LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LAS ESCUELAS RELIGIOSAS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO¹

STATE AID TO DENOMINATIONAL SCHOOLS IN THE LAW OF THE UNITED STATES

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU
Universidad de Málaga

https://doi.org/10.55104/ADEE_00045

Recibido: 23/09/2024

Aceptado: 01/10/2024

Abstract: This paper studies the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court of the United States on the issue of public funding of religious schools, in its different manifestations and implications. Special attention is paid to the transition that has taken place in this judicial doctrine from positions closer to a certain more separatist conception of non-establishment to the current primacy of the so-called paradigm of neutrality, the last focused on the concern to guarantee the principle of equality and non-discrimination in this field, based on the idea that the two religious clauses of the First Amendment of the federal Constitution must be interpreted in a coordinated and fully compatible manner.

Keywords: United States Law; religious freedom; Establishment Clause; religious non-discrimination; religious schools.

¹ Este trabajo ha sido realizado como parte de las actividades del Proyecto de Investigación «El derecho a una educación inclusiva como manifestación del derecho a la igualdad» (MCINN-24-PID2023-146139NB-I00), del que es investigador principal el prof. Aláez Corral, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades a través de la convocatoria 2023 de ayudas a Proyectos de generación de conocimiento, en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

Resumen: En este trabajo se estudia la evolución que ha experimentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos recaída en torno al tema de la financiación pública de las escuelas religiosas, en sus distintas manifestaciones e implicaciones. Es objeto de especial atención el tránsito que se ha producido en esta doctrina judicial desde las posiciones más próximas a una cierta concepción más separatista de la aconfesionalidad hasta la actual primacía del llamado paradigma de la neutralidad, centrado este en la preocupación por garantizar el principio de igualdad y no discriminación en este terreno, a partir de la idea de que las dos cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución federal deben ser interpretadas de manera coordinada y plenamente compatible.

Palabras clave: Derecho norteamericano; libertad religiosa; aconfesionalidad; igualdad religiosa; escuelas religiosas.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las relaciones Iglesia-Estado en el Derecho norteamericano: las cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. 3. La cláusula de aconfesionalidad y la financiación pública de las escuelas confesionales. 3.1 Antecedentes y evolución histórica. 3.2 La más reciente doctrina jurisprudencial. 4. Conclusiones: ¿hacia la consolidación de un histórico cambio de paradigma?

1. INTRODUCCIÓN

En los Estados Unidos, el de la financiación pública de las escuelas confesionales ha constituido siempre uno de los temas centrales a eso que convencionalmente se conoce como el sistema de relaciones Iglesia-Estado, un área de la regulación que en su proyección académica se vincula a una materia básicamente concebida como una especialización del Derecho constitucional, el habitualmente denominado *Church and State*. De hecho, ese tema ha sido precisamente uno de los que ha desempeñado un papel protagonista en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido lugar en relación con las llamadas cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que

son, como es sabido, las que determinan las coordenadas iusfundamentales en las que se enmarca aquel sistema.

En este sentido, en los últimos tiempos se han producido algunos cambios muy notables en el modo en el que ambas cláusulas se han venido aplicando por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (en adelante también el Tribunal Supremo), unos cambios que resultan especialmente llamativos por lo que hace al entendimiento que ahora prevalece del significado y alcance de la cláusula de aconfesionalidad y con los que, como se verá, se ha verificado lo que por el momento parece ser una casi total superación de un cierto paradigma más estrictamente separatista que otrora caracterizó la doctrina judicial en esta materia. En la conformación paulatina de esta nueva orientación jurisprudencial ha vuelto a jugar un importante papel, veremos en qué términos, el tema de la financiación estatal de las escuelas religiosas en sus distintas manifestaciones.

Así pues, en las páginas que siguen, me dispongo a analizar las principales claves de todo este fenómeno evolutivo y los condicionantes jurídicos que imperan hoy, a la luz de las nuevas pautas jurisprudenciales, en este ámbito de la actuación de los poderes públicos. Para ello parece aconsejable realizar, con carácter preliminar, una breve exposición del marco constitucional en el que se inscribe toda esta temática y especialmente de la evolución que ha venido experimentando el entendimiento judicial de las dos referidas cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución federal.

2. LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO: LAS CLÁUSULAS RELIGIOSAS DE LA PRIMERA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Toda esta temática se enmarca efectivamente en el ámbito propio de las denominadas cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la *Free Exercise Clause* y la *Establishment Clause*², garantes, respectivamente, de la libertad religiosa y del principio de aconfesionalidad.

De entrada, conviene destacar que si hay una idea con la que seguramente muy pocos estarían en desacuerdo esa es la de que, globalmente considerada, la jurisprudencia que ha tenido por objeto a dichas cláusulas bien puede ser

² El célebre texto de esa Primera enmienda da comienzo así: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]*».

tachada de poco coherente, sumamente cambiante –cuando no directamente imprevisible– y a menudo notablemente confusa, y suele convenirse en que ello ha sido así, fundamentalmente y entre otras razones, por las dificultades derivadas de la ausencia por lo general de una interpretación coordinada de ambas cláusulas, esto es una que respete adecuadamente el ámbito de tutela propio de cada una de ellas³ y, por tanto, la salvaguarda de los fines constitucionalmente protegidos en una y otra pero sin obviar el hecho de que las dos operan o deberían operar, conjuntamente, como un mecanismo de protección de la libertad y el pluralismo religiosos⁴; porque en efecto, como se ha hecho notar, si con frecuencia se ha adoptado la idea de que existe una cierta tensión dialéctica entre ambos mandatos iusfundamentales que apuntarían en direcciones opuestas o en algún sentido incompatibles ello puede atribuirse, precisamente, a la existencia de un entendimiento disociado o discordante del significado de las dos previsiones constitucionales⁵. Sin perder de vista estas premisas, el significado esencial y los caracteres generales de ambas cláusulas son los que, preliminar y esquemáticamente, se exponen a continuación.

En primer lugar, la cláusula de libertad religiosa se refleja genéricamente en la idea central de que los poderes públicos no impondrán, en ningún caso, limitaciones al ejercicio de esta libertad que menoscaben su contenido jurídicamente protegido y que resulten por ello constitucionalmente inadmisibles, lo que se ha traducido más concretamente en el reconocimiento jurisprudencial de todo un conjunto de facultades que han de ser tenidas por integrantes de dicho contenido y, por tanto, preservadas frente a cualquiera de esas posibles restricciones ilegítimas.

³ En relación con los problemas que plantea la jurisprudencia en esta materia, se advertía hace ya tiempo que «el más elemental, y también más espinoso de todos, es la aplicación conjunta de ambas cláusulas religiosas, y mientras el Tribunal Supremo no la afronte, difícilmente podrá desarrollar una jurisprudencia jurídicamente consistente, coherente y armónica. Pues la interpretación que hasta la fecha ha venido realizando, ha sido valorar cual de ambas resulta más vulnerada, la aconfesionalidad o la libertad religiosa, y consecuentemente ha optado por contraponer ambas, para finalmente decantarse por una en detrimento de la otra» (MORÁN, Gloria, «Las relaciones Iglesia-Estado en los Estados Unidos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IX (1993), p. 336).

⁴ Cfr: ESBECK, Carl. H., «The Establishment Clause as a Limit on Governmental Regulation of Religious Schools», en DAVINS, Neal E., (ed.), *Public Values, Private Schools*, Falmer Press, London, 1989, p. 116. Para una visión general de toda esta temática pueden verse por ejemplo, entre otros muchos, BITTKER, Boris I., IDLEMAN, Scott C. y RAVITCH, Frank S., *Religion and the State in American Law*, Cambridge University Press, New York, 2015; CLARK, Elizabeth A. y SCHARFFS, Brett G., *Religion and Law in the USA*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016; y más recientemente, CONKLE, Daniel O., *Religion, Law, and the Constitution*, Foundation Press, St. Paul, Minnesota, 2022.

⁵ Cfr: PALOMINO, Rafael, «Laicismo, laicidad y libertad religiosa: la experiencia norteamericana proyectada sobre el concepto de religión», *Persona y Derecho*, 53 (2005), p. 331.

Para hacer efectiva esa garantía constitucional los tribunales han venido aplicando el que se conoce como el test del *compelling interest*, un expediente judicial que, ya en su más acabada formulación, estableció inicialmente el Tribunal Supremo en el precedente de *Sherbert v. Verner*⁶.

Dicho ahora en términos resumidos, la premisa en la que se apoya ese test es la de que toda injerencia por parte de los poderes públicos en el ámbito de tutela de la libertad religiosa que conlleve algún tipo de limitación en su ejercicio efectivo, para no ser considerada inconstitucional necesita estar debidamente justificada en función de la existencia de un interés superior inexcusable que solo puede ser preservado mediante dicha injerencia, lo que implica la obligación de someter la norma o la actuación pública de que se trate a un especialmente riguroso escrutinio judicial (*strict scrutiny*). En esencia, ese estricto criterio de valoración tradicionalmente implicaba la necesidad de verificar la concurrencia de dos presupuestos concretos, a saber, que el sujeto que alegaba la vulneración de su derecho lo hacía efectivamente sobre la base de una creencia religiosa sinceramente profesada, de un lado, y que la medida o actuación pública impugnada en efecto suponía la imposición de un límite o de una carga que interfería de manera sustancial en la capacidad del individuo para actuar conforme a los dictados de su conciencia; una vez constatada la concurrencia de ambos presupuestos, correspondía a los poderes públicos la obligación de demostrar que, efectivamente, la medida o la actuación impugnada obedecía al objetivo de salvaguardar ese mencionado interés superior y, además, que se había respetado el principio de proporcionalidad, en el sentido de que esa concreta actuación pública era la que resultaba menos gravosa para el ámbito de amparo de la libertad religiosa, de entre las distintas actuaciones posibles encaminadas a la preservación de dicho interés.

El test del *compelling interest* se mantuvo vigente básicamente con esas características hasta que en 1990 fue dictada la sentencia en el caso *Employment Division v. Smith*⁷, con la que ese criterio de valoración fue notablemente reformulado al ser flexibilizadas, por así decirlo, ciertas exigencias que pesaban sobre los poderes públicos en esta materia, ya que desde ese momento sus actuaciones dejarán de estar sujetas a ese estricto escrutinio judicial en los términos relatados, siempre y cuando se tratase de una limitación en el ejercicio de la libertad religiosa ocasionada por una disposición neutral y generalmente aplicable (*a neutral law of general applicability*), es decir de una norma que no estuviese específica y expresamente ordenada a limitar una determinada activi-

⁶ 374 U.S. 398 (1963).

⁷ 494 U.S. 872 (1990).

dad religiosa. Ulteriormente, fue promulgada la *Religious Freedom Restoration Act* de 1993, con la que el Congreso trató de desautorizar esa flexibilización y de volver a imponer la más exigente interpretación del test del interés superior previa al precedente de *Smith*, dando lugar a una llamativa y muy polémica colisión entre los poderes legislativo y judicial que, finalmente, se saldó con la prevalencia de este último al ser dictada por el Tribunal Supremo su sentencia en el caso *City of Boerne v. Flores*⁸, con la que fue declarada la inconstitucionalidad de aquella ley en su aplicación a los estados de la Unión.

En segundo término, por lo que respecta ya a la cláusula de aconfesionalidad, en lo esencial su significado puede vincularse genéricamente a la idea de que el Estado no puede en ningún caso realizar o fomentar actividades o fines de carácter religioso, y ello en la medida en la que el propósito central de la *Establishment Clause*, tal y como proclamó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, es el de que las autoridades civiles permanezcan en todo momento neutrales en esta materia (*public neutrality toward religion*)⁹, un principio este de la neutralidad gubernamental que, como asimismo se ha hecho notar, ha venido representando la interpretación dominante de la cláusula de aconfesionalidad¹⁰.

Sin perjuicio de que más adelante habré de volver con mayor detalle sobre esta cuestión, puede ya anticiparse que la aplicación judicial de esta otra cláusula ha girado tradicionalmente en torno a la instauración del que se conoce como *Lemon test*¹¹, a cuyo tenor la validez de una norma o de una actuación de los poderes públicos dependerá básicamente del cumplimiento de tres condiciones: que tengan un propósito claramente secular; que no tengan como su principal efecto el de fomentar o promocionar la religión o, inversamente, el de restringir o inhibir su libre ejercicio y; por último, que no conduzcan a una excesiva implicación de los poderes públicos en los asuntos religiosos¹².

A lo largo del tiempo la jurisprudencia fue añadiendo a esta materia algunos otros criterios de valoración (por ejemplo los conocidos como *endorsement*

⁸ 521 U.S. 507 (1997).

⁹ Cfr. *Gillette v. U.S.*, 401 U.S. 437 (1971), p. 449.

¹⁰ Cfr. LEDEWITZ, Bruce, *Church, State and the Crisis in American Secularism*, Indiana University Press, Bloomington, 2011, p. 14.

¹¹ La formulación básica de ese test fue delimitada por la Corte Suprema federal en su sentencia en el caso *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

¹² «Every analysis in this area must begin with consideration of the cumulative criteria developed by the Court over many years. Three such tests may be gleaned from our cases. First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion; finally, the statute must not foster “an excessive government entanglement with religion”» (403 U.S. 612-13).

*test y coercion test*¹³) que ocasionalmente se aplicaron en conjunción con el *Lemon test*, y, asimismo, el entendimiento concreto de este último fue experimentando cambios y fluctuaciones muy notables en la medida en la que la jurisprudencia, en unos u otros supuestos, concedía una mayor importancia y hacía prevalecer a alguno de los tres elementos del test sobre los restantes o, también, matizaba su significado y su alcance bajo ciertas condiciones (así por ejemplo, llegando ocasionalmente a considerar que el elemento de la excesiva implicación pública en materia religiosa carecía de autonomía como parámetro específico de validez, especialmente al constatarse que era precisamente ese elemento el causante de buena parte de las inconsistencias perceptibles en la doctrina judicial sobre este tema¹⁴).

Todas esas fluctuaciones generaron una jurisprudencia a menudo considerada un tanto errática e incluso impredecible¹⁵ que, en general, osciló entre una interpretación de esa cláusula guiada por un criterio más bien separatista o, por el contrario, orientada hacia una posición, podríamos decir, más flexible y próxima a algunas nociones como la de la neutralidad formal, la neutralidad benevolente o la doctrina de la acomodación.

Así, especialmente en una etapa inicial la versión más extrema de ese criterio separatista, ligada como se sabe a un cierto entendimiento muy estricto de la célebre metáfora jeffersoniana del muro de separación entre la Iglesia y el Estado, ocasionalmente estuvo muy cerca de prohibir la más mínima interrelación entre los ámbitos político y religioso bajo la premisa de que en modo alguno podía permitirse la menor grieta en ese muro, lo que implicaba llevar esta idea casi hasta sus últimas y más literales consecuencias en lo que llegó a ser calificado críticamente, incluso por alguno de los magistrados discrepantes de la Corte Suprema, como una actitud de verdadera hostilidad hacia la religión¹⁶. Pero ese mismo criterio de orden separatista, sin dejar de ser tal en su concepción de base, en otras ocasiones fue aplicado de una manera mucho menos rigurosa o, si se quiere, de un modo más flexible que aceptó la validez de deter-

¹³ El primero inicialmente formulado en el voto particular de la Jueza O'Connor en el precedente de *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984) y el segundo en el que por su parte emitió el Juez Kennedy en el caso *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

¹⁴ «In parochial aid cases, the entanglements prong had proven similarly deficient, creating, as Justice White had long complained, an “insoluble paradox” in which the close state supervision needed to assure that such aid would not be put to sectarian use was itself held to constitute excessive government contact with religion» (YARBROUGH, Tinsley E., *The Rehnquist Court and the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 161).

¹⁵ Cfr. CHOPER, Jesse H., «The Unpredictability of the Supreme Court’s Doctrine in Establishment Clause Cases», *Wayne Law Review*, 43-3 (1997).

¹⁶ Así lo proclamó por ejemplo el Juez Burger en su voto particular emitido en el precedente de *Aguilar v. Felton* 473 U.S. 402 (1985).

minados efectos de los que incidentalmente se beneficiaban las organizaciones religiosas, siempre que estos derivasen de una disposición estatal que pudiese ser considerada neutral en su enunciado, de general aplicabilidad y de carácter estrictamente no discriminatorio, esto es, siempre que fuesen la consecuencia de lo que se conoce como la neutralidad formal de los poderes públicos en materia religiosa. A partir de esta misma premisa que podríamos denominar neutralista, en otras ocasiones se adoptó un criterio, por así decirlo, todavía más ambicioso que permitió una cada vez mayor y más extensa acomodación de los fines e intereses religiosos, incluso aunque ello llegase a suponer un cierto cuestionamiento del significado esencial en ese momento atribuido a la cláusula de aconfesionalidad, al amparo de la noción conocida como neutralidad benevolente o sustantiva¹⁷; esta última ha sido frecuentemente presentada como una suerte de alternativa a un más rígido separatismo, con la que se aspira a garantizar un más amplio margen de tutela para la *Free Exercise Clause* en el marco de lo que se entiende habría de ser una adecuada interpretación conjunta de las dos cláusulas religiosas.

Pese a todo puede decirse que, en lo fundamental y hasta hace no mucho tiempo, el *Lemon test* nunca dejó de ser la referencia en materia de aplicación judicial de la *Establishment Clause*. Sin embargo, ya en las últimas décadas y en el marco del que se ha llegado a calificar como *período postseparatista* en el que la idea de la separación entre las esferas política y religiosa parece haberse ido desvaneciendo gradualmente¹⁸, esas posiciones cada vez más flexibles, que han dado como resultado el de la validación de no pocas disposiciones y actuaciones en las que el grado de implicación de los poderes públicos en materia religiosa ha sido muy notable, han propiciado que algunos autores hayan llegado incluso a dudar de que el *Lemon test* pueda seguir siendo considerado como el centro del control de constitucionalidad en este terreno, y lo cierto es que, especialmente en los últimos años, ese sesgo ha adquirido proporciones mayúsculas, hasta el punto de que actualmente es muy difícil no percibir un deliberado abandono de aquel parámetro de medición y su sustitución por un criterio diferente y ya en apariencia definitivamente desprovisto de

¹⁷ «*Advocates of benevolent neutrality [...] concede to strict neutralists that government may not favor or disfavor one religion over another. But they retort that government may assist and advance religion so long as it does so equitably, thus giving no effective preference to one religion over another. Under this theory, the Clause does not preclude, for instance, an evenhanded disbursement of public funds to all parochial schools*» (ALBERT, Richard, «Popular Will and the Establishment Clause: Rethinking Public Funding to Religious Schools», *The University of Memphis Law Review*, 35-2 (2005), p. 203).

¹⁸ *Cfr.* LUPU, Ira C., «The Lingering Death of Separationism», *George Washington Law Review*, 62-2 (1994), p. 279.

cualquier connotación que permita evocar aquella otrora imperante idea del muro de separación, y así en efecto se refleja tanto en las más recientes resoluciones judiciales como asimismo en el ámbito de la doctrina científica.

3. LA CLÁUSULA DE ACONFESIONALIDAD Y LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LAS ESCUELAS CONFESIONALES

La delimitación judicial del significado de la cláusula de aconfesionalidad, como es lógico, ha ido paulatinamente teniendo lugar a propósito de la litigiosidad suscitada en relación con muy diversas materias, pero sin duda una de las que históricamente ha tenido un especial protagonismo a esos efectos ha sido, precisamente, la del cuestionamiento de las ayudas estatales a las instituciones u organizaciones religiosas, y entre ellas destacadamente a las escuelas confesionales –al igual que ha tenido también una especial relevancia otro aspecto de la legislación educativa, como es el de la presencia de ciertos elementos de carácter religioso en el ámbito de las escuelas públicas–. En este sentido, la misma inconsistencia y el mismo carácter un tanto errático a menudo atribuidos en general a la jurisprudencia sobre la cláusula de aconfesionalidad le han sido también reprochados al Tribunal Supremo, frecuentemente, en relación ya más concretamente con los conflictos suscitados en el contexto del sistema educativo¹⁹.

Así pues, en las páginas que siguen me dedicaré a exponer con algún mayor detalle la evolución que ha tenido la jurisprudencia norteamericana sobre el tema que da título a este trabajo, pues en ella efectivamente se pueden identificar los rasgos más sobresalientes que el Tribunal Supremo ha venido atribuyendo a la *Establishment Clause*, sin perjuicio de que se hagan también aquí ocasionalmente las oportunas referencias a las sentencias recaídas en relación

¹⁹ «*It seems almost impossible to find a coherent theory within the Court's entire Establishment Clause doctrine. As a result, there has been a tremendous amount of critical scholarship regarding the constitutional religion clauses, with diametrically opposed perspectives from learned academics, jurists, and experts on the same subjects. Because of the complexities and difficulties of these cases, the Court has stated that one fixed Establishment Clause jurisprudential rule or test is impossible. Likewise, the evolution of the Court's establishment doctrine in the difficult area of education has been inconsistent. School law cases have produced a variety of tests, touchstones, analyses, and applications. [...] It is no wonder then that there is a perception that the Court's education law Establishment Clause jurisprudence, like all of its Establishment Clause jurisprudence, is a thicket in the very worst sense of the term*» (COOLEY, Amanda H., «Framer's Fidelity and Thicket Theory in Educational Establishment Clause Jurisprudence», *San Diego Law Review*, 58-1 (2021), pp. 68-70).

con otras materias en las que, de uno u otro modo, también se ha visto implicada la aplicación de dicha cláusula.

3.1 Antecedentes y evolución histórica

A finales de la década de los años cuarenta del siglo pasado y precisamente en relación con el tema que nos ocupa fue dictada la sentencia *Everson v. Board of Education*²⁰ con la que, según es comúnmente admitido, se dio paso a la que bien puede considerarse como la era moderna de la jurisprudencia en materia de relaciones Iglesia-Estado, y que además, como se ha hecho notar, contiene ya las principales claves que resultan necesarias para entender adecuadamente los fundamentos en los que se apoya la práctica totalidad de los casos decididos posteriormente en los que se ha visto implicada la cláusula de aconfesionalidad²¹.

Se trató de un caso en el que, al amparo de dicha cláusula, fue impugnada la validez de un programa estatal de ayudas educativas articulado de un modo tal que permitía que también los alumnos asistentes a las escuelas religiosas se beneficiasen de esa asistencia pública. De entrada, cabe destacar que en *Everson* se adoptó como premisa la del entendimiento más estricto y radical de la cláusula de aconfesionalidad y, en consonancia con ello, la sentencia hizo suya la metáfora del muro de separación en su versión aparentemente más extrema²², lo que por ejemplo permitió ocasionalmente a algún autor referirse a este precedente como aquel que marcó el inicio de la edad dorada del estricto separatismo²³. Sin embargo, haciendo uso de un expediente que ya había sido utilizado años atrás por la jurisprudencia²⁴, el tribunal aplicó en este caso la que se

²⁰ 330 U.S. 1 (1947). En este precedente, además, mediante la interpretación que fue realizada de la Decimocuarta enmienda de la Constitución federal se verificó la incorporación de la *Establishment Clause* a los diversos estados de la Unión (vid. al respecto, por ejemplo, CELADOR, Óscar, «El proceso de aplicación de la Primera Enmienda Federal a los Estados de la Unión», en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998).

²¹ Cfr. McCLELLAN, James, «Hand's Writing on the Wall of Separation: The Significance of Jaffree in Future Cases on Religious Establishment», en GOLDWIN, Robert. A. y KAUFMAN, Art (eds.), *How Does the Constitution Protect Religious Freedom*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington D.C., 1987, p. 44.

²² «The First Amendment has erected a wall between church and State. That wall must be kept high and impregnable. We could not approve the slightest breach» (330 U.S. 18).

²³ Cfr. SMITH, Elwyn A., *Religious Liberty in the United States. The development of Church-State Thought Since the Revolutionary Era*, Fortress Press, Philadelphia, 1972, p. 299.

²⁴ Más en concreto, fue inicialmente formulado en el precedente de *Cochran v. Louisiana* 281 U.S. 370 (1930).

conoce como la *child benefit theory*, en cuya virtud pudo proclamar que la ayuda estatal en cuestión tenía por destinatario directo al alumno y solo de manera indirecta beneficiaba de alguna forma también a la escuela religiosa, lo cual, en última instancia, condujo a que se declarase que dicho programa no vulneraba la cláusula de aconfesionalidad.

No pocos autores han considerado que el recurso aquí a la teoría del beneficio meramente indirecto para la escuela religiosa, en realidad, no hacía sino de algún modo erosionar el fundamento mismo del estricto separatismo que el tribunal decía haber adoptado como premisa, encarnado este en la mencionada imagen del infranqueable muro de separación, pues necesariamente esa teoría conlleva la aceptación de un cierto grado de asistencia pública del que se beneficia la organización religiosa, aunque solo sea de manera indirecta²⁵. Al cabo, como significativamente se ha puesto de relieve, este precedente representa a la perfección la que puede considerarse como un tanto desconcertante naturaleza del Derecho norteamericano en materia de relaciones Iglesia-Estado, en el sentido de que ya entonces se hicieron visibles las señales que anunciaban la confusión que vendría después, al ser utilizado en esa sentencia un lenguaje fuertemente separatista y, sin embargo, alcanzarse finalmente en el fallo un resultado claramente acomodacionista²⁶.

Con todo, esa concepción de la *Establishment Clause* basada en el paradigma separatista teóricamente más rígido, esto es el que a modo de premisa prohíbe cualquier tipo de ayuda o asistencia estatal directa a las organizaciones religiosas será la que, en línea de principio y sin dejar de tener en cuenta lo que

²⁵ Vid. GEY, Steve, «Rebuilding the Wall: The Case for a Return to the Strict Interpretation of the Establishment Clause», *Columbia Law Review*, 81-7 (1981), p. 1467. Es en este sentido en el que, por ejemplo, se ha llegado a afirmar incluso que esta resolución resultaba un tanto esquizoide, en la medida en la que la validación del programa estatal impugnado vino precedida de la aceptación de la metáfora del muro de separación en su entendimiento aparentemente más riguroso, así como de la proclamación en la fundamentación de la sentencia de un conjunto de principios de corte estrictamente separatista que *prima facie* apuntaban claramente en sentido opuesto al resultado del fallo (Cfr. CORTNER, Richard C., *The Supreme Court and the Second Bill of Rights. The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, The University of Wisconsin Press, Madison, Wisconsin, 1981, pp. 119-20); «The paradoxical *Everson* decision of 1947, upholding indirect state aid to religious schools while laying down the very principles that militated against such aid, was a time bomb that did not begin detonating until over twenty years later» (HITCHCOCK, James, *The Supreme Court and Religion in American Life, vol. 1. The Odyssey of the Religion Clauses*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 122).

²⁶ Cfr. RYDEN, David K. y POLET, Jeffrey J., *Church and State: Documents Decoded*, ABC-CLIO, LLC, Santa Barbara, 2018, p. 156; en el mismo sentido, RAVITCH, Frank S., *Masters of Illusion. The Supreme Court and the Religion Clauses*, New York University Press, New York, 2007, pp. 72-73.

acaba de señalarse, caracterice la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esas primeras décadas.

Así por ejemplo, el año siguiente se dictó la sentencia *Illinois ex rel. McCollum v. Board of Education*²⁷, en la que fue considerada la validez de un programa educativo mediante el que la Administración sufragaba el coste originado por el desplazamiento a las escuelas públicas de determinados miembros de las confesiones, para que proporcionasen enseñanza religiosa a los alumnos de estos centros cuyos padres así lo hubiesen solicitado mientras los restantes discentes recibían la correspondiente enseñanza secular, siendo la asistencia a alguna de las dos alternativas –enseñanza religiosa o secular– en todo caso obligatoria. Para fundamentar su fallo el tribunal tuvo en cuenta que en ese momento la interpretación establecida en materia de aconfesionalidad era la de la expresa y rotunda prohibición de cualquier tipo de asistencia pública directa a las organizaciones religiosas bajo el principio general de la no promoción estatal de la religión, lo que fue además expresado de manera enfática por el Juez Frankfurter al proclamar este que la separación no es simplemente un requisito vinculado a la igualdad de trato hacia todas las confesiones sino, ante todo, una exigencia para evitar la confusión de las funciones estatales y las religiosas²⁸; bajo este prisma fue decretada la inconstitucionalidad del programa educativo en cuestión por vulneración de la *Establishment Clause*, entendiendo el tribunal que en última instancia lo que el programa impugnado suponía no era otra cosa que una ilegítima instrumentalización del sistema público de enseñanza obligatoria, al servicio de los fines e intereses de las confesiones religiosas²⁹.

Poco tiempo después fue dictada la sentencia en el caso *Zorach v. Clauson*³⁰, en el que se dilucidaba la validez de otro similar programa educativo del tipo de los denominados de doble matriculación que, en esta ocasión, conllevaba la necesidad de realizar algunos ajustes en el horario lectivo de la escuela pública, para así permitir que los alumnos que lo desearan pudieran asistir a clases o seminarios extracurriculares de formación religiosa impartidos fuera del centro escolar. También aquí, de entrada, la resolución hizo suya la

²⁷ 333 U.S. 203 (1948).

²⁸ «[...] separation is a requirement to abstain from fusing functions of Government and of religious sects, not merely to treat them all equally» (333 U.S. 227).

²⁹ «The operation of the state's compulsory education system thus assists and is integrated with the program of religious instruction carried on by separate religious sects. Pupils compelled by law to go to school for secular education are released in part from their legal duty upon the condition that they attend the religious classes. This is beyond all question a utilization of the tax-established and tax-supported public school system to aid religious groups to spread their faith» (333 U.S. 209-10).

³⁰ 343 U.S. 306 (1952).

concepción en principio estrictamente separatista de la cláusula de aconfesionalidad, hasta el punto de llegar a proclamar con visible énfasis que no puede haber la menor duda de que la Primera enmienda refleja la filosofía de que la Iglesia y el Estado deben estar separados, una separación que ha de ser completa e inequívoca³¹, pero, al igual que había sucedido en *Everson*, esa premisa en apariencia tan rígida volvió a ser matizada por el propio tribunal en su propósito de encontrar una adecuada interpretación conjunta y coordinada de las dos cláusulas y de garantizar el mayor ámbito posible de ejercicio de la libertad religiosa, dentro de los límites trazados por la aconfesionalidad estatal³², lo que eventualmente condujo a la declaración de la validez del programa educativo que había sido impugnado; no solo se entendió que con esta medida no se hacía sino acomodar en lo posible las necesidades y fines religiosos de los individuos al amparo de la cláusula de libre ejercicio sino que, incluso y lo que resulta ciertamente significativo, llegó a postularse que lo contrario hubiese sido una muestra no tanto de separatismo como de hostilidad hacia la religión³³. En definitiva, aunque se ha llegado a decir que este fallo produjo el primer signo de erosión en el muro de separación tan cuidadosamente erigido en el precedente de *Everson*³⁴, en realidad, como se vio, puede más bien entenderse que el germen de esa erosión estaba ya presente en la fundamentación de este último caso y en el recurso en ella a la teoría del beneficio meramente indirecto para las organizaciones religiosas, y, de hecho, es muy probable que de algún modo el tribunal en *Zorach* se viese condicionado por las fuertes críticas y el rechazo social bastante generalizado que había suscitado la posición más radicalmente separatista adoptada en el precedente de *McCollum*³⁵ y, consecuentemente, por

³¹ «There cannot be the slightest doubt that the First Amendment reflects the philosophy that Church and State should be separated. And so far as interference with the “free exercise” of religion and an «establishment» of religion are concerned, the separation must be complete and unequivocal» (343 U.S. 312).

³² Cfr. ADAMS, Arlin M., «Doctrine of Accommodation and the Religious Clauses of the Constitution», en VVAA, *Religion and the Public Good*, Mercer University Press, Macon, Georgia, 1988, p. 114.

³³ «Here, as we have said, the public schools do no more than accommodate their schedules to a program of outside religious instruction. We follow the *McCollum* case. But we cannot expand it to cover the present released time program unless separation of Church and State means that public institutions can make no adjustment of their schedules to accommodate the religious needs of the people. We cannot read into the Bill of Rights such a philosophy of hostility to religion» (343 U.S. 315).

³⁴ Cfr. LONG, P. D., «Does the Wall Still Stand?: Separation of Church and State in the United States», *Baylor Law Review*, 37 (1985), p. 758.

³⁵ Vid. VAN GEEL, Tyll, *The Courts and American Education Law*, Prometheus Books, Buffalo, New York, 1987, p. 34.

la necesidad de volver a un planteamiento más equilibrado como el que podía entenderse había sido llevado a cabo en *Everson*.

Casi dos décadas más tarde vio la luz la precitada sentencia *Lemon v. Kurtzman* con la que quedó establecido el test tripartito que, como también se anticipó, aun con sus ulteriores matices y modulaciones a lo largo del tiempo, se convertiría desde ese momento en la referencia judicial a la hora de afrontar los casos relativos a la cláusula de aconfesionalidad.

No obstante, la fijación entonces de ese esquema de enjuiciamiento en la práctica no puede decirse que diese paso a una jurisprudencia más coherente y previsible en esta materia como era su propósito inicial, un fenómeno que la doctrina científica ha atribuido a diversos factores entre los que destaca sin duda el hecho de que el tercero de los elementos del test, el de la prohibición de una excesiva implicación pública en los asuntos religiosos, estaba formulado de un modo tal que tendía casi indefectiblemente a propiciar la invalidación de determinadas disposiciones que, sin embargo, tenían un claro propósito secular y producían un efecto principal claramente neutral respecto del factor religioso³⁶, un reproche este incluso ocasionalmente realizado, en aquella etapa inicial de aplicación del *Lemon test*, desde el propio seno del Tribunal Supremo³⁷. Como se puso de relieve, en estos casos se daba la paradoja de que, de entrada, cualquier tipo de asistencia económica pública a las escuelas confesionales era considerada contraria a la *Establishment Clause* si no iba acompañada de las cautelas o los mecanismos necesarios para garantizar que esos fondos públicos no se destinasen a financiar actividades propiamente religiosas, pero, al mismo tiempo, la implementación de esos mecanismos de supervisión o control, si es que aspiraba a ser verdaderamente eficaz y acorde al fin perseguido, muy difícilmente lograba conjurar el riesgo de incurrir en esa excesiva implicación pública en materia religiosa que hacía que la medida o la norma en cuestión terminasen siendo consideradas incompatibles con la aconfesionalidad³⁸.

Así las cosas, efectivamente durante toda esta etapa –prácticamente a lo largo de las décadas de los años sesenta y setenta– casi cualquiera de esas cautelas o mecanismos de supervisión terminaba por ser considerado en sede judicial como productor de ese *excessive entanglement* y, por tanto, como contrario

³⁶ Así por ejemplo, MARKS, Thomas C. y BERTOLINI, Michael, «Lemon is a Lemon: Toward a Rational Interpretation of the Establishment Clause», *BYU Journal of Public Law*, 12-1 (1997), p. 41.

³⁷ Así lo sostuvo por ejemplo la Jueza O'Connor en su voto particular disidente en *Aguilar v. Felton*, 473 U.S. 402 (1985) (cfr. pp. 429-30).

³⁸ Cfr. SHAPIRO, Martin y TRESOLINI, Rocco J., *American Constitutional Law*, Macmillan, New York, 1983, p. 441.

a la cláusula de aconfesionalidad³⁹, a causa de ese entendimiento tan estricto o si se prefiere tan restrictivo del *Lemon test*, y no será hasta la década siguiente cuando se aprecien ya signos de un cierta superación de esa dinámica jurisprudencial que había hecho que, en la práctica, casi invariablemente se impidiera cualquier tipo de asistencia estatal a las organizaciones religiosas y, entre ellas, a las escuelas confesionales. Y así, en efecto, fundamentalmente a partir de ese otro periodo comenzará no tanto un rechazo de aquel test tripartito, pues en realidad, como se ha subrayado, este no llegaría en ningún momento a ser abandonado como el parámetro de constitucionalidad de referencia en materia de aconfesionalidad⁴⁰, sino más bien una reformulación o una reinterpretación del *Lemon test*, cuyo entendimiento se irá flexibilizando gradualmente y aproximándose cada vez con más claridad a la que terminaría por imponerse como la regla general en este sector del ordenamiento constitucional, esto es la de la vigencia de un cierto principio de neutralidad⁴¹.

Con arreglo a esta nueva concepción de la cláusula de aconfesionalidad y expresado ello ahora de manera resumida, especialmente desde la década de los años ochenta el Tribunal Supremo generalmente solo se mostró dispuesto a invalidar una determinada medida o disposición estatal en aquellos casos en los que estas supusieran, claramente, algún tipo de promoción pública de la religión o de los fines religiosos (*state advancement of religion*) o, también, alguna suerte de coacción a los individuos que les indujera a verse involucrados en actividades de naturaleza religiosa⁴². Esta es la que a menudo fue denominada como la interpretación neutralista –en contraposición a aquella otra que podía considerarse más bien separatista– de las cláusulas religiosas de la primera enmienda de la Constitución federal y que, en materia de asistencia pública a las escuelas confesionales, tuvo una notable repercusión en relación con la *Establishment Clause*, en el sentido de que ahora, si el programa educativo en

³⁹ Cfr. MORRISSEY, Daniel J., «The Separation of Church and State: An American Catholic Perspective», *Catholic University Law Review*, 47-1 (1997), p. 20.

⁴⁰ Cfr. HICKS, Paul L., «The Wall Crumbles: A Look at the Establishment Clause Rosenberger v. Rector & Visitors of the University of Virginia», *West Virginia Law Review*, 98-1 (1995), pp. 374-376.

⁴¹ «In recent years, the Court seems to have lost faith in the Lemon test. It has decided Establishment Clause cases without mentioning the three-part test, and five justices have called for reconsideration of some or all of its parts. More fundamentally, the Court seems to be moving toward a quite different standard, based on neutrality toward religion» (McCONNELL, Michael, W., «Legal and Constitutional Issues of Vouchers», en STEUERLE, Eugene *et al.* (eds.), *Vouchers and the Provision of Public Services*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2000, p. 370); una visión general de ese proceso de paulatino alejamiento de la concepción más estrictamente separatista del *Lemon test* en ese periodo puede verse, por ejemplo, en YARBROUGH, Tinsley E., «Church, State and the Rehnquist Court: A Brief for *Lemon*», *Journal of Church and State*, 38-1 (1996).

⁴² Cfr. BELSKY, Martin H., «Antidisestablishmentarianism: The Religion Clauses at the End of the Millennium», *Tulsa Law Journal*, 33 (1997), pp. 96-97.

cuestión podía ser considerado neutral y no discriminatorio en su formulación concreta, esto es dirigido a un amplio espectro de posibles beneficiarios sin atender a su condición religiosa o secular, lo más probable era que fuese declarada su constitucionalidad, sin que ello se viese alterado en estos supuestos por la existencia de un eventual beneficio indirecto o meramente incidental para la escuela religiosa siempre que este derivase de la aplicación de una medida implementada con arreglo a esos parámetros de neutralidad. Terminó así por imponerse la noción de la conocida como la *teoría de la neutralidad formal* que pasaría a constituir el nuevo canon en materia de aconfesionalidad⁴³.

Esa teoría se verá reflejada de manera seguramente paradigmática por ejemplo en el precedente de *Agostini v. Felton*⁴⁴, en el que el Tribunal Supremo se hace eco de los principales argumentos que había venido exponiendo en otros casos en línea con esa noción de la neutralidad formal⁴⁵ y los presenta ahora de manera conjunta y coherente, dando así a este nuevo parámetro de constitucionalidad su forma más acabada hasta ese momento. En esta ocasión estaba en liza un programa educativo público mediante el que se pretendía proporcionar formación suplementaria a los alumnos con ciertas carencias y necesidades especiales matriculados en escuelas privadas en general, incluyendo por tanto también a las escuelas religiosas, una prestación que se realizaría mediante el desplazamiento a las dependencias de dichas escuelas de un profesor perteneciente al sistema público para proporcionar allí esa educación suplementaria. Sin abandonar la premisa de que la cláusula de aconfesionalidad prohíbe cualquier tipo de ayuda estatal directa a las instituciones religiosas (*state advancement of religion*), el *Lemon test* será ahora aplicado de un modo mucho más flexible en el sentido de que el tercero de sus elementos, el de la excesiva implicación pública en materia religiosa, quedará relegado a un plano muy secundario y ya no resultará ni mucho menos tan determinante en el juicio

⁴³ En lo que se me alcanza esa noción de la neutralidad formal fue originalmente formulada en el plano científico por Philip B. KURLAND, quien la presentó precisamente en contraposición a la más rígida doctrina del estricto separatismo. Su planteamiento, resumidamente expuesto, puede verse en *Religion and the Law. Of Church and State and the Supreme Court*, Aldine Publishing Co., Chicago, Illinois, 1962, pp. 17-18. Más ampliamente, sobre esa noción de la neutralidad formal tal y como fue aplicada en esa etapa inicial, pueden verse, entre otros muchos, los trabajos de VALAURI, John T., «The Concept of Neutrality in Establishment Clause Doctrine», *University of Pittsburgh Law Review*, 48 (1986) y de McConnell, Michael W., «Neutrality Under the Religion Clauses», *Northwestern University Law Review*, 81 (1986).

⁴⁴ 521 U.S. 203 (1997).

⁴⁵ Son destacables en este sentido, entre algunos otros, los precedentes de *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983), *Witters v. Washington Department of Services for the Blind*, 474 U.S. 481 (1986), *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993) y *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995).

de constitucionalidad como sí lo fue en el pasado, pasando en su lugar a ocupar un papel protagonista el requisito de que la norma o la medida impugnadas estén formuladas de una manera neutral o genérica, esto es sin consideración alguna del eventual carácter religioso o no de sus posibles destinatarios, así como la exigencia de que aquellas no produzcan efectos distintos en su aplicación justamente en función de ese eventual diferente carácter de dichos destinatarios⁴⁶; el tribunal entendió que ambas circunstancias concurrían en este caso, lo que condujo a la declaración de la validez del programa educativo en cuestión. Esos dos requisitos, en definitiva, serán los que en adelante constituirán el canon hermenéutico vigente en relación con la *Establishment Clause* bajo la doctrina de la neutralidad formal.

En los años ulteriores, aun sin llegar a derogar en ningún momento el *Lemon test* como elemental parámetro de medición y, en este sentido, sin abandonar tampoco en ningún caso el presupuesto de la prohibición de asistencia pública directa a las organizaciones religiosas, la comúnmente denominada interpretación neutralista de las cláusulas religiosas de la Primera enmienda no hará sino consolidarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y de ello dan fe algunos precedentes especialmente significativos como, por ejemplo, el de la sentencia *Mitchell v. Helms*⁴⁷ –que llegó a ser calificada como la más alentadora para los partidarios de la asistencia estatal a las organizaciones religiosas de cuantas fueron dictadas en la llamada era separatista⁴⁸–, confirmándose así el que aparentaba ser ya irreversible proceso de alejamiento de la más estricta interpretación de la *Establishment Clause*. En este caso incluso se verifica el abandono de la llamada *no divertibility rule*, ligada a la prohibición de fomentar actividades religiosas que pesa sobre los poderes públicos y por la que, hasta ese momento, estaba radicalmente proscrito el destinar fondos públicos a la realización de ese tipo de actividades, y ello bajo la premisa de que esa eventual promoción de la religión solo esta constitucionalmente impedida si se acredita que es consecuencia directa de una acción estatal que efectivamente

⁴⁶ «[...] where the aid is allocated on the basis of neutral, secular criteria that neither favor nor disfavor religion, and is made available to both religious and secular beneficiaries on a nondiscriminatory basis. Under such circumstances, the aid is less likely to have the effect of advancing religion» (521 U.S. 231).

⁴⁷ 530 U.S. 793 (2000). *Vid.* al respecto, por ejemplo, POLO, José Ramón, «Libertades educativas y principio de aconfesionalidad en la Constitución de los Estados Unidos (Comentario a la sentencia *Mitchell v. Helms*)», *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 3 (2003) y RELAÑO, Eugenia, «Las nuevas tendencias de separación Iglesia-Estado en la jurisprudencia estadounidense», *Revista de Derecho Político*, 60 (2004), pp. 274 ss.

⁴⁸ *Cfr.* KRASON, Stephen M., *The Public Order and the Sacred Order: Contemporary Issues, Catholic Social Thought, and the Western and American Traditions*, vol. 1, Scarecrow Press, Lanham, 2009, p. 205.

la pretendía como tal (*state action doctrine*), pero no lo está si constituye el efecto derivado de una actuación o disposición de los poderes públicos de carácter neutral, esto es formulada en términos genéricos y no discriminatorios⁴⁹. Poco después, partiendo de estas mismas premisas y adoptando una decisión que en su día tuvo una enorme repercusión social, en *Zelman v. Simmons-Harris*⁵⁰ se validó al fin un programa de bono escolar (*school voucher*) en el que, bajo ciertas condiciones, se admitía la participación de todas las escuelas privadas, tanto las seculares como las religiosas, al considerar el tribunal que en este caso no se vulneraba la cláusula de aconfesionalidad ya que el eventual destino de los fondos públicos a la matriculación del alumno en una escuela confesional derivaba de una decisión directamente realizada por los padres, pudiendo estos elegir libremente entre uno y otro tipo de centros en la medida en la que el programa de asistencia estaba formulado de manera neutral y no discriminatoria⁵¹; como se ha señalado empleando para ello una metáfora sumamente gráfica, en este caso para la mayoría que secundó el fallo fue de vital importancia el argumento de que la actuación de los padres, bajo el prisma constitucional, podía ser

⁴⁹ «If the government is offering assistance to recipients who provide, so to speak, a broad range of indoctrination, the government itself is not thought responsible for any particular indoctrination. To put the point differently, if the government, seeking to further some legitimate secular purpose, offers aid on the same terms, without regard to religion, to all who adequately further that purpose [...] then it is fair to say that any aid going to a religious recipient only has the effect of furthering that secular purpose» (530 U.S. 809-10); «Although some of our earlier cases [...] did emphasize the distinction between direct and indirect aid, the purpose of this distinction was merely to prevent «subsidization» of religion. [...] our more recent cases address this purpose not through the direct/indirect distinction but rather through the principle of private choice [...] If aid to schools, even «direct aid», is neutrally available and, before reaching or benefiting any religious school, first passes through the hands (literally or figuratively) of numerous private citizens who are free to direct the aid elsewhere, the government has not provided any «support of religion». [...] Although the presence of private choice is easier to see when aid literally passes through the hands of individuals [...] there is no reason why the Establishment Clause requires such a form» (530 U.S. 815-16); «Respondents' «no divertibility» rule is inconsistent with our more recent case law and is unworkable. So long as the governmental aid is not itself «unsuitable for use in the public schools because of religious content» [...] and eligibility for aid is determined in a constitutionally permissible manner, any use of that aid to indoctrinate cannot be attributed to the government and is thus not of constitutional concern» (530 U.S. 220).

⁵⁰ 563 U.S. 639 (2002).

⁵¹ «[...] the Ohio program is neutral in all respects toward religion. It is part of a general and multifaceted undertaking by the State of Ohio to provide educational opportunities to the children of a failed school district. It confers educational assistance directly to a broad class of individuals defined without reference to religion, [...]. The program permits the participation of all schools within the district, religious or nonreligious [...]. Program benefits are available to participating families on neutral terms, with no reference to religion» (563 U.S. 653).

considerada como una suerte de cortocircuito que evitaba el indeseado vínculo directo entre el poder público y la institución religiosa⁵².

La noción de la neutralidad formal llegará a ser ocasionalmente superada y sustituida por una todavía más flexible o, si se quiere, ambiciosa concepción guiada por el propósito de hallar un modo más satisfactorio de interpretar coordinada y conjuntamente ambas cláusulas y de garantizar, con ello, el mayor margen posible de ejercicio de la libertad religiosa, esto es la extensión más amplia que quepa conceder a la llamada zona de *permisible acomodación* de los intereses religiosos, en el marco de la conocida como doctrina de la neutralidad sustantiva o neutralidad benevolente. Esa necesidad de hacer de alguna manera conciliables los significados de las dos cláusulas, de alcanzar un más adecuado equilibrio entre ambas y, en definitiva, de concebirlas conjuntamente como parte de una misma garantía constitucional –*two components of the freedom of religion guarantee*⁵³–, está muy presente en la jurisprudencia que ha adoptado ese entendimiento neutralista de la *Establishment Clause* y un buen ejemplo de ello puede encontrarse en el precitado caso *Agostini*, en el que el tribunal argumentó que excluir a las escuelas confesionales de la aplicación del programa educativo en cuestión hubiese supuesto una suerte de coacción indirecta o, al menos, de desincentivo a los padres para que no matriculasen a sus hijos en dichos centros, en vulneración de la cláusula de libre ejercicio de la religión, y de ahí que esa sentencia fuese elogiada por algunos autores que estimaron que la Corte Suprema, al fin, había comenzado a valorar mejor y a tomar en la debida consideración la relación que existe entre ambas cláusulas y la manera en la que estas operan conjuntamente⁵⁴.

3.2 La más reciente doctrina jurisprudencial

Sin perder de vista la importancia de todos estos antecedentes y la orientación en la que globalmente parece situarse la evolución de esta jurisprudencia

⁵² «In *Zelman*, it was of vital importance to the majority's constitutional argument that the parents were acting as constitutional circuit breakers between the state and the private religious schools» (KAVEY, Michael, «Private Voucher Schools and the First Amendment Right to Discriminate», *Yale Law Journal*, 113-3 (2003), p. 758); en definitiva, como se ha señalado, con este y otros precedentes similares el tribunal pretendió fomentar el derecho de los padres a elegir libremente el tipo de educación de sus hijos mediante un sistema que evitaba la creación de un vínculo directo entre el poder público y las escuelas religiosas y que, consecuentemente, convertía a esos padres en los auténticos protagonistas del modelo (Cfr. CELADOR, Óscar, *Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 125).

⁵³ En expresión de BARRON, Jerome A. y DIENES, C. Thomas, *Constitutional Law*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1995, p. 432.

⁵⁴ Así por ejemplo, SIMONS, John S., «Changed Assumptions: Disentangling Title I Remedial Education at Parochial Schools», *Florida Law Review*, 49-4 (1997), p. 660.

cia, lo cierto es que en los últimos años –particularmente en la última década– ese proceso de paulatino alejamiento de las concepciones más estrictamente separatistas de la *Establishment Clause* se ha intensificado, por así decirlo, hasta el punto de que actualmente nos hallamos inmersos en lo que seguramente no sea exagerado considerar como un auténtico cambio de paradigma en esta materia, y así se viene reconociendo generalizadamente por parte de la doctrina científica.

Lo que en su día pudo ser calificado como el tránsito al periodo postseparatista adquiere hoy su más pleno significado en la medida en la que el Tribunal Supremo, recientemente, ha llevado más lejos que nunca la ya reiteradamente mencionada perspectiva neutralista llegando incluso a validar ciertas medidas o disposiciones que, con arreglo a los parámetros tradicionalmente empleados, en otros tiempos difícilmente hubieran superado el control de constitucionalidad en relación con la cláusula de aconfesionalidad y a abandonar claramente, en ese sentido, el esquema de enjuiciamiento propio del *Lemon test*.

De manera prototípica este fue el caso, por ejemplo, del precedente de *Town of Greece v. Galloway*⁵⁵ relativo al tema de las oraciones en las cámaras legislativas y en el que aquel expediente fue directamente sustituido por el llamado *history and tradition test* y, algo más tarde, lo fue también del precedente de *American Legion v. American Humanist Association*⁵⁶, concerniente en esta ocasión a la presencia de símbolos religiosos en terrenos de titularidad pública y en el que, asimismo, se dejó de lado el *Lemon test* para fundamentar el fallo con argumentos muy semejantes a los de ese otro test de la tradición histórica aunque, como se ha hecho notar, este último no llegase a ser aquí explícitamente invocado como tal⁵⁷; además, si bien en efecto es notorio que en los últimos años el Tribunal Supremo ha venido criticando con frecuencia el *Lemon test* y ha rechazado su idoneidad en numerosos determinados contextos

⁵⁵ 572 U.S. 565 (2014). Sobre el significativo abandono del *Lemon test* en este caso puede verse por ejemplo NGUYEN, Joe H., «The Establishment Clause: The Lemon and Marsh Conflict, Where Lund and Bormuth Leave Us, and the Constitutionality of Exclusive, Legislator-Led Prayer», *Suffolk University Law Review*, 52-1 (2019).

⁵⁶ 588 U.S. (2019).

⁵⁷ Cfr. CHAUVIN, Noah C., «Unifying Establishment Clause Purpose, Standing, and Standards», *The University of Memphis Law Review*, 50-2 (2019), p. 356; *vid.* al respecto, más ampliamente, POLO, José Ramón, «Los símbolos religiosos en terreno público frente al principio de aconfesionalidad en el Derecho norteamericano (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 20 de junio de 2019, *American Legion v. American Humanist Association*)», *Revista General de Derecho Administrativo*, 54 (2020). Sobre ese controvertido recurso al argumento de la tradición histórica en materia de aconfesionalidad puede verse, más ampliamente, *Idem*, «El argumento de la tradición histórica en el juicio de constitucionalidad en materia de relaciones Iglesia-Estado: el caso del Derecho norteamericano», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 4 (2020).

específicos –todo ello de manera en general poco clara y escasamente coherente⁵⁸–, puede decirse que, concretamente desde la reciente sentencia en el caso *Kennedy v. Bremerton School District*⁵⁹, no parece haber duda de que ese test ha dejado de ser válido en absoluto y ya no es aplicable en contexto alguno⁶⁰.

En todo ello ha vuelto a jugar un importante papel la convicción de que ambas cláusulas religiosas deben ser entendidas en cierto modo como integrantes de una misma garantía constitucional y, por tanto, deben ser aplicadas coordinadamente de un modo tal que no menoscabe el ámbito de amparo de la libertad religiosa constitucionalmente consagrado y, sobre todo, que no suponga un tratamiento discriminatorio para quienes profesan creencias religiosas, una convicción que sin duda está en la base de la actual aproximación jurisprudencial a la cláusula de aconfesionalidad (*a more accommodating religious liberty-based approach*⁶¹); a esto último no es ajena, como es obvio, esa idea de un

⁵⁸ «For most of the latter half of the twentieth century, the Court’s Establishment Clause analysis of school aid was unstable and unpredictable - even incoherent. It is still somewhat unclear whether and when a court should apply various doctrinal formulae such as the Lemon test, the «pervasively secular» test, and the «endorsement» test» (Chapman, Nathan S., «The Establishment Clause, State Action, and Town of Greece», *William & Mary Bill of Rights Journal*, 24-2 (2015), p. 429).

⁵⁹ 597 U.S. (2022).

⁶⁰ Cfr. BARCLAY, Stephanie H., «The Religion Clauses After *Kennedy v. Bremerton School District*», *Iowa Law Review*, 108 (2023), p. 2103; GREEN, Steven K., «First Amendment Imbalance: *Kennedy v. Bremerton School District*», *Notre Dame Law Review Reflection*, 99-4 (2024), p. 284; «In the majority’s view, the lower courts had “overlooked” that the Supreme Court had “long ago abandoned” the “abstract” and “ahistorical” Lemon test. Instead, the Court instructed that the Establishment Clause must be interpreted with “reference to historical practices and understandings”, through “[a]n analysis focused on original meaning and history.”» (HENRY, Isabella, «*Kennedy v. Bremerton School District*: Throwing a Red Flag for the Public-Employee Speech Arena to Challenge the Court’s Hail Mary», *Maryland Law Review*, 82-4 (2023), pp. 1084-85); más ampliamente, puede verse GARRY, Patrick M., «The Supreme Court Corrects a Seventy-Five-Year Distortion in Establishment Clause Jurisprudence», *Indiana Law Review*, 56-1 (2023); con todo, conviene hacer notar que aunque en *Kennedy* se procedió a declarar una vez más, en efecto, que el tribunal hace ya tiempo que había abandonado el *Lemon test* en la mayoría de los supuestos relacionados con la cláusula de aconfesionalidad, lo cierto es que, haciendo nuevamente gala de esa cierta ambigüedad o falta de claridad que tantas veces se le ha reprochado a la Corte Suprema en este tema, tampoco en esta ocasión llegó a decretar expresamente la derogación completa y en todos los contextos de ese parámetro de medición, si bien este parece ser en efecto el camino emprendido y así se está ya reflejando también, paulatinamente, en la jurisprudencia de los restantes tribunales federales [vid. COOLEY, Amanda H., «Establishing an End to Lemon in the Eleventh Circuit», *University of Miami Law Review*, 77-4 (2023)].

⁶¹ Cfr. STAMEGNA, Ashley, «Religious or not Religious? That Is Not the Establishment Clause Question», *Cornell Law Review*, 108-3 (2023), p. 715; «The shift away from the Establishment Clause to other constitutional principles is attractive because it replaces a set of doctrines that are only weakly applied and often misunderstood with principles that may be more familiar. The emphasis on nondiscrimination as opposed to nonestablishment in particular may be salutary because it assimilates religion into the mainstream of constitutional law, with its emphasis on equal and

cierto resurgimiento o, incluso, de un verdadero renacer de una libertad religiosa que habría sido inadecuadamente restringida en el pasado al subordinarse esta de manera incorrecta al entendimiento más riguroso de la *Establishment Clause*, una idea relativamente extendida hoy entre ciertos sectores de la doctrina científica⁶².

En el terreno específico de la financiación pública de las escuelas confesionales que ahora centra nuestra atención, algunos precedentes concretos merecen ser destacados pues reflejan a la perfección, con unos u otros matices, el sentido de toda esta nueva orientación jurisprudencial.

En primer lugar ha de hacerse mención al precedente de *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*⁶³, en el que estaba en discusión la decisión de las autoridades estatales de Misuri de excluir a una escuela confesional de la aplicación de un programa de ayudas públicas que, básicamente, implicaba subvencionar a las escuelas privadas el coste de ciertas medidas de mantenimiento y mejora de sus instalaciones. La razón que adujo la Administración para denegar la correspondiente solicitud de la escuela confesional fue la de que, de permitirse la participación de esta última en el programa de ayudas, ello supondría la vulneración de la prohibición de financiar públicamente la educación religiosa que se contenía en la Constitución de este estado, una cláusula similar a las que existen en otras muchas constituciones estatales y que reciben el nombre de *Blaine amendments*⁶⁴.

En esta ocasión y a diferencia del que había sido su proceder habitual en otros casos, evidenciando con ello, como se ha señalado, la íntima relación

nonarbitrary government treatment. And to the extent that nonestablishment is concerned with sectarian favoritism or preferentialism, equal protection can do most of that work» (SCHRAGGER, Richard G., «The Relative Irrelevance of the Establishment Clause», *Texas Law Review*, 89 (2011), p. 633).

⁶² Vid. por ejemplo WITTE, John, «Un nuevo despertar de la libertad religiosa en Estados Unidos», *Ius Canonicum*, 64 (2024). Trad. de Rafael Domingo.

⁶³ 582 U.S. _ (2017).

⁶⁴ Las comúnmente conocidas como *Blaine amendments*, que se abrieron camino en los ordenamientos de muchos estados desde finales del siglo XIX tras no haber prosperado la pretensión de incluir una disposición similar en la Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, constituyen un conjunto de normas presentes en un buen número de constituciones estatales y que, expresamente, prohíben financiar con fondos públicos a las instituciones educativas de carácter religioso, razón por la que pueden y de hecho suelen ser consideradas como un reflejo sectorial de la noción más rigurosa o más estrictamente separatista de la cláusula de aconfesionalidad de la Constitución federal. Al respecto puede verse por ejemplo, entre otros, DUNCAN, Kyle, «Secularism's Laws: State Blaine Amendments and Religious Persecution», *Fordham Law Review*, 72-3 (2003) y BERG, Thomas C., «Disestablishment from Blaine to *Everson*. Federalism, School Wars, and the Emerging Modern State», en GUNN, Jeremy y WITTE, John (eds.), *No Establishment of Religion: America's Original Contribution to Religious Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 312 ss.

existente entre ambas la Corte Suprema federal puso el acento no tanto en la *Establishment Clause* como, más bien, en la cláusula de libre ejercicio⁶⁵, postulando así que la exclusión de una determinada escuela de un programa de ayudas a los colegios privados, por el mero hecho de tratarse de un centro religioso, suponía una interferencia en el libre ejercicio de la religión que requería del consabido estricto escrutinio judicial⁶⁶ y aclarando que ese tratamiento discriminatorio, en tanto redundaba en una coacción indirecta que desincentivaba el libre ejercicio de la religión, no podía concebirse sino como un menoscabo del ámbito de tutela del derecho a la libertad religiosa⁶⁷.

En este caso y tras realizar esa especialmente exigente valoración judicial, el tribunal llegó a la conclusión de que la discriminación en cuestión no estaba justificada por la existencia de ningún legítimo interés superior, ya que la apelación a la necesidad de mantener una más estricta separación Iglesia-Estado, pretendidamente derivada de la cláusula *Blaine* presente en la Constitución estatal, no podía ser tenida por uno de ellos, de modo que finalmente el programa educativo en liza fue declarado discriminatorio y contrario a la *Free Exercise Clause*⁶⁸.

Con todo ello quedó en franca evidencia el cambio de perspectiva respecto del tradicional abordaje judicial de este tipo de pleitos y el desplazamiento,

⁶⁵ *Cfr.* UROFSKY, Melvin I., «Church and State. The Religion Clauses», en BODENHAMER, David J. y ELY, James W. (eds.), *The Bill of Rights in Modern America*, Bloomington, Indiana University Press, 2022, p. 62.

⁶⁶ «The Department’s policy expressly discriminates against otherwise eligible recipients by disqualifying them from a public benefit solely because of their religious character. [...] it is that such a policy imposes a penalty on the free exercise of religion that triggers the most exacting scrutiny [...] This conclusion is unremarkable in light of our prior decisions» (582 U.S. _ (2017), pp. 9-10).

⁶⁷ «The Department’s policy puts Trinity Lutheran to a choice: It may participate in an otherwise available benefit program or remain a religious institution. Of course, Trinity Lutheran is free to continue operating as a church, [...] But that freedom comes at the cost of automatic and absolute exclusion from the benefits of a public program for which the Center is otherwise fully qualified. And when the State conditions a benefit in this way, [...] the State has punished the free exercise of religion» (582 U.S. _ (2017), p. 10); «It is true the Department has not criminalized the way Trinity Lutheran worships [...] But, as the Department itself acknowledges, the Free Exercise Clause protects against “indirect coercion or penalties on the free exercise of religion, not just outright prohibitions”» (582 U.S. _ (2017), p. 11).

⁶⁸ «Under that stringent standard, only a state interest “of the highest order» can justify the Department’s discriminatory policy. [...] Yet the Department offers nothing more than Missouri’s policy preference for skating as far as possible from religious establishment concerns. [...] In the face of the clear infringement on free exercise before us, that interest cannot qualify as compelling. As we said when considering Missouri’s same policy preference on a prior occasion, “the state interest asserted here –in achieving greater separation of church and State than is already ensured under the Establishment Clause of the Federal Constitution– is limited by the Free Exercise Clause.”» (582 U.S. _ (2017), p. 14).

por así decirlo, de la cláusula de aconfesionalidad del lugar central que venía ocupando en el esquema de valoración en estos casos en favor del mayor protagonismo ahora concedido a la cláusula de libre ejercicio, pues el tribunal consideró que excluir como posibles beneficiarios de un programa estatal neutral y generalmente disponible a determinadas organizaciones exclusivamente en razón de su carácter religioso, en ausencia de un interés superior podía ser considerado discriminatorio y contrario a la *Free Exercise Clause*, sin necesidad de entrar a valorar si con esa actuación pública se estaba o no produciendo una subvención o un fomento de los fines o intereses religiosos (*state advancement of religion*) tal y como tradicionalmente había venido sucediendo bajo la entonces imperante interpretación del alcance de la *Establishment Clause*.

Cabe destacar, a este respecto, que en *Locke v. Davey*⁶⁹, un caso previo en el que se juzgaban hechos muy similares, el tribunal había aceptado por el contrario que se excluyese de su participación en un programa estatal de becas a un ciudadano que pretendía utilizar la suya para obtener un grado superior en teología, a pesar de que el demandante alegaba también, entre otras cosas, la vulneración de su libertad religiosa. Se trataba de un programa de ayudas del estado de Washington que permitía a los individuos que cumpliesen ciertos requisitos utilizar los fondos públicos para costear sus estudios en cualquier centro educativo certificado, incluyendo a los centros religiosos, siempre que no se tratase de cursos de naturaleza religiosa (*devotional in nature*), un requisito que se apoyaba en la norma de la Constitución estatal que prohibía la financiación pública del culto, de la práctica o de la instrucción religiosas⁷⁰. La Corte Suprema adoptó entonces el criterio de que hay ciertas actuaciones que pueden no estar prohibidas por la cláusula de aconfesionalidad pero que, al mismo tiempo, tampoco vienen exigidas por la cláusula de libre ejercicio⁷¹, y, en este caso, consideró que la actuación estatal en liza constituía precisamente

⁶⁹ 540 U.S. 712 (2004).

⁷⁰ Según establece la sección 11 del art. I de la Constitución del Estado de Washington, «[...] No public money or property shall be appropriated for or applied to any religious worship, exercise or instruction, or the support of any religious establishment [...]».

⁷¹ «These two Clauses, the Establishment Clause and the Free Exercise Clause, are frequently in tension [...]. Yet we have long said that «there is room for play in the joints» between them [...]. In other words, there are some state actions permitted by the Establishment Clause but not required by the Free Exercise Clause. This case involves that «play in the joints» described above» (540 U.S. 718-19); «[...] there is no doubt that the State could, consistent with the Federal Constitution, permit Promise Scholars to pursue a degree in devotional theology [...] The question before us, however, is whether Washington, pursuant to its own constitution, which has been authoritatively interpreted as prohibiting even indirectly funding religious instruction that will prepare students for the ministry [...] can deny them such funding without violating the Free Exercise Clause». (540 U.S. 719).

uno de esos supuestos, determinando así que la pretensión del demandante de utilizar su beca para matricularse en un grado superior en teología en un centro católico, no siendo en principio contraria a la *Establishment Clause*, sí podía en cambio ser considerada como uno de esos casos de formación del clero (*training of clergy*) cuya eventual financiación pública podía impedirse al amparo de la mencionada norma constitucional estatal sin que ello violentase lo establecido en la Constitución federal⁷². Pese a todo, en *Trinity Lutheran* logró eludirse ese criterio, que dada la evidente analogía entre los hechos juzgados en uno y otro caso podría haber conducido a la misma conclusión, y ello se hizo apelando a la posibilidad de trazar aquí una distinción entre el carácter propio del beneficiario de la ayuda pública y la naturaleza del uso concreto que dicho beneficiario pretendía dar a los fondos, de manera que si podía entenderse que la norma o la actuación estatal excluía a algunos de sus posibles beneficiarios meramente por su carácter religioso y no por la índole religiosa de la actividad a la que iba a destinarse la ayuda pública, ello sí podría ser tachado de inconstitucional por contrario a la *Free Exercise Clause*, y eso es justamente lo que permitía diferenciar los precedentes de *Locke* y *Trinity Lutheran*⁷³; el expediente, en cualquier caso, resultaba como mínimo un tanto forzado y así de hecho lo puso de relieve el Juez Gorsuch en su voto particular parcialmente concurrente en el que, como se ha hecho notar, este dio a entender que el tribunal estaba ahora sencillamente rectificando su postura anterior⁷⁴, y cuestionó el que para no tener que reconocerlo así se hubiera recurrido a tan dudosas distinciones que, además, no ofrecían una mayor certeza de cara al establecimiento de un criterio claro aplicable a los pleitos venideros, al tiempo que subrayó que, en realidad, la cuestión clave que sí permitía diferenciar ambos precedentes y considerar que no se ventilaban en ellos hechos estrictamente análogos, era la de que la prohibición del uso específico de los fondos públicos en *Locke*, esto

⁷² «He [el recurrente] contends [...] the program is presumptively unconstitutional because it is not facially neutral with respect to religion. [...] In the present case, the State's disfavor of religion (if it can be called that) is of a far milder kind. It imposes neither criminal nor civil sanctions on any type of religious service or rite. It does not deny to ministers the right to participate in the political affairs of the community. [...] And it does not require students to choose between their religious beliefs and receiving a government benefit. [...] The State has merely chosen not to fund a distinct category of instruction» (540 U.S. 720-21).

⁷³ «Davey was not denied a scholarship because of who he was; he was denied a scholarship because of what he proposed to do –use the funds to prepare for the ministry. Here there is no question that Trinity Lutheran was denied a grant simply because of what it is—a church» (582 U.S. (2017), p. 12).

⁷⁴ *Cfr.* TOTZKE, Elizabeth, «The Catholic Church and the Paycheck Protection Program: Assessing Nondiscrimination after *Trinity Lutheran* and *Espinoza*», *Notre Dame Law Review*, 96-4 (2021), p. 1711). Esa idea de que hubiera sido preferible reconocer directamente que se estaba corrigiendo la doctrina establecida en *Locke* es compartida también por los Jueces Alito y Thomas.

es la concreta prohibición de financiar la formación del clero con cargo al erario, sí contaba con una larga tradición que se remontaba incluso a los mismos orígenes del constitucionalismo norteamericano, a diferencia de otros hipotéticos usos de la ayuda pública⁷⁵.

Poco tiempo después verá la luz la resolución dictada en el caso *Espinoza v. Montana Department of Revenue*⁷⁶, una sentencia considerada por muchos como un auténtico *landmark case* y de la que, con razón, se ha dicho que ejemplifica como muy pocas las tensiones que potencialmente subyacen a la relación existente entre las dos cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución federal⁷⁷.

Esta vez se juzgaba la validez de un programa estatal que concedía determinados beneficios fiscales a quienes realizasen donaciones en favor de aquellas entidades sin ánimo de lucro que ofreciesen becas para cursar estudios en escuelas privadas. El programa en cuestión estaba formulado de una manera podríamos decir neutral, esto es de un modo generalmente aplicable en principio a cualquier colegio privado que cumpliera los pertinentes requisitos de homologación⁷⁸, pero sin embargo, al mismo tiempo, el legislador había especificado que las ayudas debían ser gestionadas con estricta observancia de lo estipulado en la correspondiente enmienda *Blaine* presente en la Constitución de Montana, es decir, respetando la prohibición de ayuda estatal a las escuelas

⁷⁵ «If that case can be correct and distinguished, it seems it might be only because of the opinion's claim of a long tradition against the use of public funds for training of the clergy, a tradition the Court correctly explains has no analogue here» (voto particular concurrente del Juez Gorsuch, p. 2); como se ha señalado, «the Court declared, there are few areas more significant for a State's anti-establishment interests. Since the founding of the United States, there have been popular uprisings against procuring taxpayer funds to support church leaders, which was characteristic of "established" religion» (JOHNSON, Douglas F., *Freedom of Religion. Locke v. Davey and State Blaine Amendments*, LFB Scholarly Publishing LLC, El Paso, 2010, p. 99).

⁷⁶ 591 U.S._ (2020). Un más amplio y pormenorizado estudio del contenido y de las implicaciones de esta sentencia puede verse por ejemplo en POLO, José Ramón, «Libertad religiosa y financiación pública de las escuelas confesionales. Primeras valoraciones ante la histórica sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Espinoza v. Montana Department of Revenue*», *Revista General de Derecho Constitucional*, 34 (2021).

⁷⁷ Cfr. VILE, John R., «*Espinoza v. Montana Department of Revenue* (2020)», *post* de 1 de Julio de 2020, *The First Amendment Encyclopedia* (<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1847/espinoza-v-montana-department-of-revenue>).

⁷⁸ «A family whose child is awarded a scholarship under the program may use it at any "qualified education provider"— that is, any private school that meets certain accreditation, testing, and safety requirements [...]. Virtually every private school in Montana qualifies. Upon receiving a scholarship, the family designates its school of choice, and the scholarship organization sends the scholarship funds directly to the school. [...]. Neither the scholarship organization nor its donors can restrict awards to particular types of schools» (591 U.S._ (2020), p. 2).

religiosas impuesta por esta norma iusfundamental⁷⁹. Amparándose en esta exigencia, las autoridades fiscales del estado impidieron, por vía reglamentaria, que quienes se acogiesen a este programa educativo hicieran uso de las becas para matricular a sus hijos en una escuela religiosa, al establecer esa normativa de desarrollo (la conocida como *Rule 1*) que cualquier institución educativa de la que fuese titular una confesión religiosa, o que estuviese controlada total o parcialmente por esta, quedaba excluida de su participación en el programa de ayudas⁸⁰.

Así las cosas, en primer lugar la Corte Suprema federal descartó la vulneración en este caso de la *Establishment Clause* –cosa que de hecho no cuestionaban las partes en el proceso–, habida cuenta de que estamos aquí en presencia de uno de esos supuestos en los que cabe aplicar la doctrina del beneficio indirecto, que ya había servido de justificación para otras actuaciones estatales similares y en cuya virtud los fondos públicos acaban en manos de la institución religiosa únicamente como consecuencia de la libre decisión del sujeto individual, que es realmente el destinatario directo de la ayuda pública, en el marco de un programa neutral, de general aplicabilidad y que no atiende en absoluto a la naturaleza religiosa o no de sus potenciales beneficiarios, aunque ello sin dejar de lado el dato de que, pese a todo, lo que sí declaró el Tribunal Supremo de Montana fue que ese beneficio para la escuela religiosa, aun pudiendo ser considerado meramente indirecto, vulneraba la ya mencionada enmienda *Blaine* de la Constitución estatal⁸¹.

⁷⁹ Se trata del art. X.6 de la Constitución de Montana que establece lo que sigue: «Aid prohibited to sectarian schools. (1) The legislature, counties, cities, towns, school districts, and public corporations shall not make any direct or indirect appropriation or payment from any public fund or monies, or any grant of lands or other property for any sectarian purpose or to aid any church, school, academy, seminary, college, university, or other literary or scientific institution, controlled in whole or in part by any church, sect, or denomination [...]».

⁸⁰ «Shortly after the scholarship program was created, the Montana Department of Revenue promulgated “Rule 1”, over the objection of the Montana Attorney General. That administrative rule prohibited families from using scholarships at religious schools. Mont. Admin. Rule §42.4.802(1)(a) (2015). It did so by changing the definition of «qualified education provider» to exclude any school «owned or controlled in whole or in part by any church, religious sect, or denomination.» *Ibid.*, The Department explained that the Rule was needed to reconcile the scholarship program on of the Montana Constitution» (591 U.S._ (2020), p. 3).

⁸¹ «Here, the parties do not dispute that the scholarship program is permissible under the Establishment Clause. Nor could they. We have repeatedly held that the Establishment Clause is not offended when religious observers and organizations benefit from neutral government programs [...]. Any Establishment Clause objection to the scholarship program here is particularly unavailing because the government support makes its way to religious schools only as a result of Montanans independently choosing to spend their scholarships at such schools [...]. The Montana Supreme Court, however, held as a matter of state law that even such indirect government support qualified as «aid» prohibited under the Montana Constitution» (591 U.S._ (2020), p. 7).

Sentado esto, centrando nuevamente el foco de atención en la cláusula de libre ejercicio, la sentencia reitera que esta protege a los individuos y grupos frente a cualquier tratamiento discriminatorio que esté fundado, precisamente, en el mero dato de su afiliación o su naturaleza religiosa, lo que implica, según consolidada jurisprudencia, la prohibición de establecer impedimentos o restricciones especiales que asimismo se fundamenten únicamente en ese mismo dato⁸². A partir de ahí, utilizando un esquema de valoración muy similar al del precedente de *Trinity Lutheran* en el que se apoya expresamente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, alineándose además, dicho sea de paso, con la posición ya inicialmente mantenida en este proceso por el Fiscal General del Estado de Montana⁸³, declaró que la exclusión en este caso de las escuelas religiosas del programa de asistencia estatal representaba una interferencia en el ámbito de ejercicio de la libertad religiosa que reclamaba un estricto escrutinio judicial en la medida en la que, estando fundada esa diferencia de trato exclusivamente en la naturaleza religiosa de sus potenciales beneficiarios, la discriminación era equivalente a la imposición de ese tipo de restricciones especiales (*special disabilities*) que ya habían sido judicialmente declaradas lesivas para la libertad religiosa al suponer una suerte de coacción indirecta (*indirect coercion*) y disuadir del ejercicio de este derecho fundamental⁸⁴.

Con estas premisas y tras el correspondiente estricto escrutinio acerca de la existencia o no de fines o intereses públicos de primer orden susceptibles de justificar la interferencia en el ámbito de amparo de la libertad religiosa, así como acerca de la imprescindible proporcionalidad y carácter mínimamente

⁸² «The Free Exercise Clause, which applies to the States under the Fourteenth Amendment, «protects religious observers against unequal treatment» and against “laws that impose special disabilities on the basis of religious status”. [...] the Free Exercise Clause protects against laws that “penalize religious activity by denying any person an equal share of the rights, benefits, and privileges enjoyed by other citizens»» (591 U.S._ (2020), p. 8).

⁸³ «The Montana Attorney General disagreed. In a letter to the Department, he advised that the Montana Constitution did not require excluding religious schools from the program, and if it did, it would «very likely» violate the United States Constitution by discriminating against the schools and their students» (591 U.S._ (2020), p. 3).

⁸⁴ «Undeterred by *Trinity Lutheran*, the Montana Supreme Court applied the no-aid provision to hold that religious schools could not benefit from the scholarship program. [...] So applied, the provision “impose[s] special disabilities on the basis of religious status” and “condition[s] the availability of benefits upon a recipient’s willingness to surrender [its] religiously impelled status.” [...] To be eligible for government aid under the Montana Constitution, a school must divorce itself from any religious control or affiliation. Placing such a condition on benefits or privileges “inevitably deters or discourages the exercise of First Amendment rights.” [...] The Free Exercise Clause protects against even “indirect coercion”, and a State “punish[e]s the free exercise of religion” by disqualifying the religious from government aid as Montana did here. [...] Such status-based discrimination is subject to «the strictest scrutiny.»» (591 U.S._ (2020), pp. 11-12).

invasivo de los medios empleados para satisfacer esos fines o intereses⁸⁵, en *Espinoza* se llegó a la conclusión de que la referida interferencia en el ámbito de protección del derecho no podía considerarse justificada por la existencia de ningún interés superior atendible, en este caso, ni por la necesidad de evitar que los fondos públicos sirvieran para sufragar el coste de la enseñanza religiosa –lo que podía ser tomado por una promoción estatal de la religión– como, tampoco, por la necesidad de preservar la vigencia de una regulación constitucional estatal que, aparentemente, ordenaba una más estricta separación Iglesia-Estado en esta materia concreta.

Ambas pretensiones de las autoridades estatales fueron rechazadas. La primera de ellas lo fue de plano, al entender ahora el tribunal que esa objeción había quedado ya desautorizada en el análogo precedente de *Trinity Lutheran*, en el que quedó claro que una actuación estatal que discrimina entre sus posibles destinatarios únicamente en función de su carácter religioso puede por ello mismo ser considerada inválida, en tanto lesiva de la libertad religiosa, haciendo ya innecesario cualquier análisis ulterior acerca del eventual destino final de los fondos públicos⁸⁶; la segunda fue también descartada bajo la doble premisa de que, por un lado, con arreglo a la más reciente jurisprudencia la esfera de protección de la libertad religiosa no puede verse menoscabada por un determinado estricto entendimiento de la *Establishment Clause* como el que otrora pudo prevalecer, y, por otro, de que el eventual interés por parte de cualquiera de los estados de la Unión poseedores de la correspondiente enmienda *Blaine* en imponer una separación Iglesia-Estado más rigurosa que la consagrada en la Constitución federal no puede ser considerado suficientemente persuasivo (*compelling interest*) en el marco del esquema de valoración propio del espe-

⁸⁵ «Because the Montana Supreme Court applied the no-aid provision to discriminate against schools and parents based on the religious character of the school, the “strictest scrutiny” is required. [...] To satisfy it, government action “must advance ‘interests of the highest order’ and must be narrowly tailored in pursuit of those interests.”» (591 U.S._ (2020), p. 18).

⁸⁶ «The Department counters that Trinity Lutheran does not govern here because the no-aid provision applies not because of the religious character of the recipients, but because of how the funds would be used—for “religious education.” [...] In Trinity Lutheran, a majority of the Court concluded that the Missouri policy violated the Free Exercise Clause because it discriminated on the basis of religious status. A plurality declined to address discrimination with respect to “religious uses of funding or other forms of discrimination.” [...] The plurality saw no need to consider such concerns because Missouri had expressly discriminated “based on religious identity,” [...], which was enough to invalidate the state policy without addressing how government funds were used. This case also turns expressly on religious status and not religious use. The Montana Supreme Court applied the no-aid provision solely by reference to religious status. [...] The Montana Constitution discriminates based on religious status just like the Missouri policy in Trinity Lutheran, which excluded organizations “owned or controlled by a church, sect, or other religious entity.”» (591 U.S._ (2020), pp. 9-10).

cialmente riguroso escrutinio judicial aquí requerido, esto es a los efectos de justificar una restricción de la *Free Exercise Clause*⁸⁷.

Sobre este último aspecto, la sentencia hizo valer el principio de supremacía de la Constitución federal⁸⁸ y, como resultado de ello, declaró que el Tribunal Supremo de Montana debería haber ignorado directamente la cláusula *Blaine* de su propia Constitución para resolver el pleito de acuerdo al sentido actualmente concedido por la jurisprudencia a la *Free Exercise Clause* de la Constitución de los Estados Unidos con la que aquella claramente estaba entrando en conflicto, es decir, debería haber impedido la discriminación que se había producido en ese caso en perjuicio de las escuelas religiosas por el mero hecho de serlo⁸⁹. Así pues, no puede extrañar que, especialmente a la luz de esta determinación y de sus potenciales implicaciones, en sede doctrinal se haya podido hablar de una sentencia histórica e inmediatamente tras ser dictada se señalase generalizadamente que con ella quedaba seriamente en entredicho el futuro de las *Blaine amendments*⁹⁰ –en realidad esto último podía ya sostenerse

⁸⁷ «The Montana Supreme Court asserted that the no-aid provision serves Montana’s interest in separating church and State “more fiercely” than the Federal Constitution. [...] But “that interest cannot qualify as compelling in the face of the infringement of free exercise here. [...] A State’s interest “in achieving greater separation of church and State than is already ensured under the Establishment Clause...is limited by the Free Exercise Clause.”» (591 U.S._ (2020), p. 18).

⁸⁸ «The Supremacy Clause provides that “the Judges in every State shall be bound” by the Federal Constitution, “any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.” [...] “[T]his Clause creates a rule of decision” directing state courts that they “must not give effect to state laws that conflict with federal law [.]”» (591 U.S._ (2020), p. 22).

⁸⁹ «Given the conflict between the Free Exercise Clause and the application of the no-aid provision here, the Montana Supreme Court should have “disregard[ed]” the no-aid provision and decided this case “conformably to the [C]onstitution” of the United States. [...] That ‘supreme law of the land’ condemns discrimination against religious schools and the families whose children attend them. [...] They are “member[s] of the community too,” and their exclusion from the scholarship program here is “odious to our Constitution” and “cannot stand.”» (591 U.S._ (2020), p. 22).

⁹⁰ «The Supreme Court’s decision siding with religious-school parents in *Espinoza v. Montana Department of Revenue* will have implications far beyond Montana. Though the court did not explicitly say so, its decision effectively struck down *Blaine Amendments*, provisions in 38 state constitutions forbidding aid to religious institutions. If the narrow 5-4 majority of the *Espinoza* decision remains intact, the case will be both one of the most significant religious liberty and education decisions in decades» (DUNN, Joshua, «In Supreme Court Case, a Far-Reaching Win for Religious-School Parents», *Education Next*, *post* del 30 de junio de 2020 [<https://www.education-next.org/supreme-court-case-far-reaching-win-religious-school-parents-espinoza-montana/>]); «So, what remains of the no-funding provisions in a majority of state constitutions? The majority opinion effectively says they cannot be enforced, at least when they are directed at preventing aid based on the character or status of the recipient. As Breyer notes, one can interpret the language of these provisions as directed at use, not necessarily status, but most lower courts will read the majority opinion otherwise. So not only will most state no-aid provisions be unenforceable, but so likely will be no-compelled-support and public-control clauses, all of which make distinctions based on the status of the recipient. But more than anything, the majority and concurring opinions *have now tainted all no-aid provisions, and the more general principle against government funding of reli-*

tras el precedente de *Trinity Lutheran*⁹¹–, llegando incluso entonces algunos autores a darlas directamente por abolidas⁹². Es más, como significativamente advirtió la Jueza Ginsburg en su voto particular, aunque la resolución no llegó a declarar abiertamente la invalidez de esa cláusula estatal, tal y como según ella debiera haberlo hecho de haberse llevado el razonamiento judicial aquí aplicado hasta sus últimas consecuencias, lo cierto es que de hecho la sentencia trató a dicha cláusula *Blaine* como si efectivamente fuese inconstitucional por contraria a la *Free Exercise Clause*⁹³; y es que efectivamente, según se ha hecho notar, la sentencia no dijo expresamente que estas normas de las constituciones estatales fuesen inconstitucionales –por contrarias a la Constitución de los Estados Unidos–, pero sí declaró que ya no pueden ser utilizadas para justificar una discriminación contra las organizaciones religiosas en el contexto de los programas de ayuda estatal⁹⁴, y ello, obviamente, en cierto modo no deja de significar que tales disposiciones quedan en gran medida privadas del significado con el que originalmente fueron establecidas.

Dos años después se repitió un muy similar enfoque en el enjuiciamiento del caso que desembocó en la sentencia *Carson v. Makin*⁹⁵, en la que estaba en discusión la validez de un programa estatal de asistencia del que también quedaban expresamente excluidas las escuelas confesionales; en esta ocasión se trataba de un programa diseñado para permitir que, en determinados distritos escolares del entorno rural que carecían de su propia escuela pública, los padres pudiesen enviar a sus hijos a un colegio público o privado perteneciente a otro

gion, with the aura of discrimination. A central premise of non-establishment of religion has been turned on its head». (GREEN, Steven, «Symposium: RIP state «Blaine Amendments» – Espinoza and the «no-aid» principle», SCOTUSblog, post del 30 de junio de 2020 (<https://www.scotusblog.com/2020/06/symposium-rip-state-blaine-amendments-espinoza-and-the-no-aid-principle/>).

⁹¹ Cfr. BORDERS, Margo A., «The Future of State Blaine Amendments in Light of Trinity Lutheran: Strengthening the Nondiscrimination Argument», *Notre Dame Law Review*, 93-5 (2018).

⁹² Así por ejemplo, FINNE, Liv, «Landmark Court ruling opens up education options for WA parents», *washingtonpolicy.org*, post del 30 de junio de 2020 (<https://www.washingtonpolicy.org/publications/detail/us-supreme-court-rules-families-can-use-tax-credit-scholarships-to-send-their-children-to-private-religious-schools-a-groundbreaking-development-for-parents-in-washington-state-that-want-better-education-options-for-their-children>); en sentido similar, RASSBACH, Eric, «The End of the Anti-Religion Blaine Amendments is a Victory for Religious Freedom», *realclearreligion.org*, post del 9 de julio de 2020 (https://www.realclearreligion.org/articles/2020/07/09/the_end_of_the_anti-religion_blaine_amendments_is_a_victory_for_religious_freedom_498526.html).

⁹³ «By urging that it is impossible to apply the no-aid provision in harmony with the Free Exercise Clause, the Court seems to treat the no-aid provision itself as unconstitutional». (Voto particular disidente de la Jueza Ginsburg (591 U.S._ (2020), p. 5).

⁹⁴ Cfr. BERG, Thomas C. y LAYCOCK, Douglas, «*Espinoza*, Government funding, and Religious Choice», *Journal of Law and Religion*, 35-3 (2020), p. 369.

⁹⁵ 596 U.S. 767 (2022).

distrito o, incluso, situado fuera del estado de Maine, haciendo uso para ello de los correspondientes fondos públicos.

La sentencia consideró plenamente aplicables al caso los criterios de valoración empleados tanto en *Trinity Lutheran*⁹⁶ como en *Espinoza*⁹⁷, al tiempo que reiteró la idea, asimismo refrendada en ambos precedentes, según la cual la pretensión estatal de preservar localmente una más estricta separación Iglesia-Estado que la que requiere la Constitución federal no puede ser considerada como uno de esos intereses superiores aptos para justificar un tratamiento discriminatorio en perjuicio de la religión como el que, según el tribunal, se estaba produciendo nuevamente en este caso.

La respuesta del tribunal fue esencialmente la misma que la de los dos precedentes anteriores, en el sentido de que excluir a las escuelas religiosas de los beneficios de un programa estatal de ayudas que estaba generalmente disponible suponía una violación de la *Free Exercise Clause*, en tanto que resultaba injustificadamente discriminatorio para quienes profesan creencias religiosas⁹⁸.

Además, la sentencia resulta bastante clarificadora respecto al tema de la distinción entre el carácter religioso del beneficiario de la ayuda estatal y ese mismo carácter del eventual uso de los fondos públicos, en el sentido de que el tribunal proclama ahora que esa distinción, que como se vio fue en su momento utilizada en *Trinity Lutheran* para justificar un fallo en sentido contrario a lo que se había dictaminado en *Locke*, no va a poder ser ya utilizada generalizadamente con ese mismo propósito puesto que, en realidad, en este último precedente, la exclusión fue aplicada no tanto para evitar cualquier uso religioso

⁹⁶ «*Maine offers its citizens a benefit: tuition assistance payments for any family whose school district does not provide a public secondary school. Just like the wide range of nonprofit organizations eligible to receive playground resurfacing grants in Trinity Lutheran, a wide range of private schools are eligible to receive Maine tuition assistance payments here. And like the day care center in Trinity Lutheran, BCS and Temple Academy are disqualified from this generally available benefit «solely because of their religious character» [...] By «condition[ing] the availability of benefits» in that manner, Maine's tuition assistance program –like the program in Trinity Lutheran– effectively penalizes the free exercise» of religion» (596 U.S. 767 (2022), p. 9).*

⁹⁷ «Our recent decision in *Espinoza* applied these basic principles in the context of religious education that we consider today. There, as here, we considered a state benefit program under which public funds flowed to support tuition payments at private schools. And there, as here, that program specifically carved out private religious schools from those eligible to receive such funds. While the wording of the Montana and Maine provisions is different, their effect is the same: to «disqualify some private schools» from funding «solely because they are religious.» [...] A Law that operates in that manner, we held in *Espinoza*, must be subjected to «the strictest scrutiny.»» (596 U.S. 767 (2022), p. 9).

⁹⁸ «Maine's «nonsectarian» requirement for its otherwise generally available tuition assistance payments violates the Free Exercise Clause of the First Amendment. Regardless of how the benefit and restriction are described, the program operates to identify and exclude otherwise eligible schools on the basis of their religious exercise» (596 U.S. 767 (2022), p. 18).

de los caudales públicos sino más bien solo uno de ellos, concretamente el de la matriculación en un curso de teología (*a vocational religious degree*) que podía por tanto ser considerado como parte de la formación del clero (*training of clergy*), una materia sobre la que sí existía una larga tradición que prohibía expresamente destinar el dinero de los contribuyentes a mantener a los ministros de culto⁹⁹. De ahí que se haya advertido que, desde la resolución recaída en *Carson* parece claro que, con carácter general y en relación con la cláusula de aconfesionalidad, en este tipo de pleitos la distinción entre el carácter del destinatario y el del uso de los fondos públicos resulta ya por completo irrelevante¹⁰⁰; y de ahí también el que se haya señalado que, desde ese último precedente, las dudas que pudieran haber surgido por los matices que introdujo el tribunal en *Trinity Lutheran* con el aparente propósito de limitar en cierto modo el alcance de su decisión se hayan disipado, al quedar ya fijado un criterio claro generalmente aplicable en relación con la neutralidad y la no discriminación en materia religiosa¹⁰¹.

4. CONCLUSIONES: ¿HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN HISTÓRICO CAMBIO DE PARADIGMA?

El devenir que ha experimentado la concepción judicial de las cláusulas religiosas de la Primera enmienda de la Constitución federal en las últimas décadas ha sido, como se ha visto, ciertamente llamativo, sobre todo en lo que se refiere a ese notorio alejamiento de la concepción más estrictamente separatista que en su momento representó la célebre metáfora de alto e inexpugnable muro de separación. Según se ha puesto de relieve, la jurisprudencia en esta materia habría sufrido una notable transformación, pasando de estar centrada en preocupaciones en cierto sentido más estrechamente vinculadas al valor de la libertad, tales como la necesidad de garantizar la separación Iglesia-Estado o la no exce-

⁹⁹ «Locke’s reasoning expressly turned on what it identified as the “historic and substantial state interest” against using “taxpayer funds to support church leaders.” [...] But as we explained at length in *Espinoza*, “it is clear that there is no ‘historic and substantial’ tradition against aiding [private religious] schools comparable to the tradition against state-supported clergy invoked by Locke.” [...] Locke cannot be read beyond its narrow focus on vocational religious degrees to generally authorize the State to exclude religious persons from the enjoyment of public benefits on the basis of their anticipated religious use of the benefits» 596 U.S. 767 (2022), p. 18).

¹⁰⁰ *Cfr.* PERRY, Sarah Parshall y BUTCHER, Jonathan, «With *Carson v. Makin*, the Supreme Court Closed the Book on Religious Discrimination in School Choice», Legal Memorandum n.º 309, September 2, 2022, The Heritage Foundation, pp. 12-13.

¹⁰¹ *Cfr.* GEIER, Brett A., *The Roberts Court and Public Schools*, Palgrave Macmillan, Cham, Switzerland, 2023, pp. 34-35.

siva implicación de este último en asuntos religiosos, a gravitar actualmente en torno a aspectos especialmente ligados al valor de la igualdad, como es el caso de la preservación de la neutralidad o la garantía de la no discriminación¹⁰².

Desde algunos sectores sociales con frecuencia se ha atribuido aquella deriva fundamentalmente a la composición del Tribunal Supremo en los últimos tiempos y a la mayoritaria presencia en él de jueces de un marcado perfil conservador, que habrían tratado de hacer prevalecer un determinado entendimiento de las previsiones iusfundamentales, entre otras cosas, especialmente favorable a los intereses de las confesiones religiosas¹⁰³. Las críticas de esta naturaleza, por lo demás, han estado siempre presentes en el debate público en ese país y no parece del todo inverosímil que ese tipo de sesgos, podríamos decir, ideológicos hayan podido eventualmente jugar algún papel en la evolución de toda esta jurisprudencia, como antaño pudo también haber sucedido, aunque obviamente en sentido contrario, respecto de la adopción de un criterio más rígidamente separatista¹⁰⁴; de hecho, como es notorio, en el ámbito de la doctrina científica también con frecuencia se ha tomado en alguna consideración esa adscripción ideológica atribuida a unos u otros magistrados a la hora de analizar el sentido de sus argumentaciones, y sabido es que habitualmente se ha podido detectar una cierta división interna del tribunal entre los jueces considerados liberales y los tenidos por conservadores o, como también se ha solido presentar en correspondencia con esa misma distinción, entre los magistrados separatistas y los así llamados acomodacionistas¹⁰⁵, siendo además un dato objetivo, como asimismo se ha puesto de relieve, el de que ha sido la mayoría conservadora en el tribunal la que ha propiciado el llamativo abandono del principio separatista que se ha producido en los últimos años¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. SCHARFFS, Brett G., «The (Not So) Exceptional Establishment Clause of the United States Constitution», *Journal of Law and Religion*, 33-2 (2018), p. 153.

¹⁰³ Así por ejemplo, entre otros muchos, BUCKLEY, Phillip, «We Call Them School Boards for a Reason: Why School Board Prayer Still Violates the Establishment Clause», *Oxford Journal of Law and Religion*, 8-1 (2019), p. 92.

¹⁰⁴ «[...] it requires no flight of imagination to believe that the justice's views of what the Constitution *should* mean powerfully inform their views of what it *does* mean, and that normative beliefs often reflect prevailing attitudes» (JEFFRIES, John C. y RYAN, James E., «A Political History of the Establishment Clause», *Michigan Law Review*, 100-2 (2001), p. 280 (La cursiva en el original).

¹⁰⁵ Cfr. FALLON, Richard H., «Tiers for the Establishment Clause», *University of Pennsylvania Law Review*, 166-1 (2017), pp. 72-73.

¹⁰⁶ Cfr. GREEN, Steven K., *Separating Church and State. A History*, Cornell University Press, Ithaca, 2022, p. 186; en el mismo sentido, entre otros muchos, FALLON, Richard H., *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 87.

No obstante, creo que sería erróneo no percibir que el desarrollo reciente de la orientación judicial que aquí se ha venido relatando se explica mejor si se sitúa, principalmente, en el contexto de la persecución de una mejor y más adecuada interpretación conjunta de ambas cláusulas que, ante todo, evite el menoscabo del ámbito de tutela del derecho fundamental a la libertad religiosa, y lo cierto es que, como se ha hecho notar, fue precisamente esa búsqueda de un cierto equilibrio entre ambas previsiones constitucionales la que históricamente hizo que aquella metáfora del muro de separación no fuese nunca llevada hasta sus últimas consecuencias lógicas, lo que teóricamente habría supuesto la invalidez de la más mínima interrelación entre las esferas política y religiosa¹⁰⁷, y esto último, como sabemos, no llegó nunca a ocurrir ni siquiera en el contexto de las resoluciones en principio de corte más rígidamente separatista en las que se admitió, pese a todo y mediante aquel recurso a la teoría del beneficio indirecto, que determinadas organizaciones religiosas terminasen por recibir algunos fondos públicos¹⁰⁸.

A este respecto, por ejemplo uno de los aspectos que justificadamente se han podido destacar del precedente de *Trinity Lutheran* es el de que, en un periodo en el que casi todas sus resoluciones dividían internamente al tribunal en función de un criterio claramente ideológico y eran adoptadas generalmente por una exígua mayoría de cinco de sus miembros –con la consiguiente discrepancia de los restantes cuatro magistrados–, en este caso sin embargo el fallo se adoptó por un muy amplio consenso –fueron siete los jueces que apoyaron el fallo frente a solo dos discrepantes– en torno a la idea central de que los poderes públicos no pueden conceder a los grupos o a los individuos religiosos

¹⁰⁷ Cfr: COX, Kenneth M., «The Lemon Test Soured: The Supreme Court's New Establishment Clause Analysis», *Vanderbilt Law Review*, 37-5 (1984), pp. 1177-78.

¹⁰⁸ Así lo destaca por ejemplo, entre otros muchos, COOK, Tracy L., *First Amendment Religious Liberties. Supreme Court Decisions and Public Opinion, 1947-2013*, LFB Scholarly Publishing LLC, El Paso, 2014, p. 117; «[...] contrary to separationist belief, the Supreme Court never held to the idea that church and state must be completely separate. In nearly every major school aid case the Court made clear that complete separation was not possible in the modern United States. Representations of Court decisions implying that by striking down aid programmes the Court was supporting strict separation were fundamentally misleading and led to as much confusion about the Court's jurisprudence as did the lack of clarity in the opinions themselves» (LONG, Emma, *The Church-State Debate. Religion, Education and the Establishment Clause in Post War America*, Bloomsbury, London, 2013, p. 57); en esta línea, se ha postulado que por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la década de los años setenta del siglo pasado, tan criticada por muchos autores por incoherente e impredecible, puede sin embargo ser vista globalmente de manera más benévola como un esfuerzo razonable por establecer una aproximación judicial a esta materia que permitiese algún tipo de asistencia pública a las escuelas confesionales, pero solo aquella que no supusiera una promoción significativa de sus fines y actividades propiamente religiosas (Cfr: GREENAWALT, Kent, *Religion and the Constitution, 2. Establishment and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. 405).

un tratamiento menos favorable que el que otorgan al resto de la sociedad¹⁰⁹. En cualquier caso y asimismo bajo esa otra perspectiva que aspira a desvelar las claves que permitirían una coexistencia armónica entre ambas cláusulas y, sobre todo, a limitar el alcance de la *Establishment Clause* al ámbito para el que inicialmente se presume fue concebida (prohibición de un trato preferencial a una concreta religión, veto a la injerencia pública en los asuntos internos de las confesiones, etc.), como se ha subrayado también la concreta composición del tribunal, actualmente dominado por los jueces llamados *originalistas*, debe ser tenida en alguna consideración a la hora de explicar el que se ha descrito como el tránsito del paradigma separatista (*separation paradigm*) a ese otro paradigma centrado ahora en la determinación del significado con el que originalmente fueron instauradas las cláusulas religiosas de la Constitución federal (*originalism paradigm*), todo un proceso de cambio con el que parece estar apuntándose hacia el fin de una era en materia de interpretación judicial de la cláusula de aconfesionalidad¹¹⁰, lo que por supuesto no significa que ese criterio originalista no plantee, a su vez, otros problemas hermenéuticos vinculados fundamentalmente a la dificultad de esclarecer esa verdadera voluntad inicial de los redactores de los textos constitucionales en discusión¹¹¹.

Actualmente, como hemos comprobado y poniendo el foco en el tema concreto que constituye el objeto central de este análisis, ya no se trata de permitir las ayudas públicas a las escuelas confesionales únicamente en tanto que

¹⁰⁹ Cfr. GEIER, Brett A., «Funding God's Schools – A Legal Analysis of Appropriating Public Dollars to Parochial Schools: Does Michigan's Latest Legislation Violate the Separation of Church and State?», *Journal of Law & Education*, 49-3 (2020), p. 319; de cualquier forma y a modo de contrapunto a lo que acaba de señalarse, se ha hecho notar también que, muy posiblemente, el voto aquí favorable de los magistrados tradicionalmente considerados liberales haya podido producirse únicamente porque estos entendieron que, con los matices introducidos en sus votos concurrentes, estaban de alguna forma limitando el alcance del sentido de este fallo al tipo concreto de circunstancias juzgadas en este caso, en un contexto en el que se ha sugerido además que esa concesión pudiera haber estado guiada por un propósito de llegar a un cierto compromiso que permitiese ulteriores modulaciones menos alejadas de esa tradicional concepción más separatista de la *Establishment Clause* (Cfr. SCHWARTZMAN, Micah y TEBBE, Nelson, «Establishment Clause Appeasement», *The Supreme Court Review*, (2019), pp. 290 ss.). Si efectivamente ello fue así, lo cierto es que el devenir posterior de los acontecimientos ha demostrado que ese propósito no se ha logrado en absoluto, sino más bien al contrario.

¹¹⁰ Cfr. RUSSO, Charles J. y THRO, William E., «Cracks in the Wall. *Trinity Lutheran* and the Potential Transformation of Religious Freedom in the United States», *Education and Law Journal*, 27 (2018), pp. 175 y 190-92.

¹¹¹ Un amplio, incisivo y sumamente interesante estudio sobre esta cuestión puede verse por ejemplo en WITTE, John, «Back to the Sources? What's Clear and Not So Clear About the Original Intent of the First Amendment», *Brigham Young University Law Review*, 47-4 (2022); *vid.* también BERCOT, Ethan, «Forgetting to Weight: The Use of History in the Supreme Court's Establishment Clause», *Georgetown Law Journal*, 102-3 (2014).

meras beneficiarias indirectas de una asistencia pública de la que el destinatario directo sería en realidad el sujeto individual (un expediente mediante el que, como se vio, se ha despejado el camino en los últimos años a la implementación de la figura del llamado bono escolar –*school voucher*–); lo que autoriza la línea jurisprudencial hoy imperante es, incluso, la existencia de un beneficio directo de los fondos públicos por parte de la organización religiosa, siempre que aquel sea consecuencia de un programa estatal de asistencia neutral y generalmente disponible, pues lo contrario supondría discriminar y dotar de un tratamiento jurídico menos favorable a quienes profesan creencias religiosas, individual o colectivamente, respecto de quienes tienen otro tipo de convicciones, vulnerando por tanto su derecho fundamental a la libertad religiosa cuya plena tutela no se concibe sino en régimen estrictamente no discriminatorio¹¹².

Como era previsible toda esta más reciente jurisprudencia ha sido muy positivamente recibida por aquellos autores que consideran que con ella, en efecto, se verifica una más adecuada aplicación conjunta de las dos cláusulas religiosas y especialmente se garantiza en plenitud y sin restricciones indebidas la libertad religiosa, en línea especialmente con el desarrollo que ha venido teniendo la noción de la neutralidad sustantiva o benevolente¹¹³. Pero estas decisiones judiciales han sido también muy criticadas en el ámbito de la doctrina científica principalmente bajo la premisa de que, si bien es cierto que es necesario interpretar conjuntamente y hacer compatibles los significados de una y otra cláusula, la forma en la que ello se ha llevado a cabo en estos últimos precedentes, más que buscar esa compatibilidad mediante un replanteamiento de los parámetros tradicionalmente integrantes del juicio de constitucionalidad en torno a la cláusula de aconfesionalidad, en realidad lo que habría hecho es desvirtuar y casi podríamos decir que prescindir de la *Establishment Clause* al privarla por completo de su significado propio, que es lo que habría sucedido en estos casos al eludirse la prohibición de financiación pública directa a las instituciones religiosas, so pretexto de preservar la esfera de tutela de la cláusula de libre ejercicio¹¹⁴; adicionalmente, se ha sugerido asimismo que la permisividad de la asistencia pública directa a las organizaciones religiosas a la

¹¹² Cfr. LAYCOCK, Douglas, «Churches, Playgrounds, Government Dollars – And Schools?», *Harvard Law Review*, 131-1 (2017), p. 153.

¹¹³ En este sentido, por ejemplo, BERG, Thomas C. y LAYCOCK, Douglas, «Espinoza, Government funding, and Religious Choice», *Journal of Law and Religion*, 35-3 (2020), especialmente pp. 373 ss. y RUSSO, Charles J., «The Supreme Court Upholds Religious Liberty in Education», *The Catholic Social Science Review*, 29 (2024).

¹¹⁴ Así por ejemplo, THOMPSON, Andrew A., «Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer and the «Play in the Joints» Between Establishment and Free Exercise of Religion», *Texas Law Review*, 96-5 (2018), pp. 1091 ss.

que apunta toda esta nueva orientación jurisprudencial, puesta en relación con la figura de la llamada *ministerial exception*, pone también en cuestión otra de las facetas tradicionalmente asociadas a la cláusula de aconfesionalidad, en la medida en la que podría implicar una suerte de promoción pública de la discriminación religiosa en materia laboral¹¹⁵.

Por lo demás, tampoco han faltado las voces que situándose, por así decirlo, en una zona intermedia pero asimismo desde la convicción de que con ello se garantizaría mejor el juego conjunto para el que fueron diseñadas ambas cláusulas religiosas, han postulado la necesidad de reinterpretar la cláusula de aconfesionalidad en un sentido más acorde al significado que históricamente se le pretendió conferir en el momento de su instauración, lo que implicaría restringir la aplicación del tercero de los elementos del *Lemon test*, el único que de hecho se acomodaría a ese significado original (*original intent*), solo a ciertos supuestos, concretamente a la protección de la autonomía de los grupos religiosos frente a la injerencia estatal y a la prevención de cualquier tratamiento preferencial del estado hacia alguno de esos grupos en detrimento de los restantes, y, en consecuencia, haría ya innecesaria la tan cuestionada distinción entre el estatus del beneficiario y el destino de los fondos en la que se apoya *Espinoza*, una distinción que no solo es poco clara como ya evidenciara el Juez Gorsuch en su voto particular sino que, además, al permitir un hipotético enjuiciamiento centrado en la prohibición del uso de los fondos públicos para fomentar la religión una vez constatado que el programa en cuestión no discrimina en función del carácter religioso o no de sus beneficiarios, seguiría generando la misma incertidumbre y los mismos problemas hermenéuticos que tradicionalmente planteó siempre el elemento del *excessive entanglement*¹¹⁶.

Con todo, seguramente debemos esperar todavía algún tiempo para poder certificar con mayor seguridad si se consolida plenamente o no lo que, a la luz de la más reciente jurisprudencia, sin duda parece un auténtico cambio de paradigma en materia de aconfesionalidad, y asimismo para poder comprobar si se despejan algunas de las incertidumbres que a su vez ha generado esta nueva

¹¹⁵ Vid. FURDEK, Cobi, «A Prayer for Relief: Checking the Ministerial Exception's Effect on State-Funded Employment Discrimination», *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, 29-1 (2023); en este contexto, por ejemplo, el estado de Maine, tratando de contrarrestar el efecto de una posible sentencia favorable al demandante en el caso *Carson* como la que finalmente fue dictada, modificó su legislación para tratar de impedir que los fondos públicos fuesen a parar a organizaciones que no se guiaran por un criterio de neutralidad y no discriminación en materia religiosa, lo que a su vez dio pie a nuevas impugnaciones judiciales (vid. RUBIO, José Ignacio, «Crónica judicial de Derecho eclesiástico en los Estados Unidos de Norteamérica (2021-2023)», *Ius Canonicum*, 63 (2023), pp. 905-06).

¹¹⁶ En este sentido, BARCLAY, Stephanie H., «Untangling Entanglement», *Washington University Law Review*, 97 (2020), pp. 1725-26.

doctrina jurisprudencial, tales como la suscitada por una cierta incoherencia en el uso del llamado criterio originalista en unos u otros precedentes¹¹⁷, pero en todo caso, como se anticipó, esta nueva orientación judicial permite vislumbrar algunos supuestos venideros que en el pasado difícilmente hubieran sido ni tan siquiera concebibles bajo el imperio de la *Establishment Clause* –lo que de hecho es igualmente predicable de algunas de las últimas resoluciones que hemos conocido¹¹⁸– y que ahora, sin embargo, ya no se antojan tan improbables; en este sentido, en el marco de un estudio muy crítico con algunos de los argumentos expuestos en el precedente de *Trinity Lutheran* que fue publicado poco después de ser dictada esta sentencia, cierto autor llegaba a la conclusión de que el principio general de no discriminación que se impuso en esta resolución, aun cuando pudiera tal vez parecer en cierto sentido inocuo, terminaría con toda probabilidad por requerir de los estados la financiación de las confesiones y de las organizaciones religiosas de diversas maneras que solo unas décadas atrás el propio Tribunal Supremo hubiera considerado impensables¹¹⁹.

Posiblemente este sea el caso, por ejemplo, de lo recientemente sucedido en Oklahoma donde, como ha venido aconteciendo en otros estados¹²⁰, las autoridades educativas permitieron la creación, por parte de una confesión religiosa, en esta ocasión la Iglesia católica, de una *charter school*, un tipo especial de escuelas sostenidas con fondos públicos pero creadas y gestionadas por instituciones privadas con un amplio margen de autonomía, que operan previa autorización de las autoridades competentes bajo los términos estipulados en el correspondiente contrato público (*charter*); el Tribunal Supremo de aquel estado ha declarado la invalidez de esa actuación por contraria a su particular

¹¹⁷ Vid. al respecto CORBIN, Caroline M., «Opportunistic Originalism and the Establishment Clause», *Wake Forest Law Review*, 54-3 (2019).

¹¹⁸ «Indeed, as recently as the turn of the century, it seemed virtually unimaginable that the Supreme Court would have voted to grant certiorari in either Carson or Kennedy, let alone that it would find the underlying claims of religious infringement meritorious. Two decades have succeeded in transforming yesteryear's Hail Marys into today's answered prayers» (DRIVER, Justin, «Three Hail Marys: Carson, Kennedy and the Fractured Détente Over Religion and Education», *Harvard Law Review*, 136-1 (2022), pp. 209-10).

¹¹⁹ Cfr. CORREIA, Edward, «Trinity Lutheran Church v. Comer: An Unfortunate New Anti-Discrimination Principle», *Rutgers Journal of Law and Religion*, 18-3 (2017), p. 297.

¹²⁰ «So far, the state legislatures have used the Court's relaxation of its establishment clause limits and its greater deference to the states as an invitation to experiment with religion and education. One important development, which will likely generate new cases, has been the rise of faith-based charter schools. These are publicly funded, but privately-managed public schools that reflect the diverse religious values and beliefs of their respective communities and administrators. These schools would have been inconceivable in the heyday of strict separationism [...]. But religious charter schools are now springing up in increasing numbers in public school districts and have begun to generate cases in the lower federal courts» (WITTE, John y NICHOLS, Joel A., *Religion and the American Constitutional Experiment*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 203).

enmienda *Blaine*, esto es por opuesta a la prohibición de financiar públicamente a cualquier institución religiosa en la constitución estatal¹²¹, pero previsiblemente el asunto llegará pronto a la jurisdicción de la Corte Suprema federal y, a la luz de la evolución de la doctrina judicial que se ha venido relatando en estas páginas, no es descartable que aquella decisión del tribunal estatal sea revocada por la máxima instancia jurisdiccional de la Nación¹²². De cualquier modo, si por las razones que fuere este caso concreto no llegase finalmente al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, todo hace presagiar que sí lo harán otros parecidos precedentes de iniciativas similares en otros estados de la Unión, y parece obvio que por las características del supuesto enjuiciado esa será seguramente la mejor piedra de toque para medir hasta qué punto podemos hablar aquí en efecto de un auténtico e histórico cambio de paradigma.

¹²¹ Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de Oklahoma en el caso *Drummond v. Oklahoma Statewide Virtual Charter School Board*, de 25 de junio de 2024 (El contenido de la sentencia es accesible en este enlace: <https://statecourtreport.org/sites/default/files/2024-06/supreme-court-of-oklahoma-opinion.pdf>).

¹²² De hecho hace ya tiempo que se viene advirtiendo que toda esta evolución jurisprudencial, entre otras cosas, estaría de algún modo abriendo la puerta a una más que posible futura financiación pública de las escuelas con ideario religioso. En este sentido, por ejemplo, CELADOR, Oscar, «El principio de neutralidad religiosa en las instituciones públicas en Estados Unidos», en ALÁEZ, Benito y DÍAZ RENDÓN, Sergio (coords.), *Modelos de neutralidad religiosa del Estado: experiencias comparadas*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, p. 211.