

**LIBERTADES EDUCATIVAS Y PRINCIPIO DE
ACONFESIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS
ESTADOS UNIDOS (COMENTARIO A LA SENTENCIA
MITCHELL v. HELMS)**

José Ramón POLO SABAU

Profesor Titular de Universidad de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

Sumario: 1. El significado constitucional del principio de aconfesionalidad en la doctrina del Tribunal Supremo Federal. 2. La *Establishment Clause* y el tránsito desde el estricto separatismo al principio de neutralidad. 3. La consolidación jurisprudencial del principio de neutralidad; la sentencia *Mitchell v. Helms*. 3.1. Presupuestos de la técnica legislativa en materia de aconfesionalidad: neutralidad y generalidad como condiciones de validez de la norma. 3.2. La mutua implicación entre el principio de neutralidad y la libertad de educación (*school choice*). 3.3. Hacia un nuevo significado para la *Establishment Clause*: la validez de la asistencia estatal directa a las instituciones religiosas bajo el principio de neutralidad. 3.4. El Voto particular concurrente y sus consecuencias: los límites de la interpretación neutralista

1. El significado constitucional del principio de aconfesionalidad en la doctrina del Tribunal Supremo Federal

En el sistema constitucional norteamericano, el marco jurídico de las relaciones entre el Estado y las instituciones religiosas y del estatuto del ciudadano en lo que afecta a su libertad religiosa tiene su génesis, como es sabido, en las denominadas cláusulas religiosas de la primera enmienda de la Constitución federal: la *Free Exercise Clause* y la *Establishment Clause*¹. Ambas cláusulas, más allá de su respectivo

¹ Para una visión de conjunto sobre el tema *vid.*, entre otros, G. MORÁN, *La protección jurídica de la Libertad Religiosa en U.S.A.*, Santiago de Compostela, 1989; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "Separatismo y cooperación en la experiencia jurídica norteamericana", en V. REINA y M. A. FÉLIX (Coords.), *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias*, Madrid, 1996; O.

significado constitucional y de la especificidad que se desprende de su constitucionalización diferenciada, en última instancia actúan, o deberían actuar, de forma conjunta, como un efectivo mecanismo de protección de la libertad individual y, como consecuencia de ello, también del pluralismo en materia religiosa².

Sin duda alguna, han sido las controversias surgidas en el ámbito de las libertades educativas las que más decididamente han contribuido a perfilar jurisdiccionalmente el significado y alcance del principio de aconfesionalidad³, aun cuando la determinación del sentido que deba correctamente otorgarse a dicho principio haya venido siendo tradicionalmente una tarea especialmente controvertida⁴, dificultada notablemente en este caso, como en el de otras cláusulas del *Bill of Rights*, por el carácter genérico y abstracto del lenguaje constitucional empleado, así como por la presencia en el mismo de términos que representan nociones políticas y morales de difícil transcripción en el plano estrictamente jurídico⁵.

En este sentido, el control de constitucionalidad en torno a la *Establishment Clause* ha centrado su foco de atención, de modo prioritario, tanto en el tema del contenido de la educación impartida en las escuelas públicas y la eventual presencia en el mismo de ciertos elementos de naturaleza religiosa como, asimismo y seguramente en mayor medida, en la cuestión de la posible asistencia económica estatal a las escuelas religiosas⁶.

CELADOR, *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Madrid, 1998.

² Cfr. C. H. ESBECK, "The Establishment Clause as a Limit on Governmental Regulation of Religious Schools", en E. DAVIS (Ed.), *Public Values, Private Schools*, London, 1989, p. 116.

³ Un amplio estudio sobre este tema puede verse en J. R. POLO, *La libertad de enseñanza en el Derecho norteamericano*, Madrid, 1999.

⁴ Vid., por todos, J. H. CHOPER, "The Unpredictability of the Supreme Court's Doctrine in Establishment Clause Cases", 43 *Wayne Law Review* 1997.

⁵ Cfr. S. M. GRIFFIN, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, New Jersey, 1996, pp. 126-27.

⁶ Cfr. D. A. J. RICHARDS, *Tolerance and the Constitution*, New York, 1986, p. 150.

Una atenta mirada al devenir de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal en este particular campo del Derecho constitucional durante las últimas décadas nos muestra los, aparentemente, erráticos cambios de rumbo que distinguen la doctrina de este Alto Tribunal en materia de aconfesionalidad.

A este respecto, en síntesis, podría decirse que las dos grandes líneas argumentales que pueden identificarse en la doctrina del Tribunal Supremo Federal en materia de aconfesionalidad nos remiten, por un lado, a la idea del estricto separatismo en las relaciones Iglesia-Estado y, por otro, en el extremo opuesto, a la noción de un cierto grado de *permisible acomodación*⁷ de los intereses religiosos.

Al mismo tiempo, cada una de estas nociones ha podido ser eventualmente concebida como poseedora de distintos significados o, en términos seguramente más precisos, como integrante de distintos matices dentro de un mismo significado comúnmente aceptado en sus caracteres esenciales.

A la clásica teoría separatista (la *teoría del muro de separación*, en terminología jeffersoniana) le ha sido concedido en ocasiones el significado de un casi completo aislamiento entre las esferas secular y religiosa, llegando incluso a aproximarse, al ser este llevado hasta sus últimas consecuencias, a lo que se ha descrito como una verdadera *hostilidad hacia la religión*⁸, en la que la más leve interrelación entre lo político y lo religioso es susceptible de ser considerada como una inconstitucional grieta en el muro de separación. Pero esta misma teoría separatista ha sido en otros casos interpretada de un modo más flexible, admitiéndose la validez de determinadas actuaciones estatales que inciden de una u otra forma en el campo de los intereses religiosos, siempre que se desenvuelvan en el contexto de lo que comúnmente se conoce como la *neutralidad formal* del Estado en materia religiosa; este último concepto implicaría propiamente la aceptación de determinados efectos beneficiosos, de carácter incidental, para las instituciones

⁷ Cfr. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1978, p. 823.

⁸ En palabras del Juez Burger en su voto particular en *Aguilar v. Felton* 473 U.S. 402 (1985).

religiosas, derivados de una disposición estatal considerada neutral en su formulación positiva, de general aplicabilidad y carácter no discriminatorio.

Las teorías que podríamos designar como de corte neutralista o acomodacionista, por su parte, en aquellos casos en los que han sido presentadas como una alternativa al rígido separatismo en un intento por preservar un más amplio margen de acción para la *Free Exercise Clause*, han podido ser percibidas en su más matizada formulación como copartícipes del mismo fundamento que inspira la teoría de la neutralidad formal, esto es, como legitimadoras del beneficio incidental para los intereses religiosos proveniente de una disposición estatal neutral, de un claro propósito secular y cuyo ámbito de aplicación viene determinado por el principio de generalidad. No obstante, en otras ocasiones, este tipo de planteamientos neutralistas ha mostrado su más ambicioso alcance, al implicar abiertamente una toma de postura en favor de una más extensa acomodación de los intereses religiosos –incluso si ello supusiera poner en cuestión el sentido eventualmente atribuido a la *Establishment Clause* en sede jurisdiccional-, a la luz de lo que se ha denominado como la *neutralidad sustantiva o benevolente*⁹.

En el plano teórico, cada uno de los distintos Tribunales Supremos estatales, de conformidad con el particular contenido de su respectivo marco constitucional estatal, tendría que haber desarrollado su propia y distintiva doctrina jurisprudencial en materia de aconfesionalidad, tanto más alejada en sus fundamentos de la formulada por la Corte Suprema Federal cuanto más rígido o restrictivo se mostrase el correspondiente Derecho constitucional estatal en materia de relaciones Iglesia-Estado, esto es, cuanto más estricta fuese la adopción en el mismo del principio separatista.

⁹ Sobre el concepto de la neutralidad benevolente *vid.*, entre otros, L. W. HANKS, “Justice Souter: Defining “Substantive Neutrality” in an Age of Religious Politics”, 48 *Stanford Law Review* 1996; I. C. LUPU, “To Control Faction and Protect Liberty: A General Theory of the Religion Clauses”, 7 *Journal of Contemporary Legal Issues* 1996; D. LAYCOCK, “The Underlying Unity of Separation and Neutrality”, 46 *Emory Law Journal* 1997.

Sin embargo, dos datos fundamentales explican la conveniencia de situar el centro de atención en el más alto nivel federal de decisión: en primer lugar, la vigencia de la llamada cláusula de supremacía (*Supremacy Clause*) del art. VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos, que proclama la preeminencia del Derecho constitucional federal (*the supreme law of the land*) sobre el estatal, unida al dato de la incorporación de la *Establishment Clause* de la Constitución federal a los Estados de la Unión, a través de la interpretación otorgada a su decimocuarta enmienda, que tuvo lugar en el precedente de *Everson v. Board of Education*¹⁰. En segundo término, el considerable grado de coincidencia real entre la jurisprudencia federal y estatal en este ámbito, debido a lo que se ha descrito como la falta de un discurso constitucional verdaderamente distintivo por parte de los Tribunales Supremos estatales, que tienden a seguir con bastante fidelidad las líneas marcadas por la Corte Suprema Federal¹¹.

A pesar del carácter virtualmente impredecible de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en materia de aconfesionalidad durante las últimas décadas, una consideración global de la misma, desde una cierta perspectiva de conjunto, muestra un paulatino y en ocasiones dubitativo desarrollo de una nueva línea argumental, que parece aproximarse a un más alto grado de acomodación de los intereses religiosos, en estrecha relación con la preocupación por garantizar una más efectiva protección del ejercicio de la libertad religiosa, todo ello en el contexto de la necesidad de articular soluciones jurídicas que permitan resolver adecuadamente la tensión dialéctica que genera el libre juego de las cláusulas religiosas de la Constitución federal.

En este sentido, superado ya el tiempo en el que el alto e inexpugnable muro de separación constituía el referente común en la interpretación judicial del principio de aconfesionalidad, nos hallamos hoy inmersos en un período presidido por una distinta concepción de las

¹⁰ 330 U.S. 1 (1947); acerca de la denominada *doctrina de la incorporación vid.*, por todos, O. CELADOR, "El proceso de aplicación de la Primera Enmienda Federal a los Estados de la Unión", en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (Ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, 1998.

¹¹ Cfr. J. A. GARDNER, "The Failed Discourse of State Constitutionalism", 90 *Michigan Law Review* 804 (1992).

relaciones Iglesia-Estado en el ordenamiento estadounidense, al que algún autor se ha referido como *el período postseparatista* en el que la idea de la rígida e impermeable separación entre ambas esferas parece estar desvaneciéndose gradualmente¹².

En este contexto dictará el Tribunal Supremo Federal, el 28 de junio de 2000, su sentencia sobre el caso *Mitchell v. Helms*¹³.

El principio de neutralidad se nos presentará aquí formulado con aparente sencillez, descrito en sus caracteres esenciales y en su proyección sobre la cláusula de aconfesionalidad de un modo que contrasta con la compleja conjunción de matices, cautelas e intereses en ocasiones visiblemente contrapuestos que caracterizaron al *Lemon test* en su aplicación más estricta y rigurosa e hicieron del mismo un criterio de medición escasamente predecible.

La neutralidad parece así apartar definitivamente al principio de aconfesionalidad de cualquier concepción que propugne una absoluta incomunicación entre la actividad estatal y los intereses religiosos. Antes al contrario, la interpretación neutralista de las cláusulas religiosas legitimará, bajo determinadas condiciones vinculadas a los principios de generalidad, abstracción y no discriminación en la formulación del programa estatal, el eventual acceso de los sujetos religiosos a la asistencia pública destinada a satisfacer necesidades que afectan a la población general.

Si bien es cierto que este precedente constituye a todas luces un hito de excepcional importancia en el proceso evolutivo experimentado por la doctrina de la Corte Suprema Federal en el transcurso de las últimas décadas, desde que a finales de los años cincuenta hubiera de afrontar por vez primera el problema de la determinación del adecuado significado constitucional del principio de aconfesionalidad, no lo es menos el que la aparente claridad con la que en la decisión recaída en *Helms* se formula el principio de neutralidad, en algunos aspectos es sólo

¹² Cfr. I. C. LUPU, "The Lingering Death of Separationism", 62 *George Washington Law Review* 279 (1993).

¹³ 530 U.S. 793 (2000).

eso, aparente y no exenta de zonas de penumbra, como por otra parte pone en evidencia la propia división interna en el seno del Tribunal así como los matices y diferencias parciales de perspectiva que incluso dentro de la posición mayoritaria se explicitan de modo singular a través del Voto particular concurrente.

De hecho, ciertos interrogantes que afectan a la futura y definitiva consolidación del principio de neutralidad quedan sin una respuesta clara como consecuencia de las importantes reservas que introduce el significado específico del Voto particular concurrente y de su particular aceptación del ámbito propio del principio de neutralidad, mucho más matizada que la que se desprende de la argumentación planteada por el Tribunal en la versión propuesta por los cuatro magistrados que, junto con los firmantes del precitado Voto particular, conforman la mayoría que avala el resultado del fallo judicial.

La ambiciosa concepción del principio de neutralidad que está en la base del precedente *Helms*, con toda la potencialidad que indudablemente encierra, encuentra su propio límite en la posición sostenida por los firmantes del Voto particular concurrente, como consecuencia de su negativa a renunciar a algunas de las condiciones de validez de la norma bajo la cláusula de aconfesionalidad que venían siendo imprescindibles, aun en el marco de la más reciente interpretación neutralista de la misma, como es el caso muy singularmente de la prohibición de ayuda estatal directa a las instituciones religiosas, así como de la que a su vez impide el eventual destino de fondos públicos a la realización de actividades de carácter religioso (*no divertibility rule*).

Del análisis particularizado del caso *Helms* nos ocuparemos más adelante, si bien resulta previamente aconsejable mostrar en sus caracteres esenciales el camino emprendido paulatinamente por la Corte Suprema Federal hacia la adopción del principio de neutralidad como criterio rector en las relaciones Iglesia-Estado, especialmente si se tiene en cuenta que la sentencia *Mitchell v. Helms* se apoya explícitamente en los precedentes que han ido perfilando ese camino y que tan meticulosamente han venido horadando el muro de separación que ahora, particularmente con la decisión recaída en *Helms*, parece ya en cualquier

caso irremediablemente abocado al derribo en su concepción más restrictiva.

2. La *Establishment Clause* y el tránsito desde el estricto separatismo al principio de neutralidad

Con el propósito de describir sumariamente las grandes líneas de lo que podría definirse como el tránsito desde el rígido separatismo hasta la neutralidad benevolente en materia de aconfesionalidad, expondremos a continuación los hitos jurisprudenciales que más decisivamente lo han ido configurando.

Debemos inicialmente referirnos al precedente que, como se ha hecho notar en sede doctrinal, no sólo dió paso a la *era moderna* de la jurisprudencia sobre relaciones Iglesia-Estado¹⁴, sino que puede además considerarse como la resolución clave para comprender adecuadamente los fundamentos sobre los que se sustentan la casi totalidad de los casos decididos judicialmente en torno al principio de aconfesionalidad¹⁵; se trata del antes citado *Everson v. Board of Education*.

En este precedente, la Corte Suprema Federal, aplicando la que se conoce como la *child benefit theory* que, básicamente, descansa sobre la idea de que la ayuda estatal puede ser concebida como directamente destinada al alumno y sólo de manera incidental beneficiosa para la institución religiosa¹⁶, confirmó la constitucionalidad de un programa educativo de New Jersey que implicaba cierto tipo de ayuda estatal de la que se beneficiaban los alumnos asistentes a escuelas religiosas.

En cualquier caso, y ello resulta de capital importancia, la interpretación de la que parte esta sentencia en relación con el principio de aconfesionalidad no es otra que la que abiertamente asume una rígida

¹⁴ Cfr. G. V. BRADLEY, *Church-State Relationships in America*, Westport, Connecticut, 1987, p. 1.

¹⁵ Cfr. J. McCLELLAN, "Hand's Writing on the Wall of Separation: The Significance of *Jaffree* in Future Cases on Religious Establishment", en R. A. GOLDWIN y A. KAUFMAN (Eds.), *How Does the Constitution Protect Religious Freedom?*, Washington D.C., 1987, p. 44.

¹⁶ Esta teoría fue inicialmente formulada por el Tribunal Supremo Federal en el precedente de *Cochran v. Louisiana*, 281 U.S. 370 (1930).

separación Iglesia-Estado, cercana a un casi absoluto aislamiento de ambas esferas: “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”¹⁷.

Por este motivo, la declaración de la constitucionalidad del programa educativo impugnado, a través de la aplicación de la teoría del beneficio individual, no logra ocultar el hecho de que el Tribunal se mostró dispuesto a aceptar la metáfora jeffersoniana del muro de separación, otorgándole además el más restrictivo de sus posibles significados, como parámetro de validez en materia de aconfesionalidad.

A la luz de la posición adoptada aquí por el órgano juzgador, se ha señalado que con el precedente de *Everson* entramos de pleno en la *edad dorada* del estricto separatismo¹⁸, aunque resulta asimismo evidente que hay algo en la propia teoría del beneficio individual que implícitamente tiende a erosionar el fundamento mismo de la doctrina de la separación, en la medida en la que se admite un cierto grado de asistencia estatal de la que se beneficia la institución religiosa, aunque sea de un modo indirecto o incidental¹⁹. Ello explica el que se haya podido calificar a la decisión recaída en *Everson* como un tanto esquizoide, habida cuenta de que la declaración de la validez del programa impugnado viene precedida de la enérgica aceptación de la teoría del muro de separación en su significado más estricto y de la proclamación de la vigencia de una serie de principios de corte separatista que aparentemente apuntan en sentido opuesto al resultado del fallo judicial²⁰.

¹⁷ 330 U.S. 18.

¹⁸ Cfr. E. A. SMITH, *Religious Liberty in the United States. The Development of Church-State Thought Since the Revolutionary Era*, Philadelphia, 1972, p. 299.

¹⁹ Vid. S. GEY, “Rebuilding the Wall: The Case for a Return to the Strict Interpretation of the Establishment Clause”, 81 *Columbia Law Review* p. 1467 (1981).

²⁰ Cfr. R. C. CORTNER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights. The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, Wisconsin, 1981, pp. 119-20.

En este temprano estadio jurisprudencial, junto con la sentencia *Everson*, la teoría separatista será también plenamente asumida con su más restrictivo alcance por la Corte Suprema Federal en el precedente de *Illinois ex rel. McCollum v. Board of Education*²¹.

La norma objeto de impugnación en esta ocasión afectaba a un programa educativo de los denominados programas de doble matriculación (en este caso, del tipo *released time*), que comportaba el desplazamiento de determinados miembros de las confesiones religiosas a las instalaciones de las escuelas públicas, para allí proporcionar educación religiosa a aquellos alumnos cuyos padres así lo hubieran autorizado. Mientras estas enseñanzas estaban teniendo lugar, los restantes alumnos habían de continuar recibiendo su educación secular. La asistencia a una de las dos opciones -enseñanza secular o religiosa- resultaba en cualquier caso obligatoria.

El Tribunal proclamó que el programa educativo carecía de validez bajo la vigencia del principio de aconfesionalidad. Se entendió entonces que lo que en última instancia suponía no era otra cosa que una ilegítima instrumentalización del sistema estatal de enseñanza obligatoria al servicio de los intereses de las confesiones religiosas²².

Para llegar a esta conclusión, el órgano enjuiciante se centró en la idea de la no promoción estatal de la religión como condición de validez de la norma, habida cuenta de que la expresa prohibición de cualquier tipo de asistencia estatal directa a las instituciones religiosas constituía en ese momento el núcleo de la interpretación imperante en materia de aconfesionalidad. En palabras del Juez Frankfurter en su voto particular concurrente, "separation is a requirement to abstain from fusing functions

²¹ 333 U.S. 203 (1948). *Vid.* D. G. LEITCH, "The Myth of Religious Neutrality by Separation in Education", 71 *Virginia Law Review* pp. 130-133 (1985).

²² "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).

of Government and of religious sects, not merely to treat them all equally”²³.

En el precedente de *Zorach v. Clauson*²⁴, el entendimiento rígidamente separatista del principio de aconfesionalidad se verá nuevamente reafirmado con singular firmeza al proclamar la Corte Suprema Federal lo siguiente: “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”²⁵.

Pero no es menos cierto que, en el contexto de una atmósfera política y social dominada por un ampliamente extendido rechazo del *comunismo ateo*, en la cual incluso el mismo Tribunal Supremo Federal había sido severamente criticado al entenderse que su postura separatista en el antes citado precedente de *McCullum* le convertía en un defensor de la ideología comunista²⁶, ciertos matices acomodacionistas fueron deliberadamente introducidos en el pronunciamiento jurisdiccional, lo que condujo a la proclamación de la constitucionalidad de un programa de doble matriculación (también del tipo *released time*), que en esta ocasión implicaba ciertos ajustes del horario lectivo en la escuela pública, realizados al objeto de permitir que los estudiantes de la misma pudiesen acudir a clases o seminarios extracurriculares de formación religiosa fuera de las instalaciones del sistema público²⁷.

²³ 333 U.S. 227.

²⁴ 343 U.S. 306 (1952).

²⁵ 343 U.S. 312.

²⁶ *Vid.* T. VAN GEEL, *The Courts and American Education Law*, Buffalo, New York, 1987, p. 34.

²⁷ “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 *McCullum* 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)

El Tribunal estaba en definitiva tratando de hallar un modo adecuado de resolver la tensión dialéctica que dimana de la interacción entre los aparentemente opuestos significados de las cláusulas religiosas de la Constitución Federal. En su ánimo estaba el permitir el más extenso margen posible para el libre ejercicio de la religión sin llegar con ello a rebasar la línea firmemente trazada por el sentido conferido a la cláusula de aconfesionalidad²⁸. El resultado de este propósito condujo en este caso a lo que se ha descrito como el primer signo de erosión en el muro de separación tan cuidadosamente erigido en *Everson*²⁹.

De hecho, la necesidad de conjugar adecuadamente el significado propio de ambas cláusulas ha sido precisamente la razón por la que la metáfora del muro de separación no ha sido nunca llevada hasta sus últimas potenciales consecuencias³⁰, allí donde la más leve relación entre los campos político y religioso podría ser declarada inconstitucional sobre la base del principio de aconfesionalidad.

En 1971 la Corte Suprema Federal instauró el test de constitucionalidad que habría de ser aplicado en los casos subsiguientes relativos a la cláusula de aconfesionalidad, comúnmente conocido como el *Lemon test*.

En *Lemon v. Kurtzman*³¹, el Juez Burger, al redactar la opinión mayoritaria del Tribunal, sentenció que, en lo sucesivo, el parámetro de medición de la constitucionalidad, en los casos concernientes a la *Establishment Clause*, habría de comprender un esquema tripartito en el que sería objeto de evaluación, por un lado, el imprescindible propósito secular de la norma enjuiciada, por otro, el que el efecto primario o principal de la misma no implicase promoción estatal de la religión o, al contrario, condicionase negativamente el libre ejercicio de la misma y,

²⁸ Cfr. A. M. ADAMS, "Doctrine of Accommodation and the Religious Clauses of the Constitution", en *Religion and the Public Good*, Macon, Georgia, 1988, p. 114.

²⁹ Cfr. P. D. LONG, "Does the Wall Still Stand?: Separation of Church and State in the United States", 37 *Baylor Law Review* p. 758 (1985).

³⁰ Cfr. K. M. COX, "The Lemon Test Soured: The Supreme Court's New Establishment Clause Analysis", 37 *Vanderbilt Law Review* pp. 1177-78 (1984).

³¹ 403 U.S. 602 (1971). El caso fue decidido en una sola sentencia junto con *Robinson v. DiCenso*.

finalmente, la ausencia de un excesivo grado de implicación de los poderes públicos con los intereses religiosos³².

A partir de entonces, la más alta instancia judicial federal no ha abandonado nunca el *Lemon test* como parámetro de constitucionalidad (*standard of review*) en materia de aconfesionalidad. Sin embargo, esta reiterada utilización del mismo procedimiento técnico como pauta de análisis en sede jurisdiccional no se ha revelado suficiente para crear un cuerpo de doctrina jurisprudencial coherente, predecible al menos hasta un cierto grado como cabría esperar.

Desde algunos sectores doctrinales se ha culpado al tercero de los elementos del *Lemon test*, el de la excesiva implicación Estado-religión, por esta falta de consistencia en la jurisprudencia relativa al principio de aconfesionalidad, arguyéndose que aquél está construido teóricamente de un modo tal que tiende indefectiblemente a producir resultados anómalos, habiéndose constatado en este sentido la proclamación de la inconstitucionalidad de determinadas normas con un claro propósito secular y un efecto primario o principal claramente neutral hacia el factor religioso³³.

Según se ha advertido, durante un largo periodo, casi cualquier posible cautela o mecanismo de supervisión estatal, establecidos para garantizar que los fondos públicos se destinaban efectivamente al uso para el que habían sido previstos, terminaba por ser considerado susceptible de producir la indeseada implicación excesiva en los asuntos

³² "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).

³³ *Cfr.* T. C. MARKS y M. BERTOLINI, "Lemon is a Lemon: Toward a Rational Interpretation of the Establishment Clause", 12 *BYU Journal of Public Law* p. 41 (1997); la misma idea se refleja en la argumentación de la magistrada O'Connor en su voto particular disidente en *Aguilar v. Felton*, 473 U.S. 402 (1985) (*Ibid.* pp. 429-430).

religiosos³⁴. La paradoja, en suma, estribaba en el hecho de que, por un lado, cualquier asistencia económica pública a las escuelas religiosas que no estuviese acompañada de los mecanismos que permitiesen constatar que los fondos no se destinarían a sufragar actividades religiosas sería sin duda considerada contraria a la *Establishment Clause*, mientras que, por otro, la instauración precisamente de esos mismos mecanismos de control, si pretendía ser eficaz y acorde al objetivo perseguido, difícilmente lograba evitar el riesgo de la excesiva implicación pública en asuntos religiosos (*excessive entanglement*) y, por ello, resultaba igualmente en una conculcación del principio de aconfesionalidad³⁵.

De este modo, la doctrina del estricto separatismo pudo prevalecer a lo largo de los años sesenta y setenta, básicamente como consecuencia de la interpretación y aplicación restrictiva del *Lemon test* y, especialmente, del tercero de sus elementos. Un principio fundamental será reiteradamente mantenido en este período por parte de la Corte Suprema Federal: la asistencia estatal a las instituciones religiosas está constitucionalmente impedida.

En el transcurso de las dos últimas décadas, el *Lemon test* será, si no sustituido, ya que no ha llegado nunca a ser abandonado como parámetro de constitucionalidad en materia de aconfesionalidad³⁶, sí al menos reinterpretado, en un proceso que conducirá paulatinamente a la que constituye hoy la regla general en este sector del ordenamiento constitucional, esto es, el principio de neutralidad³⁷.

Así pues, en los últimos años, como síntoma del alejamiento de la teoría rígidamente separatista, la más alta instancia judicial de la Unión se ha mostrado reacia a invalidar una determinada norma sobre la base de

³⁴ Cfr. D. J. MORRISSEY, "The Separation of Church and State: An American-Catholic Perspective", 47 *Catholic University Law Review* p. 20 (1997).

³⁵ Cfr. M. SHAPIRO y R. J. TRESOLINI, *American Constitutional Law*, New York, 1983, p. 441.

³⁶ Cfr. P. L. HICKS, "The Wall Crumbles: A Look at the Establishment Clause *Rosenberger v. Rector & Visitors of the University of Virginia*", 98 *West Virginia Law Review* pp. 374-76 (1995).

³⁷ *Vid.*, entre otros, D. SHIVAKUMAR, "Neutrality and the Religion Clauses", 33 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (1998).

la cláusula de aconfesionalidad, a menos que dicha norma implicase claramente una promoción estatal de la religión (*state advancement of religion*), alguna forma de coacción a los sujetos individuales que les indujera a verse involucrados en actividades de naturaleza religiosa³⁸.

Si el programa educativo en cuestión se dirige a un amplio espectro de posibles beneficiarios desde una perspectiva claramente no discriminatoria, es decir, sin consideración alguna a la condición religiosa o no religiosa de los mismos, tanto más probable resultará la superación del test de constitucionalidad relativo a la *Establishment Clause*. El beneficio meramente incidental para la institución religiosa, derivado de una disposición estatal de general aplicabilidad, no discriminatoria y formulada con arreglo al principio de neutralidad, se considera irrelevante desde el punto de vista de la cláusula de aconfesionalidad bajo la vigencia de la denominada *teoría de la neutralidad formal*³⁹.

El Tribunal Supremo Federal ha venido adoptando esta interpretación neutralista de las cláusulas religiosas en los últimos tiempos y, de forma muy notable, en la resolución de conflictos suscitados en la esfera de la enseñanza (asistencia estatal a las escuelas religiosas).

Si hubiéramos de destacar un precedente en el que la adopción del referido criterio de interpretación adquiriera un carácter paradigmático ese

³⁸ Cfr. M. H. BELSKY, "Antidiseestablishmentarianism: the Religion Clauses at the End of the Millennium", 33 *Tulsa Law Journal* pp. 96-97 (1997); sobre el paulatino alejamiento de la doctrina estrictamente separacionista en la interpretación del *Lemon test*, vid., por todos, T. E. YARBROUGH, "Church, State, and the Rehnquist Court: A Brief for Lemon", 38 *Journal of Church and State* (1996).

³⁹ El concepto de la neutralidad formal en oposición a la doctrina del rígido separatismo fue originalmente formulado por el profesor P. B. KURLAND. Una ilustrativa síntesis de su planteamiento puede verse en su obra *Religion and the Law. Of Church and State and the Supreme Court*, Chicago, Illinois, 1962, pp. 17-18; vid. también sobre esta noción, entre otros, M. W. McCONNELL, "Neutrality Under the Religion Clauses", 81 *Northwestern University Law Review* (1986) y J. T. VALAURI, "The Concept of Neutrality in Establishment Clause Doctrine", 48 *University of Pittsburgh Law Review* (1986).

habría de ser, sin duda alguna, el de *Agostini v. Felton*⁴⁰, una sentencia que, en nuestra opinión, puede ser considerada sin dificultad como un verdadero punto de inflexión en la jurisprudencia relativa al principio de aconfesionalidad, a pesar del hecho de que realmente no hace sino recibir y presentar como integrantes de una doctrina coherente todo un cúmulo de argumentos que vienen en apoyo de la teoría de la neutralidad formal y ya habían ido siendo formulados en previas resoluciones⁴¹.

La disposición impugnada en este caso tenía por objeto uno de los denominados programas de doble matriculación, que implicaba la provisión pública de educación suplementaria destinada a alumnos con determinadas carencias matriculados en escuelas privadas, de carácter tanto religioso como secular. A tal efecto, un profesor perteneciente al sistema escolar público se desplazaría a las instalaciones de la escuela privada (*shared time*).

Conviene resaltar en primer término el hecho de que, una vez más, *Agostini* parte del mismo principio básico que resulta central en materia de interpretación de la cláusula de aconfesionalidad y ha permanecido esencialmente invariable en su aplicación jurisdiccional, esto es, la prohibición de asistencia estatal directa a las actividades de carácter religioso (*state advancement of religion*)⁴².

Sin embargo, la perspectiva formal desde la que se afronta el enjuiciamiento del programa educativo impugnado, con la que se trata de determinar si tal asistencia directa efectivamente se ha producido, se aleja notoriamente de la clásica interpretación estricta del *Lemon test* y define con fidelidad la idea de la neutralidad formal que ocupará ahora su lugar: los elementos fácticos a tener en cuenta se centrarán en el dato de que la disposición impugnada esté formulada de un modo neutral o general, sin consideración del eventual carácter religioso de sus posibles beneficiarios

⁴⁰ 117 S.Ct. 1997.

⁴¹ En este sentido, *vid.* especialmente los precedentes de *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); *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995).

⁴² “As we have repeatedly recognized, government inculcation of religious beliefs has the impermissible effect of advancing religion” (117 S.Ct. 2010).

y, al mismo tiempo, no produzca efectos distintos en su aplicación precisamente como consecuencia del carácter religioso o no de los mismos⁴³.

De este modo, el clásico esquema tripartito instaurado en *Lemon* quedaba ahora reformulado en detrimento del tercero de sus criterios de valoración, el criterio del excesivo grado de implicación pública en los asuntos religiosos que, si bien no desaparece del test de constitucionalidad, lo cierto es que ya no resulta en absoluto determinante de la validez de la norma enjuiciada y queda relegado a un plano secundario, concebido simplemente como uno más de los aspectos a tomar en consideración desde el punto de vista de la valoración judicial del criterio del efecto primario o principal de aquella.

La necesidad de hallar una forma más satisfactoria de conciliar el significado constitucional de ambas cláusulas religiosas al objeto de garantizar una más efectiva tutela de la libertad y el pluralismo religiosos o, dicho de otro modo, con el propósito de crear una zona de *permisible acomodación* de los intereses religiosos tal y como parecía requerir la cláusula de libertad religiosa⁴⁴, ocasionalmente ha movido a los Tribunales a dar un paso más en su interpretación del principio de neutralidad, dejando atrás no ya el criterio del estricto separatismo sino la noción misma de la neutralidad formal, y aplicando la que se conoce como la *teoría de la neutralidad benevolente* en materia de aconfesionalidad⁴⁵.

A la vista en suma de las motivaciones que han propiciado el cambio de rumbo jurisprudencial descrito aquí en sus caracteres

⁴³ "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" (117 S.Ct. 2001).

⁴⁴ Cfr. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1978, 823.

⁴⁵ *Vid.*, entre otros, R. S. VACCA, H. C. HUDGINS y L. M. MILLHOUSE, "Accommodation of Religion Without Establishment of Religion", 115 *West's Education Law Reporter* (1997); I. C. LUPU, "To Control Faction and Protect Liberty: A General Theory of the Religion Clauses", 7 *Journal of Contemporary Legal Issues* (1996).

esenciales, resulta sin duda explicable que en sede doctrinal se haya podido afirmar, con un cierto laconismo, que el Tribunal Supremo Federal en *Agostini*, al entender que la inaplicabilidad del programa educativo impugnado a las escuelas religiosas por su condición de tales implicaría una coacción indirecta a los padres para no enviar a sus hijos a este tipo de centros y, por tanto, supondría una violación de la *Free Exercise Clause*, tal vez haya empezado a tomar en la debida consideración el modo en el que se relacionan entre sí ambas cláusulas religiosas⁴⁶.

Porque en efecto, como también se ha señalado, el carácter virtualmente impredecible y escasamente coherente de la doctrina jurisprudencial en materia de aconfesionalidad procede, muy singularmente, de la falta de una adecuada comprensión conjunta de ambas cláusulas que permita hacer compatibles sus respectivos significados y, como consecuencia de ello, de un cierto repliegue del ámbito de protección de la *Free Exercise Clause* frente a la más estricta concepción, rígidamente separatista, del principio de aconfesionalidad⁴⁷. Desde una perspectiva análoga, se ha hecho notar asimismo que la interpretación independiente de cada una de las dos cláusulas, cuya existencia misma como tales cláusulas diferenciadas se considera incluso como un verdadero error histórico, y la tendencia expansiva de la cláusula de aconfesionalidad que, de hecho, supuso una inversión de los términos en que se formula la primera enmienda de la Constitución federal, dificultaron notablemente el desarrollo de una doctrina jurisprudencial más atenta al eficaz ejercicio de la libertad religiosa, precisamente y de modo paradójico en el período histórico de la que se conoce como la Revolución de los derechos civiles⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. J. S. SIMONS, "Changed Assumptions: Disentangling Title I Remedial Education at Parochial Schools", 49 *Florida Law Review* p. 660 (1997).

⁴⁷ Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "Separatismo y cooperación en la experiencia jurídica norteamericana", *l.c.*, pp. 116-17.

⁴⁸ Cfr. R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho norteamericano*, Madrid, 1994, pp. 38-40; de hecho, con frecuencia se ha puesto en entredicho el fundamento histórico de la doctrina del rígido e impermeable separatismo en su versión más estricta, por considerar que el uso inflexible que se ha hecho posteriormente de la metáfora del muro de separación no se

Todo ello hace pensar que la paulatina sustitución de la doctrina rígidamente separatista y, con ella, de la metáfora del muro de separación en su significado más extremo, por una más atemperada concepción del principio de neutralidad como la que se viene abriendo camino en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal constituye, cuando menos, en la medida en la que “la separación Estado-Iglesia parece a la vista de los constituyentes americanos una condición necesaria para el pleno disfrute y ejercicio de la libertad religiosa”⁴⁹, una opción más razonable en un régimen de libertades.

Frente a la consideración autónoma de ambas cláusulas y a la percepción de que pueden llegar a tener significados contrapuestos, percepción que ocasionalmente ha conducido a la idea de que la separación Iglesia-Estado constituye un fin en sí mismo, resulta a nuestro juicio más adecuado entender que la separación es un presupuesto al servicio del reconocimiento de la libertad en plano de igualdad, lo que se corresponde más bien con la concepción de ambas cláusulas religiosas como dos componentes integrantes de una genérica garantía constitucional de la libertad religiosa (*two components of the freedom of religion guarantee*)⁵⁰.

3. La consolidación jurisprudencial del principio de neutralidad: la sentencia *Mitchell v. Helms*

3.1. Presupuestos de la técnica legislativa en materia de aconfesionalidad: neutralidad y generalidad como condiciones de validez de la norma

En el precedente *Mitchell v. Helms*, el Tribunal Supremo Federal hubo de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una serie de disposiciones integrantes de una ley federal (*Education Consolidation and Improvement Act* de 1981) que, en esencia, implicaban la provisión de fondos federales destinados a las administraciones educativas locales

corresponde con el verdadero significado que Jefferson y Madison pretendieron otorgarle. *Vid.* al respecto J. R. POLO, *La libertad de enseñanza...*, o.c., pp. 194-95.

⁴⁹ J. A. SOUTO, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Madrid, 1999, p. 149.

⁵⁰ *Cfr.* J. A. BARRON y C. T. DIENES, *Constitutional Law*, St. Paul, Minnesota, 1995, p. 432.

para que estas, a su vez, aplicasen dichos fondos a la compra de materiales y equipamiento educativos que habrían de ser puestos a disposición de las escuelas de enseñanza elemental y secundaria, tanto públicas como privadas, en proporción al número de alumnos matriculados en cada una de ellas, y empleados en la impartición de enseñanzas ideológicamente neutrales (*secular, neutral, and nonideological programs*).

Además del carácter ideológicamente aséptico de las actividades educativas en cuyo beneficio resultaría el empleo de los fondos, conviene hacer notar la existencia de algunas otras cautelas que establece la norma impugnada en relación a las escuelas privadas, como es el caso de la expresa prohibición de que estas adquieran la titularidad de los materiales educativos en cuestión, ya que el sistema creado por la ley consiste en la adquisición por parte de las administraciones educativas locales de los materiales solicitados por cada una de las escuelas participantes en el programa educativo para, a continuación, prestar esos materiales a la escuela privada cediendo exclusivamente el uso y disfrute de los mismos.

La validez de estas disposiciones, como era previsible, fue impugnada ante los tribunales sobre la base de su presunta incompatibilidad con el significado constitucional de la *Establishment Clause*, en la medida en la que las escuelas privadas de carácter religioso resultaban beneficiarias de la ayuda federal y, de hecho, en la práctica, constituían en su conjunto el principal beneficiario del programa educativo en su aplicación a las escuelas de titularidad privada.

El Tribunal, sin embargo, proclamó la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, su plena compatibilidad con la vigencia de la cláusula de aconfesionalidad, y lo hizo recurriendo a la interpretación neutralista de dicha cláusula que ha venido caracterizando la más reciente etapa de su doctrina jurisprudencial; así pues, la consagración del principio de neutralidad en este ámbito se presenta en el caso *Helms* como la consecuencia natural de un proceso evolutivo en la doctrina de la Corte Suprema Federal y, por lo tanto, se apoya decisivamente de un modo explícito en los precedentes que han ido configurando dicho

proceso, entre los que adquiere un especial relieve la sentencia recaída en *Agostini v. Felton*⁵¹.

Desde esta perspectiva de análisis, el tercero de los elementos del *Lemon test* pierde su efecto invalidante en el proceso de valoración de la constitucionalidad de la norma impugnada y queda relegado a un plano secundario, concebido ahora como uno más de los aspectos a tomar en consideración desde el punto de vista del efecto producido por la disposición estatal. La excesiva implicación pública en los asuntos religiosos se aparta así del núcleo del control de constitucionalidad que, como ya aconteciera en *Agostini*, centra su foco de atención en la determinación del propósito secular y efecto neutral de la norma enjuiciada.

Se trata por lo tanto esencialmente de averiguar si el programa educativo, ya sea como consecuencia del propósito a que se orienta o bien a resultas del efecto que produce su aplicación, redunde en un fomento estatal de las actividades o intereses religiosos. En el ámbito de la asistencia estatal a las escuelas religiosas al que se circunscribe la sentencia, este tipo de promoción pública de la religión se identifica con la idea del adoctrinamiento estatal, que es precisamente el que se trata de evitar:

*As we indicated in Agostini, and have indicated elsewhere, the question whether governmental aid to religious schools results in governmental indoctrination is ultimately a question whether any religious indoctrination that occurs in those schools could reasonably be attributed to governmental action. [...] We have also indicated that the answer to the question of indoctrination will resolve the question whether a program of educational aid "subsidizes" religion, as our religion cases use that term*⁵².

Es entonces cuando se recurre al principio de neutralidad como parámetro de medición tanto del objetivo como del efecto principal de una norma. Este principio permitirá trazar una clara línea divisoria entre

⁵¹ 117 S.Ct. 1997.

⁵² 530 U.S. 809.

aquellos supuestos en los que el adoctrinamiento religioso puede ser imputado directamente a los poderes públicos, y aquellos otros en los que dicho adoctrinamiento tiene lugar al margen de cualquier objetivo o efecto deliberadamente buscado por la norma en atención al carácter religioso de sus posibles destinatarios:

In distinguishing between indoctrination that is attributable to the State and indoctrination that is not, we have consistently turned to the principle of neutrality, upholding aid that is offered to a broad range of groups or persons without regard to their religion. If the religious, irreligious, and areligious are all alike eligible for governmental aid, no one would conclude that any indoctrination that any particular recipient conducts has been done at the behest of the government⁵³.

La clave para determinar la constitucionalidad de la norma se cifra en el dato de que el adoctrinamiento religioso que realiza el sujeto beneficiario de la asistencia estatal pueda o no ser imputable, aun de forma mediata, a los poderes públicos (*state action* o *state decisionmaking*).

Dicho de otro modo, se trata de dilucidar si el adoctrinamiento religioso es simplemente el efecto incidental de una norma general que no hace distinciones entre sus posibles beneficiarios por razón de su eventual condición religiosa o si, por el contrario, aquel constituye un objetivo o efecto singularmente buscado por la norma de un modo particular, en atención precisamente a la naturaleza religiosa del sujeto destinatario. Por consiguiente, bajo la vigencia de la cláusula de aconfesionalidad, el principio de generalidad y abstracción que debe presidir la configuración normativa de la medida de asistencia estatal de que se trate se erige en condición de validez de la misma y, asimismo, aparece ligado al concepto mismo de la neutralidad estatal en materia religiosa que es hoy consustancial al significado constitucional de aquella cláusula:

If the government is offering assistance to recipients who provide, so to speak, a broad range of indoctrination, the government itself is not

⁵³ 530 U.S. 809.

*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*⁵⁴.

De esta forma, además, el principio de neutralidad permite obviar sin dificultad la objeción que suponía la prohibición de que la asistencia estatal derivase hacia un uso religioso (*no divertibility rule*), objeción que otrora formara parte del test de constitucionalidad en la materia y que hizo necesario entonces establecer sutiles y, con frecuencia, discutidas distinciones respecto del contenido de la educación impartida en las escuelas religiosas, tratando con ello de legitimar cuando menos aquella ayuda estatal que redundase en un desarrollo de las facetas educativas no religiosas de dichas escuelas.

El Tribunal en *Helms*, a la luz del principio de neutralidad, renuncia a hacer de esa prohibición un requisito de constitucionalidad en esta sede y reafirma la validez de la eventual aplicación de fondos públicos a las actividades religiosas, derivada de una norma de alcance general y no discriminatorio y, por lo tanto, no imputable a los poderes públicos:

*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*⁵⁵.

En consecuencia, la clave en este aspecto para determinar la constitucionalidad de la norma estriba en la peculiar naturaleza de la concreta asistencia estatal, que no podrá tener *ex lege* un contenido religioso que la convertiría en sólo apta para beneficiar a las escuelas

⁵⁴ 530 U.S. 809-10.

⁵⁵ 530 U.S. 820.

religiosas, como por otra parte se corresponde con la idea misma de la determinación neutral y no discriminatoria del ámbito de receptores de la ayuda pública:

*The issue is not divertibility of aid but rather whether the aid itself has an impermissible content. Where the aid would be suitable for use in a public school, it is also suitable for use in any private school*⁵⁶.

3.2. La mutua implicación entre el principio de neutralidad y la libertad de educación (*school choice*)

La interpretación neutralista del principio de aconfesionalidad permite eludir el obstáculo que tradicionalmente representaba para la medida de asistencia estatal una determinada forma de concebir la noción de la promoción pública de los intereses religiosos. Sobre la base del carácter neutral del programa de asistencia estatal que se define en función del principio de generalidad y se hace accesible a un amplio espectro de posibles beneficiarios, sin consideración alguna de su carácter religioso o secular, se admite la validez de una eventual financiación pública de actividades religiosas siempre que tal financiación pueda ser entendida como el resultado de la libre elección por parte del sujeto individual del tipo de escuela, pública o privada, religiosa o no, a la que desea enviar a sus hijos:

*As a way of assuring neutrality, we have repeatedly considered whether any governmental aid that goes to a religious institution does so “only as a result of the genuinely independent and private choices of individuals.” [...] We have viewed as significant whether the “private choices of individual parents,” as opposed to the “unmediated” will of government [...] determine what schools ultimately benefit from the governmental aid, and how much*⁵⁷.

En este caso, el beneficio obtenido por la institución religiosa a la que se destinan los fondos públicos no se percibe como un beneficio directa y específicamente pretendido por la Administración. Esta se limita a financiar una actividad de interés general y carácter claramente

⁵⁶ 530 U.S. 822.

⁵⁷ 530 U.S. 810.

secular⁵⁸ (la educación en el ordenamiento estadounidense es inequívocamente concebida como una función estatal⁵⁹) y son los ciudadanos los que, en ejercicio de su libertad de educación y en el contexto de un régimen de libertad de enseñanza, deciden qué parte de esos fondos se destinará a las escuelas religiosas:

*For if numerous private choices, rather than the single choice of a government, determine the distribution of aid pursuant to neutral eligibility criteria, then a government cannot, or at least cannot easily, grant special favors that might lead to a religious establishment*⁶⁰.

El Tribunal subraya en consecuencia la mutua implicación entre el principio de neutralidad y la libertad de educación en materia de aconfesionalidad, y lo hace además con apoyo explícito en algunos de los precedentes que con mayor notoriedad han venido despejando el camino hacia la concepción neutralista de la *Establishment clause*.

Así por ejemplo, en el precedente *Zobrest*⁶¹, en el que se juzgó la validez de un programa de asistencia pública que, sin hacer distinciones por razón de la naturaleza del centro educativo, implicaba la puesta a disposición de los alumnos con discapacidad auditiva de un intérprete del lenguaje de signos, resultó a la postre determinante el hecho de que, cuando ello aconteciera en el seno de una escuela privada religiosa e incluso cuando en ella el intérprete desarrollara su labor en materias académicas del signo ideológico propio de la naturaleza del centro (clases de doctrina religiosa), en todo caso la financiación pública de esa actividad tenía su origen en la libre decisión de los particulares y no era por tanto imputable a los poderes públicos, habida cuenta de que la formulación neutral y general del programa cuestionado no implicaba coacción o incentivo económico alguno ni a favor ni en perjuicio de la opción paterna por la escuela religiosa.

⁵⁸ “The religious nature of a recipient should not matter to the constitutional analysis, so long as the recipient adequately furthers the government’s secular purpose” (530 U.S. 827).

⁵⁹ Vid. J. R. POLO, *La libertad de enseñanza...*, o.c., pp. 11-15.

⁶⁰ 530 U.S. 810.

⁶¹ *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993).

De un modo similar, en el caso *Mueller*⁶², se decretó la constitucionalidad de un programa de exenciones fiscales aplicables a la actividad escolar, que afectaba tanto a las escuelas públicas como a las privadas, precisamente porque se interpretó que, como quiera que la norma se basaba en el principio de generalidad y proporcionaba asistencia a un amplio espectro de posibles beneficiarios sin atención al carácter religioso o no de los mismos, esto es, de un modo neutral, en los supuestos en los que una escuela religiosa se beneficiase de las exenciones fiscales lo haría como consecuencia de las decisiones individuales de los padres, adoptadas en ejercicio de la libertad de educación de sus hijos.

Tal vez sea el razonamiento empleado por el Tribunal en *Witters*⁶³, otro de los precedentes a los que en este aspecto se remite *Helms*, el que mejor o de un modo más sintético resume la idea de la mutua implicación entre el principio de neutralidad y la libertad de educación:

*Any aid [...] that ultimately flows to religious institutions does so only as a result of the genuinely independent and private choices of aid recipients. Washington's program is made available generally without regard to the sectarian-nonsectarian, or public-nonpublic nature of the institution benefited and [...] creates no financial incentive for students to undertake sectarian education [...] The fact that aid goes to individuals means that the decision to support religious education is made by the individual, not by the State*⁶⁴.

Desde esta perspectiva, puede apreciarse sin dificultad la íntima relación que existe entre el efectivo ejercicio de las libertades públicas en la esfera educativa -ya se trate del derecho a optar por uno u otro modelo educativo (libertad de educación) o del derecho a fundar centros educativos ideológicamente orientados (libertad de enseñanza)- y la interpretación neutralista del principio de aconfesionalidad.

⁶² *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983).

⁶³ *Witters v. Washington Department of Services for the Blind*, 474 U.S. 481 (1986).

⁶⁴ 530 U.S. 811-12.

Por un lado, es obvio que esta última se fundamenta en la adopción del principio de generalidad y en la consiguiente posibilidad de situar la causa inmediata del beneficio para la institución religiosa fuera del ámbito de decisión estatal; el presupuesto de la falta de imputabilidad a los poderes públicos del efecto producido por la norma, como condición de su validez, lo que se conoce como la *state action doctrine*, constituye a su vez por sí mismo, como se ha advertido agudamente en sede doctrinal, un requisito imprescindible para la garantía del ejercicio eficaz de los derechos, puesto que sin la existencia de una esfera privada de actuación en la que las decisiones individuales puedan ser imputadas a los sujetos particulares como manifestaciones de su libertad, al margen de los poderes públicos, el concepto mismo de los derechos individuales perdería su significado⁶⁵.

Por otra parte, la forma en la que se define ahora el control de constitucionalidad en esta materia, bajo la regla de la neutralidad, incide singularmente en la invalidez de aquella norma que pueda suponer un incentivo para optar por la escuela religiosa (*financial incentive to undertake religious indoctrination*) por no estar confeccionada con arreglo al principio de generalidad y dirigida a un amplio espectro de posibles beneficiarios, sin consideración de su naturaleza religiosa o no y sin distinción en cuanto a sus efectos en función de esa naturaleza. En esta perspectiva de enjuiciamiento puede también detectarse la presencia de una función mediata de garantía respecto de la libertad de educación del sujeto individual, ya que sólo una norma de carácter neutral y no discriminatorio en el sentido apuntado permitirá suponer que la decisión de optar por uno u otro modelo educativo se ha realizado de modo verdaderamente libre e incondicionado.

El Tribunal en *Helms*, remitiéndose de nuevo a la doctrina sentada en casos precedentes, se refiere a la regla de la formulación neutral y no discriminatoria del programa estatal como pauta para determinar si se ha producido o no el mencionado incentivo económico, en los siguientes términos:

⁶⁵ L. M. SEIDMAN y M. V. TUSHNET, *Remnants of Belief. Contemporary Constitutional Issues*, New York, 1996, p. 51.

*The cases on which Agostini relied for this rule, and Agostini itself, make clear the close relationship between this rule, incentives, and private choice. For to say that a program does not create an incentive to choose religious schools is to say that the private choice is truly "independent"*⁶⁶.

3.3. Hacia un nuevo significado para la *Establishment Clause*: la validez de la asistencia estatal directa a las instituciones religiosas bajo el principio de neutralidad

Como teníamos ocasión de señalar al describir sintéticamente el proceso histórico que conduce desde el estricto separatismo hasta el principio de neutralidad, la adopción inicial de la metáfora del muro se separación trajo consigo la instauración de un principio que durante largo tiempo pudo presidir el sistema de relaciones Iglesia-Estado y con el que, invariablemente, se hubo de contar en sede jurisdiccional como referente inexcusable en materia de aconfesionalidad, esto es, el principio de la prohibición constitucional de la asistencia estatal directa a las instituciones religiosas.

Aun así, la metáfora del muro de separación no fue nunca llevada hasta sus últimas consecuencias, no se tradujo en una absoluta incomunicación entre los poderes públicos y la esfera propia de los intereses religiosos, precisamente como consecuencia en gran medida de la distinción conceptual entre la asistencia estatal directa y la indirecta o incidental, y la subsiguiente aceptación de esta última como efecto colateral de una norma cuyo principal beneficiario era el sujeto individual (*child benefit theory*).

Por lo tanto, desde una cierta perspectiva, puede afirmarse que el germen de la más reciente formulación del principio de neutralidad estaba ya presente en los períodos más fecundos de la teoría separatista. Ya entonces, la doctrina del beneficio directa y primordialmente individual y sólo incidentalmente institucional legitimaba, bajo determinadas condiciones, el destino de fondos públicos a las escuelas religiosas. En aquellos casos la validez de los programas de asistencia estatal tomaba también como referencia al sujeto individual a quien

⁶⁶ 530 U.S. 814.

directamente destinaba el Estado su ayuda, evitando así el principal obstáculo de la prohibición constitucional de fomento o promoción pública de la religión: en términos llanos, no se promocionaba a la escuela religiosa sino que se promocionaba al ciudadano en el desarrollo de su educación.

Con todo, la prohibición de asistencia estatal directa a las instituciones religiosas seguía siendo la regla en esta materia y el recurso a la teoría del beneficio individual no hacía sino confirmar su vigencia.

Sin embargo, en un salto cualitativo cuya importancia resulta a nuestro juicio difícilmente sobrestimable, esa prohibición será ahora visiblemente superada a través del papel que conjuntamente desempeñan los dos elementos centrales de la teoría de la neutralidad estatal, es decir, el principio de generalidad y no discriminación en la definición de los destinatarios de la norma, de un lado, y el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de educación, de otro.

Un programa de asistencia pública directa en beneficio de los centros educativos, en el que son estos centros y no el sujeto individual los destinatarios inmediatos de la norma, será considerado plenamente válido y compatible con el principio de aconfesionalidad si la asistencia estatal se ofrece por igual a cualquier tipo de escuelas, públicas o privadas, religiosas o no, y su distribución específica entre los distintos centros educativos participantes en el programa se hace depender de la libre decisión de los ciudadanos:

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*⁶⁷.

Esa referencia al carácter, literal o figurado, de la intervención del ciudadano significa que la incidencia legitimadora del ejercicio de la libertad de educación podrá teóricamente encauzarse a través de alguno de los mecanismos que implican la entrega de una cantidad de dinero al sujeto individual que éste habrá de destinar a la escuela de su elección, como es el caso del llamado bono escolar (*school voucher* o *tuition voucher*), o bien podrá verificarse de una forma más simbólica pero no menos consecuente con la libertad de educación individual, haciendo depender el porcentaje de la ayuda destinado a cada escuela participante en el programa del efectivo número de alumnos matriculados en la misma.

Si desde una perspectiva general puede afirmarse que la desaparición de la prohibición de asistencia pública directa a las instituciones religiosas, si llegara a consolidarse en la doctrina de la Corte Suprema Federal, estaría sin duda llamada a tener profundas implicaciones de muy diverso orden en el sistema constitucional norteamericano, es obvio además que, particularmente, la decisión recaída en *Helms*, especialmente esclarecedora en lo que atañe al ámbito propio de ejercicio de la libertad de educación, genera notables expectativas para una más extensa implantación de la figura del bono escolar en sus diversas modalidades⁶⁸.

No obstante, resulta difícil obviar el hecho de que, tras el precedente de *Helms*, ni el concepto de la validez de la asistencia estatal directa a las instituciones religiosas presenta una clara proyección en la jurisprudencia venidera, ni el camino hacia la constitucionalidad del procedimiento de financiación que constituye la figura del bono escolar ha quedado definitiva e incondicionalmente expedito.

⁶⁷ 530 U.S. 815-16.

⁶⁸ *Vid.* al respecto J. F. MEAD y J. K. UNDERWOOD, "Lemon Distilled with Four Votes for Vouchers: An Examination of Mitchell v. Helms and its Implications", 149 *West's Education Law Reporter* pp. 652-58 (2001); T. NEAL, "Mitchell v. Helms: Giving the Cleveland School Voucher Program a Fighting Chance", 29 *Pepperdine Law Review* (2002).

Antes bien, lo cierto es que los importantes matices y las cautelas que introducen los dos firmantes del Voto particular concurrente inducen a pensar que la validez de la asistencia estatal directa, tal y como se concibe en *Helms*, tiene escasas posibilidades de llegar a convertirse en la doctrina defendida por una mayoría de jueces de la Corte Suprema Federal, al menos con la actual configuración interna del Tribunal; de hecho, en última instancia, la naturaleza concurrente y no discrepante del Voto particular se deriva de una coincidencia acerca del resultado del litigio, esto es, acerca de la validez del programa impugnado, pero a ese resultado se llega, como se verá, por caminos radicalmente distintos que, en el caso del Voto particular, cuestionan abiertamente los mismos fundamentos del razonamiento empleado en la sentencia.

Tampoco la validez de un programa de bono escolar queda en absoluto garantizada sean cuales fueren sus particulares características sino que, a la luz de los matices que se introducen en el Voto particular concurrente, aquella dependerá en buena medida de la concreta conformación legal del programa de que se trate⁶⁹. De hecho, tras haber logrado evitar durante largo tiempo un pronunciamiento que directamente abordase el tema de la constitucionalidad de los programas de bono escolar, el Tribunal Supremo Federal, en una reciente sentencia⁷⁰, ha puesto en relación la validez de un programa educativo de estas características con la existencia en el mismo de las cautelas que tradicionalmente han acompañado al principio de neutralidad, confirmando así la plena vigencia tanto de la prohibición de asistencia estatal directa a las instituciones religiosas como de la regla de la no promoción pública de la religión⁷¹.

⁶⁹ *Vid.* al respecto S. K. GREEN, "The Constitutionality of Vouchers After Mitchell v. Helms", 57 *New York University Annual Survey of American Law* (2000).

⁷⁰ *Zelman v. Simmons Harris*, 536 U.S. (2002). El caso fue decidido el 27 de junio de 2002.

⁷¹ *Vid.* al respecto O. CELADOR, "¿Las primeras grietas en el muro de separación estadounidense? (Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal en el bienio 2000-2002, y las primeras consecuencias de los atentados del 11 de septiembre en el moelo constitucional)", en *Laicidad y Libertades*, 2 (2002), pp. 620 ss.

En cualquier caso y al margen de las salvedades apuntadas, desde los sectores doctrinales más alejados del rígido separatismo se ha subrayado que el mérito de *Mitchell v. Helms* en la realización del control de constitucionalidad en torno a la *Establishment Clause* reside, muy singularmente, en haber sido capaz de centrar decididamente el foco de atención en el principio de neutralidad y evitar que este se viera enturbiado por la presencia residual de disquisiciones y conceptos propios del período separatista, procedentes de la más estricta concepción del clásico *Lemon test*, que ahora se demuestran irrelevantes, como es el caso de la distinción entre la asistencia directa e indirecta o las cautelas establecidas para impedir un eventual uso religioso de los fondos públicos⁷².

Frente al carácter virtualmente impredecible de la tradicional doctrina jurisprudencial establecida en torno al principio de aconfesionalidad, una doctrina lastrada por el peso simbólico de la metáfora del muro de separación que durante décadas se percibió como un fin en sí mismo, así como frente a la firme oposición de los sectores doctrinales más rígidamente separatistas o, como con frecuencia son designados, más jeffersonianos y tenazmente defensores de la versión clásica del *Lemon test*⁷³, el precedente *Helms*, en la medida al menos en la que supone un paso de especial relieve en el proceso de consolidación del principio de neutralidad, ofrece un criterio de interpretación no sólo desprovisto en buena medida de la complejidad inherente al más temprano *Lemon test* sino también, lo que es más importante, expresivo de una concepción del sistema de relaciones Iglesia-Estado en la que el principio de aconfesionalidad parece recuperar su verdadera función en los albores del contitucionalismo norteamericano, esto es, la de un

⁷² Cfr. C. D. THIELO, "Mitchell v. Helms: The Eradication of the No-Aid Principle for Students Attending Parochial Schools", 22 *Journal of Juvenile Law* p. 194 (2001-2002).

⁷³ Un buen ejemplo de tenacidad en este sentido lo constituye el trabajo de P. A. SWIFT, "Mitchell v. Helms: Does Government Aid to Religious Schools Violate the First Amendment? An Extensive Analysis of the Decision and its Repercussions", 41 *Catholic Lawyer* (2001) en el que, sorprendentemente, el análisis de la sentencia que nos ocupa se realiza sobre la base de la versión más tradicional del *Lemon test*, haciendo caso omiso de la revisión de que esta ha venido siendo objeto en los últimos tiempos y, especialmente, de las consecuencias que se derivan de *Agostini*.

presupuesto jurídico para el reconocimiento de la libertad individual en plano de igualdad.

La decisión recaída en *Helms*, en suma, constituye un decisivo referente jurisprudencial en el proceso de afianzamiento de la interpretación neutralista de las cláusulas religiosas de la primera enmienda de la Constitución federal, aun cuando aquella esté parcialmente apoyada en una concepción extraordinariamente ambiciosa del principio de neutralidad como la que sostienen los cuatro magistrados que integran el sector mayoritario del Tribunal, una concepción que como se ha puesto de relieve no resulta por sí misma vinculante para los restantes tribunales del ámbito jurisdiccional federal que, de hecho, por lo común, parecen haber optado tras el caso *Helms* por el criterio más matizado que se adopta en el Voto particular concurrente⁷⁴.

3.4. El Voto particular concurrente y sus consecuencias: los límites de la interpretación neutralista

La opinión mayoritaria del Tribunal que proclama la constitucionalidad de la disposición impugnada se conforma gracias a la concurrencia en el fallo de los magistrados O'Connor y Breyer, una concurrencia que lo es respecto del resultado del pronunciamiento judicial, al considerar asimismo a aquella disposición como constitucionalmente válida, pero que se desmarca ostensiblemente de la perspectiva de análisis adoptada por los restantes cuatro magistrados integrantes de la mayoría.

Los suscriptores del Voto particular, redactado en este caso por la magistrada O'Connor, de entrada, cuestionan el criterio de interpretación de la *Establishment Clause* que se abre camino en la sentencia, basado en la preeminencia casi absoluta del principio de neutralidad supeditado a su vez a la formulación abstracta y no discriminatoria de la norma impugnada, un criterio expansivo al que consideran como de una

⁷⁴ Cfr. A. M. BRABENDER, "Constitutional Law-Establishment Clause-The Movement Towards Neutrality as the Single Criteria for Determining the Constitutionality of School Aid Under the Establishment Clause. *Mitchell v. Helms*, 120 S.Ct. 2530 (2000)", 77 *North Dakota Law Review* p. 121 (2001).

amplitud sin precedentes en este ámbito y al que se refieren, en acertada y muy ilustrativa síntesis, del modo que sigue:

*The plurality announces a rule of unprecedented breadth for the evaluation of Establishment Clause challenges to government school aid programs. Reduced to its essentials, the plurality's rule states that government aid to religious schools does not have the effect of advancing religion so long as the aid is offered on a neutral basis and the aid is secular in content. The plurality also rejects the distinction between direct and indirect aid, and holds that the actual diversion of secular aid by a religious school to the advancement of its religious mission is permissible*⁷⁵.

La magistrada O'Connor, coincidiendo en ello con el planteamiento que por su parte se realiza en el único Voto particular discrepante⁷⁶, pone en tela de juicio la posición que se pretende otorgar al principio de neutralidad en materia de aconfesionalidad, una posición de carácter casi absoluto y susceptible de determinar por sí misma la validez de una norma, al margen de los límites que incluso la más reciente interpretación neutralista del principio de aconfesionalidad llevaba aparejados:

Although the expansive scope of the plurality's rule is troubling, two specific aspects of the opinion compel me to write separately. First,

⁷⁵ 530 U.S. 837.

⁷⁶ En palabras del Juez Souter, redactor del Voto discrepante al que se adhieren otros dos magistrados: "as a break with consistent doctrine the plurality's new criterion is unequalled in the history of Establishment Clause interpretation. Simple on its face, it appears to take evenhandedness neutrality and in practical terms promote it to a single and sufficient test for the establishment constitutionality of school aid" (530 U.S. 900); un análisis especialmente crítico de la sentencia, que asimismo parte de la idea de que en ella se hace injustificadamente tabla rasa del pasado en lo que afecta a los parámetros tradicionalmente empleados en materia de aconfesionalidad, incluso bajo el reciente avance del principio de neutralidad, y en el que se incide muy singularmente en lo que ello conlleva respecto de la pérdida de autonomía interna por parte de las instituciones religiosas beneficiarias de los programas de asistencia, puede verse en D. H. DAVIS, "The U.S. Supreme Court as Moral Physician: *Mitchell v. Helms* and the Constitutional Revolution to Reduce Restrictions on Governmental Aid to Religion" 43 *Journal of Church and State* (2001).

*the plurality's treatment of neutrality comes close to assigning that factor singular importance in the future adjudication of Establishment Clause challenges to government school aid programs. Second, the plurality's approval of actual diversion of government aid to religious indoctrination is in tension with our precedents*⁷⁷.

Así en efecto, apoyándose expresamente en algunos de los precedentes que han dado forma al proceso de consolidación del principio de neutralidad, como es el caso de *Agostini*, la redactora del Voto incide en la insuficiencia de la formulación neutral y no discriminatoria de la norma como único parámetro de interpretación en la materia:

*We have never held that a government-aid program passes constitutional muster solely because of the neutral criteria it employs as a basis for distributing aid. [...] As I have previously explained –se añade más adelante-, neutrality is important, but it is by no means the only “axiom in the history and precedent of the Establishment Clause”*⁷⁸.

Paralelamente, el rechazo de la suficiencia del principio de neutralidad para la determinación de la validez de la norma conlleva la negativa a aceptar el criterio que se anuncia en *Helms* relativo al fin de la prohibición de destinar fondos públicos a la realización de actividades religiosas (*no divertibility rule*):

*I also disagree with the plurality's conclusion that actual diversion of government aid to religious indoctrination is consistent with the Establishment Clause. [...] At least two of the decisions at the heart of today's case demonstrate that we have long been concerned that secular government aid not be diverted to the advancement of religion*⁷⁹.

Y como es lógico, la pervivencia de la referida prohibición reclama a su vez la plena aplicabilidad de la tradicional distinción entre la

⁷⁷ 530 U.S. 837-38.

⁷⁸ 530 U.S. 839. La cursiva es del texto de la sentencia.

⁷⁹ 530 U.S. 840. Se refiere en este caso a los precedentes de *Agostini* y *Board of Education v. Allen* 392 U.S. 236 (1968).

asistencia directa e indirecta, cuya defunción aparentemente pretende certificarse en el caso *Helms*:

*The plurality bases its holding that actual diversion is permissible on Witters and Zobrest. [...] Those decisions, however, rested on a significant factual premise missing from this case, as well as from the majority of cases thus far considered by the Court involving Establishment Clause challenges to school aid programs. Specifically, we decided Witters and Zobrest on the understanding that the aid was provided directly to the individual student who, in turn, made the choice of where to put that aid to use*⁸⁰.

Así pues, habida cuenta de que en futuras resoluciones necesariamente se habrá de contar con el apoyo de al menos uno de los firmantes del Voto particular concurrente, las expectativas que el caso *Helms* razonablemente ha suscitado respecto de un más amplio margen para los programas de asistencia estatal de los que puedan beneficiarse las instituciones religiosas bajo el imperio de la neutralidad, quedan inevitablemente atenuadas como consecuencia de la adopción en ese Voto particular del planteamiento de base que acabamos de exponer, notablemente más contenido en su valoración del papel que debe desempeñar el principio de neutralidad en esta materia y, asimismo, tan alejado en su fundamentación del que por su parte sostienen los firmantes de la opinión mayoritaria que bien podría decirse que sólo coincide con este último en lo que hace al resultado final del pronunciamiento.

Uno de los aspectos que en este sentido resultan afectados de un modo más decisivo es el que se refiere a la función legitimadora que en este ámbito cumple la libertad de educación ejercida por los sujetos individuales.

Puesto que en el Voto particular no se acepta la renuncia a la clásica distinción entre la asistencia directa e indirecta, se cierra con ello el camino a la posibilidad apuntada en *Helms* de que aquella función se verifique en un sentido no literal sino figurado, esto es, admitiéndose la validez de un programa de asistencia directa a la institución religiosa en

⁸⁰ 530 U.S. 841.

el que la ayuda se distribuye atendiendo al número de alumnos matriculados, precisamente en la medida en la que la efectiva matriculación en uno u otro centro educativo se puede considerar como el resultado del ejercicio de la libertad de educación individual.

Sin embargo, no es menos cierto que ese mismo argumento empleado para descartar la validez de los programas de asistencia estatal directa está mostrando, a un tiempo, el camino a seguir para la articulación legislativa de programas de bono escolar constitucionalmente válidos y en los que puedan tomar parte tanto las escuelas públicas como las privadas y, en este último caso, tanto las religiosas como las que no lo son.

En esta sede y sobre la base de la tradicional distinción entre la asistencia directa e indirecta, la validez de una determinada norma parece al menos garantizada cuando la asistencia estatal literalmente se destine al sujeto individual y sea este el que, en ejercicio de su libertad de educación, utilice los fondos públicos en la escuela de su elección, idea a la que por otra parte responde la propia figura del bono escolar (*school voucher*) en su más clásica formulación:

*I do not believe that we should treat a per-capita-aid program the same as the true private-choice programs [...] First, when the government provides aid directly to the student beneficiary, that student can attend a religious school and yet retain control over whether the secular government aid will be applied toward the religious education. The fact that aid flows to the religious school and is used for the advancement of religion is therefore wholly dependent on the student's private decision*⁸¹.

Con una mayor concreción, si cabe, el argumento empleado en el Voto particular para rechazar la constitucionalidad de la asistencia estatal directa distribuida en función del número de alumnos matriculados, en lo que atañe en este caso al inadmisibles efecto de fomento estatal de la religión producido por la norma (*state advancement of religion* o *endorsement of religion*), comporta explícitamente la aceptación de la

⁸¹ 530 U.S. 842. La cursiva es del texto de la sentencia.

validez de los programas de bono escolar en los que es el sujeto individual el que recibe la ayuda y la destina a la escuela de su elección, programas estos en los que el eventual fomento de la actividad religiosa se entiende atribuible directamente a los particulares en ejercicio de su libertad de educación:

*I believe the distinction between a per capita school aid program and a true private-choice program is significant for purposes of endorsement. [...] That the amount of aid received by the school is based on the school's enrollment does not separate the government from the endorsement of the religious message. [...] Rather, endorsement of the religious message is reasonably attributed to the individuals who select the path of the aid*⁸².

En definitiva, no puede extrañar que incluso desde posiciones doctrinales claramente contrarias a la constitucionalidad de los programas de bono escolar en los que tomen parte las escuelas religiosas, sobre la base de su presunta incompatibilidad con el significado de la *Establishment Clause*, se haya reconocido gráficamente, no sin cierta resignación, que la decisión recaída en *Helms* constituye por sí misma poco menos que un *mapa de carreteras* con el que orientar al legislador acerca del itinerario a seguir para una válida instauración de ese tipo de programas⁸³.

⁸² 530 U.S. 842-43.

⁸³ Cfr. S. K. GREEN, "The Constitutionality of Vouchers After Mitchell v. Helms", 57 *New York University Annual Survey of American Law* p. 63 (2000).