y secundaria, llamada esta última la Academia—, porque son «escuelas que no tienen una existencia legal separada de la Iglesia o, en el caso de la Academia, de una convención o asociación de Iglesias».

En California la interpretación fue objeto de impugnación por parte de cien escuelas, de las cuales ochenta y cinco eran calvinistas. Aunque el caso llegó a la Suprema Corte Federal⁷⁰, no se fijó una doctrina cierta.

5. Consideraciones conclusivas

1. Dentro de la tarea —nada fácil— de dar respuestas constitucionales allí donde la Constitución nada dice a los problemas de enseñanza, quizá la aportación más valiosa de la Suprema Corte Federal consista en el esfuerzo por deslindar lo secular de lo religioso en el ámbito de la enseñanza. En tal sentido los *tests* «la Ley ha de tener un propósito secular» y «su efecto ha de ser el de no favorecer ni disfavorecer la religión» no merecen ser criticados por inútiles.

2. Inicialmente, la libertad de enseñanza abrió camino a la libertad religiosa en la escuela. Cuando en los años veinte la enseñanza pública era aún confesionalmente protestante, invocando la libertad de enseñanza y no la libertad religiosa, se consiguió que los padres pudiesen enviar a sus hijos a las escuelas privadas en las que se impartía una enseñanza concorde con sus convicciones religiosas.

Tras la incorporación de la primera enmienda constitucional a los Estados en los años cuarenta, se produce el fenómeno contrario. Las confesiones religiosas e incluso las personas físicas acostumbran a presentar sus reivindicaciones de libertad en materia de enseñanza como exigencias de libertad religiosa en vez de como exigencias de libertad de enseñanza.

Los Tribunales, por lo general, han aceptado tal planteamiento, que ha conducido a un ensanchamiento de la libertad de enseñanza. La necesidad de evitar un «entanglement» administrativo entre poderes públicos y organizaciones religiosas ha llevado a evitar las medidas de inspección y control sobre las escuelas privadas. La *free exercise clause* ha jugado el papel de evitar el excesivo control de la escuela privada.

⁶⁹ 451 U.S. 772 (1981).

⁷⁰ En *Grace Brethren Church v. State of California* de 1979 —sentencia sin publicar en los repertorios usuales—, a efectos de seguridad social por desempleo, la corte de distrito distinguía tres tipos de confesionalidad de la escuela: 1) escuelas que son parte de la estructura de la iglesia o asociación de iglesias; 2) escuelas que son corporaciones separadas, pero dirigidas por iglesias o asociaciones de iglesias; 3) escuelas con finalidad religiosa, pero no dirigidas, supervisadas, controladas o principalmente sostenidas económicamente por una iglesia o asociación de iglesias; es decir, escuelas confesionales independientes de cualquier organización religiosa. El juicio tomó un carácter transaccional y el Secretario de Trabajo se avino a que los dos primeros grupos quedasen excluidos de impuestos. No obstante, la *Grace Brethren Church et al.* apeló la sentencia para lograr la exención del tercer grupo, demandados esta vez a los Estados Unidos. La causa fue resuelta en apelación cruzada, que también interpuso *California et al. v. Grace Brethren Church et al.* [457 U.S. 393 (1982)]. La Corte Suprema declaró que la corte de distrito actuó sin jurisdicción, al establecer el impago del impuesto, por lo que declara nula la sentencia y, en consecuencia, no entra a valorar si el motivo de la decisión, apreciación de inconstitucionalidad, es o no correcto.

3. En el sistema jurídico americano los derechos y libertades tienden a ensancharse y apoyarse mutuamente, a diferencia de lo que acontece en los sistemas constitucionales de corte europeo, donde fácilmente se entiende que los derechos y libertades constitucionales se limitan unos a otros.

En el sistema jurídico americano no sucede lo mismo porque las actividades privadas no se rigen por la Constitución. Y, así, una escuela privada puede ser beligerante en materia religiosa e ideológica, admitiendo como profesores sólo a quienes profesan tal religión o tal ideología; puede limitar estatutariamente la libertad académica de profesores y alumnos; puede imponer o prohibir que se pertenezca o no a una determinada asociación, etc.

Se considera una exigencia de libertad el que pueda existir tal tipo de escuela. La compatibilidad de esa escuela con los derechos y libertades de los demás se hace residir en que nadie está obligado a asistir, dar clases, participar o sostener económicamente tal escuela.

4. Ambos sistemas jurídicos conducen a una cierta confusión de los correspondientes derechos y libertades, si bien con consecuencias muy distintas.

El sistema jurídico español, basado en que los derechos y libertades fundamentales se limitan mutuamente, conduce a que sea el legislador el que determine cómo se limitan mutuamente. Y, así, ha establecido, en tema de compatibilidad entre libertad religiosa y libertad de enseñanza, cuándo hay que dar enseñanza religiosa, quién debe darla, qué horas lectivas comprende, qué libros de texto han de usarse, quién tiene que estudiar ética en vez de religión, cuántos credos religiosos han de enseñarse en cada escuela, etc. Regula igualmente las posibilidades de que la escuela tenga un ideario propio, los cauces representativos de la escuela, etc. En definitiva, se produce el curioso fenómeno de la «regulación de las libertades», porque el legislador echa sobre sus hombros la carga de lograr que todos y cada uno de sus ciudadanos observen y cumplan fielmente los derechos y libertades constitucionales.

El sistema jurídico americano no consiente, en cambio, que las libertades sean reguladas ni siquiera por un Parlamento democráticamente elegido, porque precisamente esos derechos y libertades tienen por objeto limitar el ejercicio del poder público. Al entenderse las libertades como ausencia de regulación, rechazar la intervención del poder público en la escuela privada puede fundamentarse tanto en la libertad religiosa como en la libertad de enseñanza.

Ello ha conducido en el sistema americano a una cierta confusión entre lo que constituye el ámbito de la libertad religiosa y el ámbito de la libertad de enseñanza; no porque se limiten mutuamente, antes al contrario, porque se solapan.

Sería de desear, no obstante, que las confesiones religiosas dejaran de plantear los temas de libertad de enseñanza como temas de libertad religiosa y a su vez que los Tribunales rechazasen las reivindicaciones en nombre de la libertad religiosa que son propias de la libertad de enseñanza. Se sentarían así bases más sólidas para distinguir lo secular de lo religioso en la enseñanza.

Pese a que Estados Unidos ha suscrito el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sus Tribunales no parecen dar a la libertad de enseñanza la autonomía que este derecho posee respecto a la libertad religiosa.

5. En el *test* del «entanglement» administrativo sería oportuno decantar en qué medida el «entanglement» ha de ser rechazado por ocasionar un excesivo entremezclamiento entre poder político y poder religioso y en qué medida ha de ser rechazado por ocasionar un excesivo entremezclamiento entre actividad pública y actividad privada. No en vano los Tribunales fundamentan la negativa a subvencionar la escolarización privada unas veces en la *establishment clause* y otras en la prohibición de utilizar fondos públicos para actividades privadas.

Cuando se regula excesivamente una libertad con normas de diverso tipo, incluso con la sana intención de tutelarla, tal libertad acaba por erosionarse. El «entangle-

ment» administrativo con la escuela acaba por restarle libertad. Y esa merma de libertad se produce tanto si la escuela privada es confesional como si no lo es. Es decir, el «entanglement» de suyo origina un problema de libertad de enseñanza.

6. A propósito de las subvenciones a la escuela privada, lo que radicalmente se plantea es si la escolarización ha de ser privada —lo que en la práctica conduce a una escuela pluriconfesional— o pública, lo que en la práctica conduce a una enseñanza neutra, algo laica. Lo primero parece favorecer intereses religiosos, en detrimento de la *establishment clause*. Pero lo segundo conduce a lesionar la libertad de enseñanza —existencia de una enseñanza no estatal— y la libertad religiosa: transmisión de convicciones religiosas mediante la enseñanza.

La alternativa conduce a una cierta perplejidad. La *establishment clause* se aplica de modo tal que limita tanto la libertad religiosa como la libertad académica en materia religiosa en la escuela pública, como la libertad de enseñanza.

Resulta constitucional que la *establishment clause* limite tanto la libertad religiosa como la libertad académica en materia religiosa, pues ambas cláusulas religiosas —*free exercise clause* y *establishment clause*— han de ser aplicadas conjuntamente, predominando una sobre la otra, según los casos, en razón de criterios prudenciales. Pero resulta inconstitucional que la *establishment clause* limite la libertad de enseñanza.

Como ha escrito JESE H. CHOPER, objetivando un criterio conocido y que los propios Tribunales aplican, «la ayuda financiera gubernamental puede extenderse directa o indirectamente para soportar las escuelas parroquiales sin violación de la *establishment clause* en la medida en que tal ayuda no excede el valor del servicio educacional secular proporcionado por la escuela»⁷¹. El tema de la ayuda a la escuela privada no puede ser resuelto aplicando sólo la *establishment clause*. Y ello se pone de relieve cuando se niega ayuda financiera también a la escuela privada no confesional. Se echa mano entonces del principio —también constitucional— en virtud del cual los fondos públicos no pueden ser destinados a financiar actividades privadas. Tal es el verdadero núcleo del problema. Lo que resulta necesario aquilatar es el grado de libertad de enseñanza admisible.

Ese grado de libertad de enseñanza puede medirse según dos criterios. Según el primer criterio, el grado de libertad de enseñanza viene determinado por el grado de autonomía de la escuela privada. En tal sentido, el grado de libertad de enseñanza resulta satisfactorio. Según el segundo criterio, el grado de libertad de enseñanza ha de ser medido por el número de escuelas privadas que el sistema educacional de hecho permite. La escuela privada constituye el 10 por 100 de la enseñanza total. En tal sentido, el grado de libertad de enseñanza no es tan satisfactorio. Y plantea el problema de en qué medida la escuela privada es financiable con fondos públicos.

7. La *establishment clause* prohíbe de modo terminante la financiación con fondos públicos de las escuelas confesionales. No obstante, cabe que con fondos públicos se financie el transporte escolar; cabe proporcionar gratuitamente libros de texto a las escuelas confesionales; cabe que los padres deduzcan impuestos por enviar a sus hijos a la escuela privada; caben reembolsos a la escuela privada por la prestación de determinados servicios; cabe la prestación de servicios asistenciales a los alumnos de la escuela privada; caben programas federales que condicionen ayudas financieras a que éstas incluyan a los escolares de la escuela confesional. Pero lo que en modo alguno puede consentirse es el empleo de fondos públicos para el sostenimiento de las escuelas confesionales.

8. La «igualdad religiosa» es entendida de un modo distinto al usual entre los eclesiasticistas europeos. Tienden éstos a percibir supuestos de igualdad sobre la

⁷¹ «The Establishment Clause and Aid to Parochial Schools», en *California Law Review*, 56 (1969), págs. 265-266.

base de categorizaciones amplísimas, tales como la siguiente. Si A es una confesión religiosa y B también lo es, el criterio aplicable a A ha de ser aplicable a B.

En el sistema jurídico americano no resulta posible fundamentar la igualdad en categorizaciones tan abstractas y genéricas. La igualdad hay que buscarla en el supuesto de hecho; no en que los supuestos de hecho puedan ser encuadrados en la misma categoría jurídica abstracta o en que les sea aplicable la misma Ley. Ello obliga a tomar en consideración multitud de distinciones fácticas. Si no se tienen en cuenta, las decisiones de los Tribunales parecen contradecirse. No acontece tal cuando se estudian con detenimiento.

El tema está íntimamente ligado con el sistema de fuentes propio del *common law*. La principal fuente del Derecho son las decisiones judiciales que tratan de concretos supuestos de hecho, no los criterios abstractos que se contienen en las normas dictadas por asambleas legislativas y órganos administrativos.

Esto explica situaciones jurídicas como la de los Amish, que están dispensados de enviar sus hijos a la escuela. Tal criterio se basa en las peculiares características propias de esa confesión religiosa que no concurren en otras.