

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (*)

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

I. TRAZOS BÁSICOS DEL SISTEMA EDUCATIVO NORTEAMERICANO.—II. LA LIBERTAD EDUCATIVA CONSTITUCIONAL.—III. AUSENCIA DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL FEDERAL A LA EDUCACIÓN.—IV. RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A LA EDUCACIÓN EN LA ESCUELA PÚBLICA EN UN TERCIO DE LOS ESTADOS.—V. INCIDENCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.—VI. CONCLUSIÓN (**).

(*) Este trabajo ha sido elaborado durante una estancia en la Universidad de Boston desde finales de 2009 hasta el verano de 2010, y se ha incorporado a la obra colectiva en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. El autor agradece a la Universidad de Valladolid el permiso sabático que lo ha hecho posible, y a la Universidad de Boston su acogida como *Visiting Scholar* y la puesta a su disposición de sus abundantes medios, a través principalmente de su *School of Education* y de su *School of Law*, en cuyos decanos, profesores Hardin L. K. Coleman y Maureen O'Rourke, desea personalizar especialmente su reconocimiento. Su gratitud se dirige destacadamente al ex decano, profesor Charles Glenn, *chairman* de Política y Administración educativas, patrocinador de su presencia en la Universidad de Boston, e incluye particularmente, entre otros colegas y personas diversas, a Jack M. Beermann, profesor de Derecho Administrativo. En la persona de la profesora Martha L. Minow, decana de la *Law School* de la Universidad de Harvard, desea particularizar su gratitud por la posibilidad de haber disfrutado muchos días de la *Langdell Library*. Nada habría sido posible sin la generosa disposición de los profesores del área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Valladolid para asumir las cargas de tan larga ausencia; ellos son acreedores de su principal reconocimiento.

(**) Las sentencias de los tribunales americanos se citarán en la forma más usual en Estados Unidos. Las del Supremo federal con referencia a U.S.: *United States Reports*, publicados con carácter oficial por diversos editores a lo largo de los años y últimamente por Government Printing Office, Washington; las de los Tribunales federales de Apelación y los de distrito con las referencias respectivamente F. y F. Supp. que remiten a los repertorios no oficiales de *West Federal Reporter* y *Federal Supplement*; las de los estatales por el repertorio, también de West, del área geográfica correspondiente: A.: *Atlantic Reporter*; N.E.: *North Eastern Reporter*; N.W.: *North Western Reporter*; P.: *Pacific Reporter*; So.: *Southern Reporter*; S.E.: *South Eastern Reporter*;

I. TRAZOS BÁSICOS DEL SISTEMA EDUCATIVO NORTEAMERICANO

Tras el indudable liderazgo mundial de la gran nación norteamericana, creciente desde hace un siglo, cualquiera intuiría la existencia de un sólido y eficiente sistema educativo. Ciertamente la historia de los Estados Unidos acredita una particular atención a la educación de su población, alentada por convicciones religiosas o entusiasmos ilustrados y democráticos, y estimulada por su particular necesidad de integración social de las sucesivas e incesantes oleadas de inmigrantes de heterogéneas procedencias, o por la persuasión de su necesidad para un crecimiento económico que garantizase su independencia y libertad, que, ya más recientemente, se ha ampliado a cuanto comportan las ideas sobre la sociedad del conocimiento.

Es conocido el fuerte atractivo que desde hace años ejercen sobre todo el mundo las más prestigiosas universidades de entre las conocidas como *Research Universities*, situadas invariablemente en los primeros lugares de los *rankings* mundiales al uso. Y no cabe duda sobre los espectaculares resultados que la investigación científica experimental y tecnológica viene alcanzando esa «Gran Universidad Americana» (1) desde hace, al menos, sesenta años.

Algunos de los Estados de la Unión se cuentan entre los primeros del mundo en haber logrado la universalización de la alfabetización y el acceso a la educación elemental y aun secundaria, y hay en el país muchas escuelas públicas y privadas de alta calidad y rendimiento. El volumen, además, de recursos dedicados en conjunto a la educación es cuantioso. Hay una gran tradición de donaciones y fundaciones privadas con fines educativos a todos los niveles. Los precios que se pagan en muchas de las escuelas elementales y secundarias privadas, y en los colegios y universidades privadas (muchas de las más importantes) y aún en las públicas, son muy altos. Las aportaciones, en fin, de los presupuestos locales, estatales y federales a la educación forman un conjunto enorme y creciente, a pesar de las restricciones que impone la crisis económica actual (2).

S.W.: *South Western Reporter*. West Publ. Co., St. Paul, Minnesota, es ahora Thomson-West. La indicación de 2d o 3d se refiere a la 2.^a o 3.^a serie de esos repertorios que, como la 1.^a, comprenden 999 volúmenes. Los números que anteceden y siguen a la mención del repertorio en cada referencia indican respectivamente el volumen en que la sentencia se encuentra y el de la página en que se inicia. Entre paréntesis se indica el año de la sentencia.

(1) Vid. COLE, J. R., *The Great American University (Its Rise to Preeminence, Its Indispensable National Role, Why it must be protected)*, New York, PublicAffairs, 2009.

(2) Vid. HANUSHEK, E. A., y LINDSETH, A. A., *Schoolhouses, Courthouses, and Statehouses (Solving the Funding-Achievement Puzzle in America's Public Schools)*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2009, págs. 45 y sigs.

Sin embargo, la preocupación por el estado de la educación elemental y secundaria viene siendo grande, desde hace años (3). En las evaluaciones internacionales, Estados Unidos se ha ido rezagando en la calidad media de su sistema escolar elemental y secundario (4). Los gobiernos estatales y el federal vienen ensayando diversas medidas para tratar de superar esa situación, marcada, en cualquier caso, por muy relevantes diferencias según el nivel económico predominante en las distintas áreas o distritos —no infrecuentemente unido a la raza o minorías de más reciente inmigración—, o según el carácter público, *charter* (concertado con estatuto peculiar de autonomía) o privado, de los centros educativos, etc.

Aunque en la tradición colonial y aun tras la independencia, las escuelas y la educación fueron algo eminentemente privado y local —con un papel muy destacado de las diversas iglesias o comunidades religiosas—, las Constituciones de los Estados, particularmente desde los años treinta del siglo XIX, fueron incorporando el deber de éstos de proveer a una educación adecuada de su población que hoy figura prácticamente en todas ellas, aunque con formulaciones diversas. Progresivamente, desde poco antes de la guerra civil (1861-1865) y sobre todo ya desde finales del siglo XIX, se fueron consolidando en los Estados tanto la prescripción legal de una escolarización obligatoria como la implantación de una red general de escuelas elementales y secundarias, públicas y gratuitas (5), que en la actualidad atiende a la mayor parte de la población y ha generado unos poderosos sindicatos de profesores capaces de condicionar muy intensamente las políticas educativas, que constituyen además una de las más importantes bases del Partido Demócrata. A las escuelas privadas se les privaría de cualquier financiación pública, condenándolas, en consecuencia, a convertirse en los centros de élite económica que

(3) Es de abril de 1983 el documento *A Nation At Risk, The Imperative For Educational Reform*, que, en forma de «Carta abierta al Pueblo Americano» fue aprobado por la *National Commission on Excellence in Education*, creada en agosto de 1981 por el Secretario de Educación del Presidente Reagan. En él se decía que «los fundamentos educativos de nuestra sociedad están siendo actualmente erosionados por una creciente ola de mediocridad que amenaza realmente nuestro futuro como Nación y como pueblo. Lo que era inimaginable hace una generación ha comenzado a ocurrir: otros están igualando y sobrepasando nuestros logros educativos [...]». *Vid.* al respecto, RAVITCH, D., *The death and life of the great American school system: how testing and choice are undermining education*, Basic Books, New York, Perseus, 2010, págs. 22 y sigs.

Vid. también, HANUSHEK, E. A., y LINDSETH, A. A., *Schoolhouses...*, *cit.*, págs. 1-2 y sigs.

(4) En el estudio PISA de la OCDE, de 2008, los Estados Unidos figuraban en el lugar 18 entre los 36 países analizados en educación secundaria.

(5) Para todas estas referencias históricas, GLENN, Ch. L., *Society, State and Schools: How the Distinctive North American Model Took Shape*, febrero 2009, *pro-manuscripto*, con amplia base bibliográfica.

con frecuencia son, aunque hay también no pocas sustentadas en el generoso apoyo de particulares o de colectividades religiosas accesibles a personas sin suficientes recursos para cubrir sus gastos (6). Algunos Estados han ido introduciendo, sin embargo, diversas formas de algún apoyo económico a estas escuelas, o —desde el principio de los años noventa— fórmulas de financiación de la escolarización para favorecer la libre elección escolar, que incluyen a los centros privados (bonos o cheques escolares), y también algunas se han convertido en *charter schools*, aun pasando de su estatuto de libertad al de la relativa autonomía que esos centros disfrutan, con no pocas diferencias entre los distintos Estados. El nuevo fenómeno de la enseñanza doméstica o *home schooling* ha ido alcanzando, además, en las tres últimas décadas un creciente incremento (7).

Los Poderes públicos competentes para la regulación y supervisión de la educación son, en la estructura federal americana, los Estados. Ninguna mención hay en la Constitución federal de 1787, ni en sus sucesivas XXVII Enmiendas, a la educación, ni directa ni indirecta. La Sección 8.^a del artículo I, relativo al Poder Legislativo federal, atribuye al Congreso el poder o potestad de «promover el progreso de la ciencia y de las artes aplicadas», pero específicamente «mediante la garantía a autores e inventores de un derecho exclusivo temporal sobre sus respectivos escritos y descubrimientos», es decir, sólo mediante la pertinente regulación de la propiedad intelectual e industrial.

La creciente intervención federal en la educación que se ha producido desde después de la II Guerra Mundial principalmente, se ha amparado simplemente sobre todo en el poder general de orientar el gasto público federal hacia la promoción del bienestar general —uno de los objetivos de la Unión declarados en el preámbulo de la Constitución—, aunque también se han utilizado, para aspectos concretos, otros títulos competenciales federales, como los relativos a las libertades o derechos civiles, es decir, las libertades constitucionalmente garantizadas a nivel federal como la religiosa y la de expresión (Primera Enmienda) o el derecho a la seguridad personal y a la privacidad (IV Enmienda), con la parti-

(6) El número de escuelas privadas en 2007-2008 parece ser de 33.740 (25 por 100 del total en Estados Unidos), y el número de alumnos en 2009 serían 6.049.000 (11 por 100 del total en Estados Unidos) [Council for American Private Education, CAPE, *Facts and Studies*, <http://www.capenet.org/facts.html>]. Según otra fuente que remite a su vez al U.S. Department of Education, para 2010 se prevén 50,03 millones de estudiantes en la escuela pública, que aumenta en 735.000, y 5,82 millones en la privada, que perdería 174.000 [http://www.usatoday.com/news/education/2010-01-06-1Apublicprivate06_CV_N.htm].

(7) Vid. GLENN, Ch., y DE GROOF, J., «United States», en *Finding the Right Balance: Freedom, Autonomy, and Accountability in Education*, Utrecht, Lemma, 2002, y RAVITCH, D., *The death and life...*, cit., págs. 113 y sigs.

cular protección que se entiende les procura frente a los Estados la Cláusula del Debido Procedimiento de la XIV Enmienda, y el derecho a la igualdad derivado de la Cláusula de Igual Protección, también de la XIV Enmienda. Pero ninguno de estos títulos permite a la Unión regular directamente de modo específico la educación en lo que no constituya garantía de esas libertades o derechos constitucionales, ni intervenir en su supervisión o control. La X Enmienda —la última del llamado *Bill of Rights* de 1791— reserva expresamente a los Estados —o al pueblo— cuantos poderes no hayan sido «delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella». Muchas de las reformas que se han ido aplicando por los Estados por iniciativa federal son simplemente, por tanto, la condición impuesta por el Congreso para que puedan beneficiarse —ellos o las autoridades educativas de su ámbito respectivo— de los cuantiosos programas de subvenciones que la Unión ha ido arbitrando. La última ley federal importante fue aprobada en la etapa del Presidente Bush, al final de 2001, con el apoyo de los dos grandes partidos: es la *No Child Left Behind* o NCLB, aprobada con la expresa finalidad de «acabar con las diferencias en los resultados (de las escuelas) mediante responsabilidad, flexibilidad y elección» (*to close the achievement gap with accountability, flexibility, and choice*). El Presidente Obama, con su Secretario de Educación, Arne Duncan, han mantenido el programa, con algunos cambios reglamentarios, y han incrementado los recursos afectos a él, intensificando los objetivos reformistas a que se condiciona el que los Estados puedan obtenerlos: compromisos de evaluación del profesorado en función de los resultados, con la consecuencia de su renovación si no se obtienen mejoras, establecimiento de determinados estándares de calidad y controles de su consecución (determinados tests), favorecimiento de la posibilidad de *charter schools* y apertura a alternativas pedagógicas como las aulas y escuelas de un solo sexo, etc. (8). Se afirma que en la actualidad un 6 por 100 del total del gasto público educativo —10,8 por 100 en cuanto a la educación primaria y secundaria— procede de fondos federales, lo que, especialmente en situaciones de recesión económica, implica cantidades significativas e incluso determinantes.

En este contexto, dibujado en sus grandes rasgos, resultaba interesante examinar los fundamentos jurídicos del sistema y más concretamente el tratamiento que tenga en el Derecho americano el derecho a la educación. Para lograr la mejor y más generalizada educación posible de una sociedad no es suficiente, desde luego, con un correcto orden jurídico, pero es seguramente éste la más sólida base de tal objetivo, y es muy probable que muchos de los fallos de los

(8) *Vid.*, aun dentro del polémico alegato crítico que constituye todo el libro, RAVITCH, D., *The death and life...*, cit., págs. 93 y sigs.

sistemas educativos deriven de la falta de una adecuada comprensión, garantía y regulación del derecho a la educación.

Disponemos en la literatura jurídica española de una buena monografía sobre *La libertad de enseñanza en el Derecho norteamericano* (9), pero, aunque, lógicamente, alguna alusión se hace a él, no hay en ella un estudio del derecho a la educación ni intento alguno de explícita integración o conexión de este derecho fundamental con la libertad de enseñanza.

La libertad de enseñanza sólo adquiere la plenitud de su justificación y sentido esencialmente integrada en el derecho a la educación, del que, en lo más fundamental, comporta una dimensión primaria y sustancial, aunque a la vez, en otro de sus componentes —del lado de la oferta escolar—, constituya una respuesta y una condición imprescindible para él, además de tener sus propios anclajes en la libertad de pensamiento y de expresión, en la libertad ideológica y religiosa y en la libertad de la ciencia y de la cultura, y se ampara instrumentalmente —en otro plano— en la libertad de asociación y de contratación y hasta en la libertad de empresa.

Uno de los más destacables aciertos de la Constitución Española es precisamente la integración de la libertad de enseñanza en el derecho fundamental a la educación que se plasma en su artículo 27, interpretado conforme a lo dispuesto por su artículo 10.2 (10).

Nuestro propósito ha sido precisamente examinar el estado del ordenamiento norteamericano a este respecto.

Antes de entrar de lleno en el derecho a la educación, y siendo como es en sí misma, en buena medida, un componente esencial de éste, comenzaremos por referirnos brevemente al efectivo reconocimiento de la libertad educativa en Estados Unidos como parte de la libertad constitucionalmente protegida. El estudio de Polo nos libera de mayor detenimiento, aunque aludiremos a algunas importantes decisiones jurisprudenciales que se han producido en estos últimos años, posteriores a ese libro.

(9) Publicada hace ya algo más de diez años —en 1999— por el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, debida a José Ramón Polo Sabau, hoy Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Málaga.

(10) Nos remitimos a lo expuesto en nuestro trabajo sobre «La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas», en la obra colectiva codirigida con REQUERO IBÁÑEZ, J. L. (dirs.), *Los derechos fundamentales en la educación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 2008, págs. 15-78, y a los trabajos anteriores sobre el tema allí citados.

II. LA LIBERTAD EDUCATIVA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Supremo americano cortó en seco en los años veinte del pasado siglo todo posible intento de obligar a una escolarización uniforme y exclusiva en escuelas públicas, sin perjuicio de la legitimidad de los Estados para el establecimiento de una enseñanza obligatoria mínima y de una regulación de la enseñanza, determinada no de forma arbitraria. En su sentencia *Pierce v. Society of the Sisters* de 1925 (11), frente a una reforma legislativa de 1922 del Estado de Oregón, que pretendía obligar a todos los que tuviesen entre ocho y dieciséis años a matricularse en las escuelas públicas, con el consiguiente cierre de las privadas, afirmó rotundamente que

«La fundamental teoría de la libertad en la que descansan todos los gobiernos de esta Unión excluye todo poder general del Estado para estandarizar a sus niños forzándoles a aceptar la instrucción de los maestros públicos. El niño no es mera creatura del Estado; quienes le crían y dirigen su destino tienen el derecho, unido al alto deber, de reconocerle y prepararle para obligaciones adicionales» (págs. 510 y 535).

Obligar, aun con alguna excepción, «a todos los padres y tutores legales de menores entre ocho y dieciséis años, a enviarles a la escuela pública del distrito donde residan [...] constituye una interferencia no razonable en la libertad de los padres y tutores legales para dirigir la educación de los chicos, y viola por ello la XIV Enmienda» (págs. 510 y 534) (12).

El Tribunal incluyó, pues, lo que, según el Tribunal Constitucional español, es la dimensión más primaria y esencial al derecho a la educación (13), en la libertad constitucionalmente protegida, y particularmente frente a la acción de

(11) 268 U.S. 510 (1925).

(12) El Tribunal se refería a la prohibición de la sección 1.^a de dicha Enmienda, ya citada, dirigida a cada uno de los Estados de la Unión, de modo que ninguno «podrá privar a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal». Y, aun reconociendo que los recurrentes —un colegio de una congregación católica y una escuela militar— no eran los titulares de la libertad inconstitucionalmente lesionada, admitió su legitimación para solicitar su amparo, por la evidente repercusión que tenía esa «arbitraria, injustificable e ilegal interferencia» en la libertad de los padres o tutores legales que tendrían que dejar de enviar a sus chicos a esos centros, en su propia actividad y propiedad. En *Prince v. Massachusetts* [321 U.S. 158 (1944)] el Tribunal dijo que *Pierce* «había respaldado la autoridad de los padres para incluir lo religioso en la enseñanza escolar secular y el derecho de los niños a recibirla», y que «la principal función y libertad» de los padres respecto a sus hijos «incluye una preparación para sus obligaciones que el Estado no puede atender ni impedir» (pág. 166).

(13) STC 86/1985, FJ. 3.

los Estados, por la cláusula constitucional, ciertamente exigua y poco determinada, a favor de la libertad en general que es la del Debido Procedimiento legal de la XIV Enmienda. La afirmación de Polo de que «la llamada *doctrina Pierce* sigue siendo en la actualidad el principio legal nuclear que legitima la existencia de las escuelas privadas y religiosas como alternativas a la educación pública» (14), no ha perdido vigencia.

El mismo Supremo ha complementado, además, el alcance de esta libertad cuando pueda estar implicada la libertad religiosa de la Primera Enmienda. Particular importancia tuvo al respecto la sentencia de 15 de mayo de 1972, *Wisconsin v. Yoder* (15), además de ser una de las que ha reafirmado expresamente la *doctrina Pierce* (16). Viene a legitimarse con ella incluso la educación informal o doméstica —la *home schooling*— aunque sólo si puede justificarse seriamente y en términos razonablemente proporcionados en las razones religiosas de la Primera Enmienda (17), pues, como dijo el Tribunal, siguiendo

(14) POLO SABAU, J. R., *La libertad de enseñanza...*, cit., pág. 28. La diferenciación entre escuelas privadas y religiosas (confesionales) es muy común en USA, sin duda por las implicaciones de la Primera Enmienda, aunque, en realidad todas son, en definitiva, privadas, en cuanto contrapuestas a las públicas o gubernamentales y sustentadas en la libertad de oferta escolar de sujetos distintos de los Poderes públicos.

(15) 406 U.S. 205 (1972).

(16) Adoptada 6-1, porque no intervinieron ni Powell ni Rehnquist, fue suscitada por la negativa de unos padres pertenecientes a un grupo religioso procedente de los seguidores de un obispo suizo anabaptista menonita del siglo XVII, llamado Jakob Amman (la religión amish), a que sus hijos de 14 a 16 años fueran a una escuela secundaria pública o privada como requería la legislación de Wisconsin sobre enseñanza obligatoria, probando que seguirían recibiendo una informal educación que terminase de prepararlos para la vida, dentro de la comunidad religiosa. Argüían que acudir a la escuela secundaria iba sinceramente contra sus creencias y un modo de vida reconocido, aun en su singularidad, dentro de la vida americana, y el Tribunal Supremo del Estado ya les había reconocido que, imponerles la escolarización, violaría sus derechos a la libertad religiosa de la Primera Enmienda de la Constitución americana, aplicable a los Estados por la XIV.

(17) «La pretensión del Estado de que está habilitado, como *parens patriae*, a extender el beneficio de la educación secundaria a los chicos con independencia de los deseos de sus padres, no puede sostenerse frente al libre ejercicio de una pretensión de la naturaleza revelada en autos, pues los amish han acreditado con convincente evidencia que, acomodarse a sus objeciones religiosas dispensándoles de uno o dos años adicionales de educación obligatoria —nótese que tampoco era toda—, no menoscabaría la salud física ni mental de los chicos ni se traduciría en una incapacidad de autonomía o para cumplir los deberes y responsabilidades de la ciudadanía, ni iría en detrimento material de cualquier otro tipo del bienestar de la sociedad», lo que, por cierto, evidencia, *a contrario*, los fines de la regulación pública (cfr. la opinión mayoritaria expresada por el Presidente del Tribunal Burger). Algunos han hablado, sin embargo, de un supuesto de objeción de conciencia. La *home schooling*, que ha llegado a tener una amplia extensión en Estados Unidos con muy diversas razones, sigue siendo una cuestión discutida. *Vid.* la amplia información que hace diez años POLO SABAU proporcionaba tanto sobre lo primero como sobre lo segundo en *La libertad de enseñanza...*, cit., págs. 29 y sigs.

lo dicho en *Pierce* y reafirmando la legitimidad de la potestad de intervención estatal, «no hay duda sobre la potestad del Estado para, teniendo como tiene una alta responsabilidad en la educación de sus ciudadanos, imponer razonables regulaciones para el control y duración de la educación básica», aunque el «caso sugiere que los valores de la dirección paterna de la formación y educación religiosa de los chicos en sus primeros y formativos años tienen un destacado lugar en nuestra sociedad» (18).

La escuela privada, por tanto, que tan importante desarrollo tuvo y aún tiene en Estados Unidos, al menos desde *Pierce* no plantea cuestión alguna de legitimidad: cuenta con pleno amparo constitucional federal. Los problemas pueden surgir, sin embargo, con respecto a la progresiva ampliación de exigencias que han ido imponiendo los Estados al amparo de la mencionada potestad reguladora y supervisora, en los que no podemos entrar. Y, desde luego, lo que en modo alguno está reconocido es la esencial integración que esta libertad debe tener con el contenido prestacional del derecho a la educación, de modo que el Poder público venga obligado a dispensar la necesaria financiación pública total o parcial de la educación —al menos para quienes lo necesitan— sin discriminar en razón de la escolarización en un centro público o privado, siempre que se cumplan unas condiciones mínimas comunes y las que aseguren el correcto destino de esa financiación. La libertad de llevar a los hijos a un centro privado es algo asentado, en fin, pero sin derecho a la asistencia económica pública que permita financiar esa escolarización en términos de algún modo análogos a los que se disfrutaban en un centro público o —ahora también— en una *charter school*. La justificación de este nuevo tipo de escuela —que se considera también pública— se ha situado en las posibles o supuestas ventajas de una mayor autonomía escolar para competir en calidad y no —al menos de modo oficialmente determinante— en el derecho a la educación con libertad de elegir el proyecto escolar que mejor se acomode a las personales preferencias, sin perder por ello

(18) Lo que apoya también en otras sentencias de 1923 (*Meyer v. Nebraska*) 1968 (*Ginsberg v. New York*) y 1970 (*Rowan v. Post Office Dept.*). En *Meyer v. Nebraska* [262 U.S. 390 (1923)] no se trataba de valores religiosos, morales o ideológicos, sino culturales: un profesor de una escuela privada parroquial se había opuesto a la prohibición de una ley de Nebraska de que se enseñasen lenguas extranjeras a alumnos que no hubieran pasado el grado octavo (14 años). El Tribunal Supremo aplicó la Cláusula del Debido Procedimiento de la XIV Enmienda al derecho a adquirir conocimientos útiles que entendió incluido dentro de las libertades protegidas por ella, considerándolo sólo, por tanto, como libertad o «derecho negativo» que «simplemente prohíbe al gobierno que impida a los individuos la búsqueda de información e ilustración», como resume una autora [BITENSKY, S. H., «Theoretical foundation for a Right to Education under the U.S. Constitution: a beginning to the end of the national education crisis», *Northwestern University Law Review*, núm. 86 (1991-1992), pág. 564].

la financiación pública en condiciones de igualdad. En el apoyo, en efecto, que en muchos sectores ha encontrado la idea de la elección ha prevalecido quizás en exceso el supuesto valor de la competencia para estimular la calidad —cifrada habitualmente más en resultados cuantificables de instrucción en saberes determinados que en una completa valoración de cuanto comporta una integral educación personal—, relegándose lo sustancial: su naturaleza instrumental para satisfacer el derecho fundamental a la educación en libertad (19).

No deja de ser revelador que recientes —e importantes— proposiciones de Enmienda constitucional pretendan constitucionalizar las libertades educativas de los padres, pero se limiten precisamente a tales libertades formales, sin la menor referencia a un pleno derecho a la educación en libertad que integre las dos dimensiones de libertad y de prestación (20). Conviene recordar, en cualquier caso, que la Constitución requiere la aprobación de las enmiendas constitucionales conjuntamente por las dos Cámaras con mayorías de dos tercios de sus componentes —y la ulterior ratificación por tres cuartas partes de los Estados (art. V de la Constitución)—, lo que reclama, obviamente, un elevado grado de consenso político sobre la cuestión. No puede ignorarse, sin embargo, el significativo indicio que representan este tipo de iniciativas.

(19) Bien significativamente, en el reciente análisis desencantado y crítico de RAVITCH (*The death and life...*, cit., *passim*), no hay la menor mención a la relevancia del derecho a la educación en libertad.

(20) En efecto, el 31 de marzo 2009 un amplio grupo de diputados republicanos encabezado por Pete Hoekstra, de Michigan, ha presentado en la Cámara de Representantes una nueva Propuesta de Enmienda (H.J. Res. 42), del tenor siguiente:

Sección 1. La libertad de los padres para dirigir la formación y educación de sus hijos es un derecho fundamental.

Sección 2. Ni los Estados Unidos ni ninguno de los Estados podrán restringir este derecho (infringe upon this right) sino por causa de un interés público del más alto orden que no pueda ser satisfecho de otra forma.

Sección 3. No podrá adoptarse tratado alguno ni usarse ninguna fuente de derecho internacional para reemplazar, modificar, interpretar o aplicar los derechos garantizados por este artículo.

La propuesta ya ha sido respaldada expresamente por 141 diputados, es decir, por más de un 30 por 100 de la Cámara, procedentes de la mayor parte de los Estados de la Unión (39), incluidos los más populosos. El 27 de abril fue remitida a la Subcomisión de Constitución y de Derechos y Libertades Civiles sin que diera más pasos en el 111.º Congreso (2009-2010). El 5 de enero de 2011 John Fleming (Luisiana) ha presentado la propuesta de H.J. Res. 3, con idéntico contenido, que cuenta por el momento en el 112.º Congreso (2011-2012) con el respaldo de 17 otros diputados.

Paralelamente, primero el 3 de marzo del mismo 2009, se presentó en el Senado una Propuesta idéntica (S.J. Res 13) por el Senador republicano de Louisiana, David Vitter, remitiéndose a la Comisión de lo Judicial, y, más tarde, el 14 de mayo, se presentó otra Proposición prácticamente igual por el Senador republicano de Carolina del Sur, Jim Demint, que ha sido avalada además por otros 6 senadores (S.J. Res. 16), siendo igualmente remitida a la citada Comisión.

Lo que estas iniciativas querrían proclamar y garantizar no es, sin embargo, como venimos diciendo, sino sólo un aspecto del derecho a la educación, aunque sea de suma importancia (21). Se está considerando, en suma, tan sólo su dimensión de libertad, y además desde la perspectiva específica de sus implicaciones para los padres de los auténticos sujetos principales del derecho a la educación que son los educandos, sin contemplar, por tanto, primariamente a éstos como sujetos de tal derecho. Las propuestas de Enmienda que comentamos desconocen, en realidad, la noción del derecho a la educación como derecho social o prestacional.

Desde luego, mejor es ese reconocimiento constitucional que su ausencia, pero se trataría de algo, en suma, de alcance bastante limitado y que, en realidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene ya amparando como algo inherente a la libertad constitucionalmente protegida.

De todos modos, tal vez su aprobación pudiese favorecer una nueva reflexión sobre la Cláusula de Igual Protección en relación con un derecho fundamental que ya pasaría a estar explícitamente inserto en el orden constitucional, de modo que se pusiera de manifiesto la discriminación contraria a dicha Cláusula que representa la asignación de financiación pública a la educación sólo cuando se lleva a cabo en centros públicos o en *charter schools*, obligando así quizás a una más completa comprensión del derecho a la educación en libertad que abriese definitivamente el acceso de la escolarización en escuelas privadas a una financiación pública equitativa en razonables condiciones.

Llama la atención, por otro lado, la evidente reticencia de los proponentes de estas Enmiendas con respecto al Derecho internacional de los derechos humanos, tal vez en respuesta a iniciativas parlamentarias de otro signo a las que hemos de aludir. En todo caso es más que probable que esté alimentada por una no muy atinada comprensión del contenido del Derecho internacional con relevancia en la materia.

Debe advertirse, en cualquier caso, que lo que sí ha comenzado a afirmar el Tribunal Supremo como parte de la libertad educativa en cuanto derecho a la libre opción entre alternativas educativas, es la conformidad constitucional de medidas de financiación pública dirigidas al educando —a su familia, a sus padres o personas que respondan de él como menor— para su escolarización en el centro de su elección, aunque éste sea una escuela de determinada orientación

(21) Hay, por otra parte, enfoques de esos derechos de los padres, que prescindan incluso del derecho a elegir la escuela, como se pone de manifiesto en SCHLUETER, L., «Parental Rights in the Twenty-First Century; Parents as full Partners in Education», *St. Mary's Law Journal*, núm. 32 (2000-2001), págs. 611 y sigs.

religiosa. Ha sido la importante sentencia *Zelman v. Simmon-Harris*, de 27 de junio de 2002 (22), la que, aun 5-4 (23), como tantas otras decisiones relevantes, ha acabado con una interpretación de la llamada Cláusula de Establecimiento de la Primera Enmienda que estaba interponiendo un infranqueable «muro» no ya entre el Estado y las iglesias sino entre el Poder público y el ejercicio por los ciudadanos de sus derechos de libertad religiosa e ideológica —cuando no simplemente su libertad, sin vinculación con tales fundamentales connotaciones— en condiciones de igualdad. Otras sentencias anteriores habían ya apuntado al criterio que ahora se dejaría claramente asentado (24):

«que un programa de ayuda pública no es algo que pueda considerarse contrario a la Cláusula de Establecimiento si es neutral con respecto a la religión y lo que hace es asistir económicamente a una amplia clase de ciudadanos (no determinada con criterios religiosos) que, por su parte, encauza esa ayuda pública hacia escuelas confesionales enteramente como consecuencia de su genuina e independiente elección privada. Con tal programa, la ayuda pública sólo llega a las instituciones confesionales por medio de las elecciones deliberadas de sus numerosos receptores individuales. La ventaja incidental de una actividad religiosa o el apoyo recibido por un mensaje religioso es razonablemente atribuible a los individuos receptores de la ayuda, no al Poder público cuyo papel concluye con el desembolso de sus beneficios» a favor de éstos (25).

(22) 536, U.S. 639 (2002). *Vid.* sobre ella el comentario de RUSSO, Ch. J., y MAWDSLEY, R. D., «The United States Supreme Court and Vouchers: equal educational opportunity for students in elementary and secondary schools», *Persona y Derecho*, núm. 50 (2004), págs. 157 y sigs.

(23) Formaron la mayoría Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas —O'Connor y Thomas con opiniones concurrentes—. Escribieron opiniones discrepanes Stevens, Souter, a la que se unieron Stevens, Ginsburg y Breyer, y este último, a la que se sumaron Stevens y Souter. Los de la mayoría habían sido nombrados por Presidentes republicanos (Rehnquist por Nixon en 1972 —y por Reagan en 1986 como Presidente—, Sandra O'Connor, Antonin Scalia y Anthony Kennedy, por Reagan en 1981, 1986 y 1988, respectivamente, y Clarence Thomas en 1991 por el primer Bush); eran también de nombramiento republicano John Paul Stevens, designado por Ford en 1975, y David H. Souter, por Bush en 1990, de modo que sólo había dos nombrados por Presidentes demócratas: Ruth B. Ginsburg y Stephen Breyer designados por Clinton en 1993 y 1994.

(24) No nos detenemos en ellas. *Vid.*, al respecto, POLO SABAU, J. R., *La libertad de enseñanza...*, cit., págs. 186 y sigs., y especialmente las sentencias *Lemon v. Kurtzman-Robinson v. DiCenso*, 403 U.S. 602 (1971), *Zobrest v. Catalina Foothills School Dist.*, 509 U.S.1 (1993), o *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997). Con posterioridad al libro de Polo, ha tenido especial importancia como precedente *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000). Éstas y otras son expresamente tenidas en cuenta por el Tribunal Supremo en *Zelman*. *Vid.* también, sobre todo esto, MINOW, M., «The Government can't, may, or must fund religious schools: three riddles of constitutional change for Laurence Tribe», *Tulsa Law Review*, núm. 42 (2007), págs. 916 y sigs.

(25) En el Programa de Ohio para la ciudad de Cleveland de que se trataba, los beneficiarios eran gente de bajos ingresos, y además, como dijo el Tribunal, su decisión de optar por escuelas

La verdad es que lo que puede llamar la atención es que la Cláusula de Establecimiento haya sido empleada para impedir todo apoyo público a cualquier educación —en centros privados o públicos— de carácter religioso o más o menos informada por alguna concepción religiosa, tratándose de imponer con los medios públicos en consecuencia una instrucción educativa supuestamente neutral o indiferente con respecto a cualquier dato o componente religioso, cuando no explícitamente excluyente de cualquier idea o criterio religioso. La Primera Enmienda prohíbe, desde luego, el apoyo público a las confesiones religiosas —en cuanto religiosas, lo que no debería impedir que puedan beneficiarse de cuanto toda otra cualquier asociación u organización no gubernamental pueda beneficiarse—, pero no menos la actuación de los Poderes públicos en su contra (26). En la medida en que la cultura y la comprensión vital de una parte mayor o menos de los ciudadanos —más bien mayor que menor en Estados Unidos— está penetrada, en sus bases, de convicciones y criterios religiosos, qué legitimidad constitucional puede tener el Estado para imponer o privilegiar una educación que lo desconozca, tratando de educar a los menores de un modo que no coincida en estos aspectos capitales con lo que quieran sus padres (27).

privadas confesionales o religiosas estaba más bien desincentivada puesto que con ella percibían sólo la mitad de si elegían escuelas comunitarias, un tercio de si optaban por «*magnet schools*», o la mitad o un tercio de si se decidían por escuelas públicas de distritos adyacentes.

(26) La opinión «plural» redactada por el juez Thomas y compartida por Rehnquist, Scalia y Kennedy en *Mitchell v. Helms* [530 U.S. 793 (2000) (la mayoría se completó en el caso con O'Connor y Breyer que expresaron una opinión concurrente)], llegó a referirse claramente a cómo la exclusión de las escuelas confesionales de toda ayuda pública comporta precisamente la exclusión de los menos favorecidos, dada en particular la historia de tal exclusión, que vinculó a la relevancia adquirida por la oposición a esa ayuda pública en los años 1870 con la consideración en el Congreso de la Enmienda Blaine, cercana a haber prosperado, que pretendía prohibir toda ayuda a las instituciones confesionales. Recogiéndose una evidencia acreditada en diversos estudios históricos, esos magistrados de la mayoría dijeron que eso se produjo «en un momento de omnipresente hostilidad hacia la Iglesia Católica y a los católicos en general, hasta el punto de que era un secreto a voces que el adjetivo «confesional» (*sectarian*) era una clave para referirse a lo católico (pág. 828). Lo recoge también MINOW, M., «The Government can't, may, or must fund...», cit., en nota 50, pág. 921. En los últimos años, ambas Cámaras del Congreso han aprobado sendas Resoluciones de alabanza de las escuelas católicas americanas, reconociendo su vital contribución al país y su decisivo papel en su futuro [H.Res. 39, 21.01.2009 (*Congressional Record House*, págs. H398-H402), S.Res. 22, 27.01.2009, H.Res. 1008, 19.01.2010, S.Res. 406, 2.02.2010].

(27) Se ha aludido a veces al derecho del contribuyente a no ayudar con sus impuestos a una educación de carácter religioso (*vid.*, por ejemplo, MINOW, M., «The Government can't, may, or must fund...», cit., pág. 923, nota 59), pero habría que justificar por qué se impone entonces a los contribuyentes que quieren una educación con orientación religiosa, el que, con los impuestos que ellos pagan, se sufrague sólo una educación sin ella, de modo que además, como observa la propia Martha Minow (pág. 913), hayan de pagar ellos la educación con esa orientación si así la quieren para sus hijos. La solidaridad coercible de todos los contribuyentes debe referirse a cuanto cumpla

No parece que responda eso al tipo de separación de la Iglesia y el Estado plasmado en la Primera Enmienda, por más que lo hayan propugnado y lo propugnen los sectores secularistas o laicistas en uno de los más grandes debates que acompañan a la vida americana y que han generado cantidad de libros, trabajos y litigios (28).

Cualificada doctrina se ha preguntado, tras *Zelman*, si la Constitución federal no sólo permite lo que esta sentencia ha protegido sino si además «demanda la inclusión de las escuelas confesionales (religiosas) en un programa de bonos o cheques, o la ayuda pública que facilite la selección de una escolarización parroquial, cuando la asistencia pública se ofrece a otras clases de escolarización», de modo que vengan obligadas a ello incluso las ciudades o Estados que prefieren reducir los programas de cheques a las escuelas no confesionales. Porque «una vez que los organismos públicos pueden financiar bonos reembolsables en escuelas confesionales, su exclusión de los programas locales puede venir a ser visto como una expresión de injusta discriminación o intención no permisible» (29), contraria en suma a la Cláusula de Igual Protección (30). Y se ha suscitado en particular la cuestión de los numerosos Estados cuyas Constituciones prohíben expresamente ayudar a las escuelas religiosas o a cualquier institución confesional (31).

Es bien posible que si el asunto llega al Tribunal Supremo americano éste pueda resolverlo sin especial dificultad, puesto que, a nuestro juicio, esas prohibiciones constitucionales estatales no son sino una especificación de la Cláusula de Establecimiento (32) y deberían interpretarse, como ésta, sin trato injusto de

las condiciones mínimas de una educación institucionalizada, sea cual sea su orientación dentro de todas las que debe admitir un sistema pluralista y de libertades, y la distribución de los recursos encauzados por los Poderes públicos no debe incurrir en las flagrantes discriminaciones en que incurrían tantos sistemas de financiación pública de la educación, incluido el aquí estudiado.

(28) *Vid.*, entre otras muchas obras, MILLER, R. T., y FLOWERS, R. B., *Toward Benevolent Neutrality: Church, State, and the Supreme Court* (revised edition), Markham Press Fund, Texas, Waco, 1982; GLENN, Ch., *The Ambiguous Embrace (Government and Faith-Based Schools and Social Agencies)*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2000, y «Constitutional Law-Religion Clauses — Tenth Circuit Strikes down Colorado Law exempting “Pervasively Sectarian” religious Colleges from State Scholarship Program—», *Colorado Christian University v. Weaver*, 534 F.3d 1245 (10th Cir. 2008)», *Harvard Law Review*, núm. 122 (2008-2009), págs. 1255 y sigs.

(29) Cfr. MINOW, M., «The Government can't, may, or must fund...», *cit.*, págs. 915-916.

(30) MINOW, M., *op. cit.*, pág. 920.

(31) MINOW, M., *op. cit.*, págs. 921-922.

(32) En *Board of Education, School District N° 142 v. Bakalis* [299 N.E.2d 737 (1973), pág. 738], el Tribunal Supremo de Illinois ya dijo que las restricciones de la Constitución de este Estado relativas a la religión son idénticas a las contenidas en la Cláusula de Establecimiento federal. El artículo X.3 de esa Constitución prohíbe al Estado y a sus «subdivisiones políticas» asignar

los ciudadanos en razón de su opción religiosa (protegida por la Cláusula del Libre ejercicio de la religión de la misma Primera Enmienda), de modo que se distinga, en efecto, lo que pueda ser ayuda a una institución o colegio confesional por ser confesional o religioso, y lo que sea asistir financieramente a la escolarización de los ciudadanos, libremente elegida, para recibir la educación reconocida social y legalmente como necesaria a todos, e incluso obligatoria, pero susceptible de enfoques y métodos diversos, o incluso la propia financiación, en su caso, de los colegios confesionales por el hecho de cumplir las funciones por las que se ayude igualmente a los que no lo son. Es decir, aplicando la distinción que ya ha venido aplicando el Supremo y que consolida *Mitchell* y, sobre todo, *Zelman* (33). No creo que sea impedimento para ello (34) la distinción que también ya ha hecho el Supremo federal con respecto a la ayuda para estudios específicamente dirigidos a la preparación para el ejercicio de un ministerio pastoral religioso, al afirmar, en *Locke v. Davey* (35), que denegarla en programas de ayuda a todos los demás estudios de nivel equivalente no contravendría la Constitución. Cualquiera puede entender que una cosa son las necesidades específicas especializadas de cada organización religiosa (y en particular la formación de sus sacerdotes, ministros o responsables) y otra distinta la educación general o profesional, elemental, secundaria o superior, que una institución confesional puede proporcionar a cuantos la elijan o prefieran, en orden a la consecución de los objetivos generales del sistema educativo. Aun-

o pagar con fondos públicos algo que constituya una ayuda a una iglesia o a una finalidad religiosa, o ayudar a sustentar o sostener una escuela u otra institución literaria o científica controlada por alguna iglesia o confesión religiosa.

(33) La respuesta de Martha Minow es muy distinta: arrancando de una asunción plena del «mito de la escuela común» (cfr. GLENN JR., Ch. L., *The Myth of the Common School*, Oakland, California, Institute for Contemporary Studies, 2002 —hay una edición anterior en University of Massachusetts Press—, 1988) y del discurso de los riesgos para la cohesión social de un incremento de la escolarización en escuelas privadas —que deberían mantenerse, por ende, en algo minoritario—, lo que considera parte esencial del análisis político que debe constituir, a su juicio, parte del análisis constitucional (*op. cit.*, págs. 927 y sigs.), desemboca en propugnar una solución abierta, caso a caso, que tenga en cuenta las preferencias democráticas de cada Estado y no cierre definitivamente la cuestión de una manera general... (págs. 935 y sigs.). Sorprendente manera de entender el Estado de Derecho y las libertades que constituyen su base. Los riesgos de la cohesión social que puedan derivarse de la libertad deberán preverse y evitarse con las regulaciones imprescindibles, no prácticamente eliminando la legítima libertad de los más (ni la de nadie).

(34) Contra lo que apunta MINOW, M., «The Government can't, may, or must fund...», *cit.*, pág. 922.

(35) 540 U.S. 712 (2004). Se trataba de un Programa de ayuda pública del Estado de Washington a la realización de estudios postsecundarios, abierto incluso a su aplicación en instituciones confesionales.

que el asunto no deje de ser discutible (36), cabe comprender y aceptar que la formulación de la Primera Enmienda de la Constitución americana no admita la ayuda pública a lo primero, sin que, por eso, pueda sustentarse, en medida alguna, la negativa de ayuda a lo segundo.

Hasta ahora, los Tribunales Supremos estatales que han resuelto conflictos al respecto, con posterioridad a *Zelman*, si han afirmado la inconstitucionalidad estatal de determinados programas de cheques o bonos, o, en fin, de apoyo financiero público a la libertad de elección escolar, no lo han hecho apoyándose en las cláusulas constitucionales emparentadas con la Cláusula de Establecimiento de la Constitución federal (37), aunque especifiquen una prohibición de aportar fondos públicos a escuelas o establecimiento confesionales, sino en otras prohibiciones explícitas o que han entendido implícitas en la Constitución correspondiente, referidas a cualquier asignación de tales fondos a escuelas distintas de las públicas, lo cual es, evidentemente, algo diferente, sobre lo que no ha habido hasta ahora pronunciamiento jurisprudencial alguno por parte del Tribunal Supremo federal.

Aun sin podernos detener a analizar todo lo que viene ocurriendo, sí cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de Florida, *Bush v. Holmes* de 2006 (38), que anuló un programa estatal de *vouchers* (39) similar al de Ohio de *Zelman*, por contrario a la «uniformidad» exigida en el artículo IX, 1(a) de la Constitución del Estado, y no por el carácter religioso que pudieran tener algunas de las escuelas que acabaran recibiendo el dinero de los «cheques». La sentencia ha sido ya ampliamente tratada por la doctrina y hay quien ha criticado esta interpretación de la mencionada «uniformidad», por entender —basándose en un análisis histórico de su formación y en otros pronunciamientos anteriores del propio Supremo de Florida— que esa cláusula prevista en la Constitución de Florida tiene por objeto simplemente asegurar una igualdad de oportunidades para llegar a ser ciudadanos ilustrados, mientras que el Tribunal, sin mayor análisis, se limitó en esa ocasión a identificar la uniformidad con igualdad de curriculum y de formación del profesorado, lo que, al parecer, no se producía

(36) Es interesante al respecto el voto particular discrepante de Antonin Scalia a *Locke*, al que se unió en parte el juez Thomas, que aportó otro más breve.

(37) En Illinois, antes de *Zelman*, se dictaron ya en su línea un par de sentencias por Tribunales de Apelación: *Toney v. Bower*, 744 N.E.2d 351 (2001) y 195 N.E.2d 573 (2001), y *Griffith v. Bower*, 747 N.E.2d 423 (2001) y 755 N.E.2d 477 (2001).

(38) 919 So.2d 392 (2006), citada también como *Holmes III*.

(39) El «*Opportunity Scholarship Program (OSP)*» del Estado, establecido siendo Gobernador Bush, hijo y hermano de los Presidentes americanos del mismo apellido.

con las escuelas privadas de que se trataba (40). Habría que ver, por otro lado, si no sería posible un programa de cheques o de otra modalidad alternativa de financiación del derecho a la educación en libertad, sin perjuicio del deber constitucional del Estado de proveer a tal sistema uniforme, que podría entenderse sólo obliga en cuanto sea necesario por no resultar satisfechas las necesidades educativas por otros medios, incluso con el apoyo —menos gravoso para él— del propio Estado.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Arizona, en 2009, en un proceso promovido por varias organizaciones educativas de profesionales de las escuelas públicas y otras de libertades civiles y de defensa del *American Way*, echó abajo, en *Cain v. Horne* (41), dos Programas de bonos escolares —uno para alumnos con discapacidades y otro de alcance más general— en virtud de la prohibición del artículo 9 (de regulación fiscal), Sección 10, de la Constitución de Arizona de 1812, de cualquier ayuda tributaria o mediante asignación de dinero público, a favor de cualquier iglesia, escuela privada o confesional o sociedad de servicio público (la *Aid Clause*) (42). Es claro que anula esas ayudas por entenderlas

(40) DYCUS, J., «Lost Opportunity: *Bush v. Holmes* and the Application of State Constitutional Uniformity Clauses to School Voucher Schemes», *Journal of Law & Education*, núm. 35 (2006), págs. 417. En sentido similar, NEILY, C., «The Florida Supreme Court vs. School Choice: a “uniformly” horrid decision», *Texas Review of Law & Politics*, núm. 10-2 (2006), págs. 401 y sigs. En contra, GEY, S. G., «School Vouchers and the Problem of the Recalcitrant Constitutional Text», *Journal of Law & Education*, núm. 37 (2008), págs. 87 y sigs.

(41) 202 P.3d 1178 (Ariz.2009).

(42) El Tribunal confirmó el criterio que ya había sostenido el Tribunal de Apelación sobre la «construcción independiente de esta (Cláusula) respecto de la Cláusula de la Constitución del Estado que prohíbe asignaciones financieras públicas con objetivos religiosos (*Religion Clause*: Artículo II, Sección 12: “no será asignado dinero público a ningún culto, ejercicio o instrucción religiosa, ni en apoyo de ningún establecimiento religioso”)), lo que es, desde luego bien evidente. En este contexto, este Tribunal hizo afirmaciones que aparentemente chocan con las consolidadas en *Mitchell* y *Zelman* en cuando a la diferenciación entre asignaciones públicas a los centros y a los educandos para que puedan elegir centro, destacando que al fin y a la postre son los centros los que reciben ese dinero público. Pero, quizás, para evitar una confrontación neta con la doctrina jurisprudencial federal, que obviamente obliga a los Estados (en virtud de los artículos III, 2 y VI de la Constitución federal, y de su XIV Enmienda), el Supremo de Arizona no entró a discutir frontalmente si los Programas en cuestión eran también inconstitucionales por contrarios a la Cláusula religiosa del artículo II.12, a pesar de que se había recurrido también contra la afirmación de su constitucionalidad a ese respecto por parte del Tribunal de Apelación, basada precisamente en su identidad con la Cláusula de Establecimiento y la doctrina del Supremo federal. Los argumentos, sin embargo, que, como acabamos de indicar, empleó para declarar la violación, a su juicio, de la Cláusula sobre ayudas, podrían interpretarse en el sentido de respaldar que implícitamente estaban afirmando también la violación de la prohibición de ayuda a la instrucción religiosa, puesto que lo que, para este Tribunal, tenía importancia era en manos de quien acaba el dinero público. Pero en realidad no se llegó a afirmar tal cosa y además no puede excluirse que estuviese distinguiendo

contrarias a esa prohibición de ayuda a las escuelas privadas, sean o no confesionales, y no porque se estuviese violando la prohibición de ayuda a la religión. Aunque, ciertamente, sea lamentable que no haya acertado a distinguir lo que son ayudas a los centros y ayudas a los educandos, que no tendrían por qué entenderse contrarias a una prohibición constitucional de ayudas a los centros porque en realidad no lo son. Como ha dicho el Supremo americano, que el dinero público acabe en una escuela privada dependerá de la libre decisión del educando (o de sus padres, por ser menor): es la decisión de éste y no la del Estado la que pone el dinero público en manos del prestador de la enseñanza; algo que quizás aún sería más evidente si la financiación de los centros públicos básicamente se sometiera a la misma condición de ser voluntariamente elegidos.

En fin, no podremos detenernos aquí en la problemática análoga que suscita la cuestión de la posibilidad de que las *charter schools*, a que ya hemos hecho referencia, puedan acoger determinada inspiración u orientación religiosa en ejercicio de su peculiar autonomía concertada con el Estado correspondiente, lo mismo que pueden asumir otros planteamientos de relevancia pedagógica. No se trata de ningún supuesto teórico, obviamente, y, como se ha dicho, antes o después es algo que deberá ser zanjado por los tribunales al más alto nivel (43). No en vano, la vía de las *charter schools*, debidamente modelada, puede ser también un modo técnico de hacer realidad la posibilidad del pluralismo escolar que dé respuesta al ejercicio del derecho a la educación en libertad.

El valor constitucional de la libertad educativa ciertamente no se reduce al derecho a educarse en instituciones o por medios distintos de la escuela pública y a que estas vías alternativas no se vean sometidas a imposiciones desproporcionadas, innecesarias o contrarias a la libertad religiosa, sino que comprende también los derechos correspondientes frente a imposiciones inadecuadas en la escuela pública, teniendo en cuenta precisamente la naturaleza propia de ésta como dependiente de un gobierno público, al que la Primera Enmienda veda aventajar o posponer de cualquier modo a cualquier religión o su práctica o recortar la libertad de expresión. No podemos detenernos ya en los diversos aspectos que a este respecto han dado lugar a determinaciones legales y decisiones jurisprudenciales. Alguna consideración ha quedado apuntada.

las distintas realidades de lo que son una escuelas del sistema educativo general, aunque tengan inspiración confesional o de una determinada religión, a las que se ayuda por lo primero, no por lo segundo, y aquellos establecimientos específicamente dedicados a tareas propias y exclusivas de una determinada confesión o comunidad religiosa.

(43) Vid. la nota de la *Harvard Law Review*, núm. 122 (2008-2009), págs. 1750 y sigs., sobre «Church, Choice, and Charters: a new wrinkle for Public Education», donde se analiza la cuestión de la constitucionalidad de las *charter schools* de orientación religiosa.

III. AUSENCIA DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL FEDERAL A LA EDUCACIÓN

Pero ni el texto original de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, ni sus sucesivas Enmiendas, contienen la menor referencia directa a un derecho a la educación.

En los tiempos en que se incorporó a su contenido el bloque conocido como *Bill of Rights*, mediante la efectiva ratificación de las primeras diez Enmiendas el 15 de diciembre de 1791, eminentemente impulsadas por Jefferson, Madison y los llamados «antifederalistas» del naciente Partido Republicano de entonces, no era de esperar que se hiciese mención a ninguno de los que mucho más tarde serían conocidos como derechos *sociales*. Pero el carácter originariamente liberal —las *libertades civiles*— de lo que podría considerarse parte material o dogmática de la Constitución americana, no ha sido sustancialmente corregido en los dos siglos transcurridos, a pesar de las numerosas Enmiendas añadidas (veintisiete), más de un tercio de las cuales han sido aprobadas con posterioridad a la primera gran guerra de 1914-1918.

El Tribunal Supremo americano ha sido hasta ahora suficientemente explícito, desde que fijó su posición en la sentencia *Rodríguez* (44), de 21 de marzo de 1973, donde, aun 5 a 4, bajo la presidencia de Warren E. Burger —nombrado por Nixon en 1969 (45)—, afirmó que «aunque la educación es uno de los más importantes servicios llevados a cabo por el Estado, no se encuentra dentro de la limitada categoría de los derechos que este Tribunal reconoce como garantizados por la Constitución» (46). Y ello —llegó a decir a renglón seguido— «aun cuando algún identificable quantum de educación pueda ser acreedor a una protección constitucional para dar sentido al ejercicio de otros derechos constitucionales», tal y como el mismo Tribunal había dicho veinte años antes en la famosa sentencia *Brown*, de 1954, que obligó a eliminar la segregación escolar racial (47). «Es evidente —dijo el Tribunal en la motivación de *Rodríguez*—

(44) *San Antonio Independent School District v. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973).

(45) La mayoría fue conformada por él, los otros tres jueces nombrados también por Nixon en 1970 (Blackmun) y 1972 (Rehnquist y Powell, quien redactó la opinión del Tribunal), y por uno de los que había nombrado Eisenhower (Stewart, 1958). Votaron en contra el otro juez nombrado por Eisenhower (Brennan, 1956) y los tres nombrados por Presidentes demócratas: Douglas (Roosevelt, 1939); White (Kennedy, 1962), y Thurgood Marshall (Johnson, 1967). Cada uno de los discrepantes hizo pública su correspondiente *dissenting opinion*, salvo Douglas, que se unió a las de los otros de origen demócrata, uniéndose además Brennan a la de White.

(46) Apartado 1(b) del fallo.

(47) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Esta sentencia había llegado a decir que «la oportunidad de una educación» necesaria «para la realización de nuestras más básicas

que la educación no se encuentra entre los derechos explícitamente protegidos bajo nuestra Constitución Federal, ni encontramos base alguna para afirmar que lo esté implícitamente». Y «la indiscutible importancia de la educación no puede llevar por sí sola a este Tribunal a apartarse de su usual criterio de control de la legislación social y económica estatal» (48).

En realidad, ninguno de los cuatro magistrados discrepantes en *Rodríguez*, sostuvo que la educación fuese un derecho fundamental o constitucional federal. Sus razones para la discrepancia eran otras, centradas en su distinta valoración de las circunstancias del caso con respecto a las exigencias amparadas por la constitucional Cláusula de Igual Protección legal de la XIV Enmienda. Marshall atribuyó a la educación la condición de *interés fundamental* a los efectos de aplicar esa cláusula del modo más estricto a cualquier elemento de diferenciación establecido o derivado de las leyes. Diversos autores han dicho después que Marshall sostuvo que la educación es un *derecho* fundamental, pero en realidad no hay nada de eso en su voto particular (49). Más cerca de hacerlo estuvo en realidad el juez Brennan, pero tampoco lo hizo de forma expresa y apuntó en definitiva a algo similar a lo indicado con respecto a la opinión de Marshall.

Nueve años después, en *Plyler v. Doe*, el 15 de junio de 1982 (50), un Tribunal Supremo en el que sólo habían sido sustituidos dos magistrados —uno de los que votó en 1973 con la mayoría [Stewart (51)] y otro de la minoría discrepante [Douglas (52)]—, vino a confirmar la doctrina *Rodríguez* contraria al reconocimiento de un derecho fundamental federal a la educación, aunque ahora algunos de los discrepantes de *Rodríguez* pasaron a configurar la mayoría (53), y algunos de los más cualificados conformadores de la mayoría de aquel *leading*

responsabilidades públicas», «fundamento mismo de la buena ciudadanía», «hoy el principal instrumento para que el niño se haga consciente de los valores culturales, se prepare para una ulterior formación profesional y se le ayude a adecuarse con normalidad a su ambiente», «donde el Estado haya asumido su provisión, es un derecho que debe estar al alcance de todos en iguales términos» (loc. cit., pág. 493).

(48) 411 U.S. 1 (1973), pág. 36.

(49) Cfr. LYNCH, T. D., «Education as a fundamental right: challenging the Supreme Court's jurisprudence», *Hofstra Law Review*, núm. 26 (1997-1998), pág. 995.

(50) 457 U.S. 202 (1982).

(51) Sustituido en 1981 por Sandra O'Connor, designada por Reagan.

(52) Sustituido por Stevens en 1975, nombrado en circunstancias complicadas por el Presidente Gerald Ford, elevándose a siete la mayoría aplastante de los magistrados designados por presidentes del Partido Republicano, que perduraría hasta hace pocos años, aunque, como se va viendo, eso no comportase una alineación constante de todos los magistrados siempre igual y en razón del color político de su origen. Hay que recordar que son cargos vitalicios, con lo que eso implica para su efectiva independencia.

(53) Brennan y Marshall, que unieron sus votos a los de Blackmun, Powell y Stevens.

case se situaron en la discrepancia (54). Brennan fue además quien expresó la *opinio* del Tribunal. Como en el primer caso, las discrepancias no giraron en torno a la cuestión de si la educación es o no un derecho fundamental protegido como tal por la Constitución americana, sino sobre la acomodación o no de la cuestión litigiosa a las exigencias de la igualdad derivadas de la mencionada Cláusula de Igual Protección legal de la Enmienda XIV. Y si en *Rodríguez* la decisión del Supremo fue favorable a la constitucionalidad del sistema de financiación de las escuelas públicas en Tejas, a pesar de las diferencias económicas que de él resultaban para las situadas en unos u otros distritos escolares en razón de la diversa capacidad económica de sus habitantes, de los que procede una parte relevante de esa financiación a través del impuesto sobre los bienes inmuebles o *property tax*, en *Plyler*, la decisión del Tribunal fue, en cambio, declarar la inconstitucionalidad de la ley tejana que denegaba cualquier financiación estatal para la educación de inmigrantes ilegales y autorizaba su no admisión en las escuelas. La doctrina con que se desestimaron las acciones en 1973 pudo ser empleada, sin cambios —al menos en cuanto a la naturaleza constitucional de la educación—, para estimar las que condujeron a la decisión de 1982, aunque la señalada inversión de la posición de varios magistrados revela los problemas de interpretación de los hechos en su encaje constitucional y las distintas respuestas de las también diferentes sensibilidades o modos de comprender el sistema en su conjunto por parte de esos magistrados. En realidad, en *Rodríguez* el Tribunal entendió que la igualdad constitucional protegida no se oponía a ciertas diferencias de nivel económico entre las escuelas públicas de un mismo Estado debidas a la autonomía local constitucionalmente también garantizada, mientras que *Plyler* vino a decir que esa misma igualdad exigida por la Constitución quedaba vulnerada al excluirse sin causa suficientemente justificada a determinados habitantes del Estado —además menores, irresponsables de su situación ilegal— de un beneficio vitalmente importante —el de la educación pública— que las leyes de ese mismo Estado reconocen con carácter general a sus habitantes. La razón, pues, de la inconstitucionalidad declarada en esta segunda sentencia no derivaba de que se estuviera privando a unas personas de un derecho fundamental sino del trato desigual sin causa suficiente, porque, como ya se dijo en *Brown*, «tal oportunidad (la de la educación), donde el Estado haya asumido su provisión, es un derecho que debe estar al alcance de todos en iguales términos»; un derecho naturalmente, que no será constitucional, sino

(54) Burger, que seguía siendo el Presidente, y el futuro Presidente Rehnquist, que votaron en contra junto con White y Sandra O'Connor.

legal, pero que lógicamente ha de ser reconocido con la necesaria igualdad (55). El Tribunal volvió a decir expresamente (apartado III, A y B de la *opinión*) que la educación no es un derecho fundamental, y, como hemos dicho, con el voto de los dos más destacados discrepantes de *Rodríguez*, uno de los cuales fue precisamente el ponente, el redactor de la motivación expresada en nombre del Tribunal (56). Los apoyos y rechazos a una y otra sentencia por parte de los distintos magistrados, en suma, se centraron simplemente en la valoración de si había o no discriminación contraria al orden constitucional. Los discrepantes en *Plyler* entendieron que no podía haberla tratándose de unas medidas legítimas de protección de la legalidad migratoria, que consideraban constitucionalmente amparadas (57).

En 1986, cuatro años después, en *Papasan v. Allain* (58), el Tribunal destacó la similitud de planteamientos de las dos sentencias comentadas en cuanto a su negativa a la identificación de un derecho fundamental a la educación en la Constitución americana (59). Y lo dijo con la pluma del juez White, discrepante en ambas y ahora redactor de la *opinión* del Tribunal (60). La composición del

(55) SCHWARTZ, B., ha escrito, con razón, por ello, que, aunque la educación pública no es un derecho fundamental, «hay, al menos, “a *Roth* (*Board of Regents v. Roth* [408 U.S. 564 (1972)]) *claim of entitlement*” en cada estudiante allí donde el Estado haya asumido la provisión de un sistema educativo, de modo que están en juego en los casos de disciplina escolar tanto “a *property interest*” en los beneficios de la educación escolar como un interés propio de la libertad relacionado con la reputación» (*Administrative law*, 3.^a ed., Boston, Toronto, London, Little, Brown & Co., 1991, pág. 266; la explicación sobre *Roth* en págs. 262 y sigs.).

(56) Con todo, el juez Marshall —autor del más largo y elaborado voto particular contra *Rodríguez*— se sintió obligado a hacer pública una breve opinión concurrente para explicar que no se estaba retractando, y volvió a hablar de un *interés*, no de un *derecho*, que es, en cambio, lo que, en más de un momento, vuelve a rechazar expresamente *Plyler* con el apoyo de Marshall.

(57) Hay, sin embargo, quien, forzando el tenor de la sentencia, escribiría que si «*Rodríguez* abrió la puerta a un derecho positivo a la educación, la mayoría en *Plyler* puede haber puesto sus pies momentáneamente en el umbral»: cfr. BITENSKY, S. H., «Theoretical foundation...», cit., pág. 568, quien remite además a la supuesta similar opinión de TRIBE, L. H. —que en realidad no es tal: cfr. su *American Constitutional Law*, 2.^a ed., Mineola, New York, The Foundation Press, 1988, pág. 1551— y de otros varios autores, aunque recoge también la opinión distinta de DEXTER, D. [«Note: Constitutional Law: The Equal Protection Clause: The Effect of *Plyler v. Doe* on Intermediate Scrutiny», *Oklahoma Law Review*, núm. 36 (1983), págs. 321, 337]. De hecho el Tribunal no dijo que fuera siempre inconstitucional que los Estados denegasen una educación pública gratuita a inmigrantes indocumentados, admitiendo que pudieran probar que tal denegación fuese necesaria para no comprometer un sustancial interés estatal (cfr. LOVE, E. W., en su comentario de *Plyler v. Doe*, en RUSSO, Ch. J. (ed.), *Encyclopedia of Education Law*, núm. 2, cit., pág. 647).

(58) 478 U.S. 265 (1986).

(59) Lo que desautoriza a quienes han dicho lo contrario, como LYNCH, T. D., «Education as a fundamental right...», cit., pág. 998.

(60) *Vid.* el final de su apartado III, A, en 478 U.S., cit., pág. 285.

Tribunal era aún la misma que en 1982, pero los acuerdos y discrepancias en *Papasan* fueron especialmente complicados aunque por razones ajenas, de nuevo, en realidad a la cuestión de la naturaleza constitucional de la educación (61). En lo que aquí interesa, en la parte III —respaldada 6 a 3—, White, en la *opinión* oficial, aunque dijo, como acabamos de indicar, que *Plyler* «reiterated that education is not a fundamental right», mencionó también que *Rodríguez* no había «excluido, sin embargo, la posibilidad de que algún identificable quantum de educación fuese un prerrequisito constitucionalmente protegido para un ejercicio con sentido» tanto del derecho a expresarse como del derecho a votar, y parece que se refería a esto cuando en otro momento aludió a que, en realidad, no había necesidad de entrar a dilucidar en el caso si «una educación mínimamente adecuada es un derecho fundamental», cuestión que —también se dice, aunque no está claro si sólo porque es lo que decían los recurrentes—, el Tribunal no habría aún «resuelto definitivamente». Este modo de expresarse ha dado pie a interpretaciones que han tratado de sostener que la cuestión de si la educación es un derecho fundamental federal, al menos en alguna medida (un derecho a un mínimo educativo), no está aún definitivamente resuelta (62). Pero lo cierto es que la trayectoria del Tribunal, más allá de esas escuetas referencias ambiguas, no abona tal tesis.

En 1988 se dictó la cuarta y última sentencia relevante, zanjando cualquier duda y confirmando netamente el rechazo a toda consideración de la educación

(61) Sólo la jueza O'Connor estuvo completamente de acuerdo con lo expresado por White; Brennan, Marshall, Blackmun y Stevens se mostraron conformes con las partes I, II, C y III de la *opinión* oficial y redactaron sus opiniones particulares adversas en lo demás, mientras que Burger, Powell y Rehnquist se sumaron a la parte II, pero presentaron opiniones discrepantes respecto a las otras dos. La sentencia, aplicando linealmente la doctrina *Rodríguez* y rectificando lo decidido por el tribunal inferior, declaró que podía ser inconstitucional por contrario a la Cláusula de Igual Protección el particular tratamiento financiero que Misisipi venía dando a las escuelas públicas del norte del Estado a consecuencia de una compleja historia en la formación de este Estado, pero que se traducía en una dotación muy inferior a la común en el resto del Estado, y ello por directas determinaciones del propio Estado, sin mediación alguna de la autonomía local. No obstante, como entendió que no se habían suministrado datos suficientes para poder determinar ni la relevancia real de la diferencia financiera en el alcance y calidad de la educación de la mencionada zona, ni si el Estado tenía razones de interés público suficientes para justificar tal diferencia, ordenó retrotraer el asunto al Tribunal de Apelación para que valorase todo esto y resolviese conforme al criterio que el Supremo le proporcionó. Esta «solución» sería la que provocó la escisión principal de los dos grupos más numerosos de magistrados que hemos señalado, puesto que el Presidente Burger, Powell y Rehnquist entendieron que había que haber confirmado lo decidido por el Tribunal de Apelación, sin más, por falta de pruebas de la discriminación.

(62) *Vid.*, por todos, KAUFMANN, M. J., y KAUFMAN, Sh. R., *Education Law, Policy, and Practice (Cases and materials)*, 2.^a ed., Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, págs. 94-109.

a nivel federal como derecho fundamental. Fue de nuevo una sentencia con un Tribunal muy dividido (5-4), ya bajo la presidencia de Rehnquist, y con los nuevos jueces Scalia y Kennedy, nombrados por Reagan en 1986 y 1988. En *Kadrmas v. Dickinson Public Schools* (63) la opinión del Tribunal, justificando la inexistencia de inconstitucionalidad, fue redactada por la jueza O'Connor y se unieron a ella Rehnquist, Scalia y Kennedy, y White. El otro juez de origen demócrata, Marshall, volvió a escribir un voto particular, al que se unió Brennan —los dos principales discrepantes de *Rodríguez*—, y redactó otro voto discrepante Stevens, uniéndose a él Blackmun. El segundo pronunciamiento de la sentencia, tal y como aparece en el *syllabus*, y la parte correspondiente de la opinión de la mayoría son rotundos: «la educación no es un “derecho fundamental” que obligue a un escrutinio o examen estricto cuando los Poderes públicos dificulten el acceso a ella de algún individuo». Las opiniones discrepantes en ningún momento se opusieron a esta tesis, aunque discutan —y con especial apasionamiento de nuevo en el caso de Marshall— la valoración de la mayoría sobre la relevancia de la diferencia de trato que se producía en el caso, a efectos de la igualdad constitucional. Marshall, no obstante, volvió a decir al final, apoyándose en las frases de *Papasan* de que ya hemos dado cuenta, que seguiría siendo una cuestión pendiente para el Tribunal decidir si es o no un derecho fundamental el efectivo acceso a una educación mínima adecuada (64). Pero esta misma referencia en su opinión discrepante da a entender que tal planteamiento no era aceptado por la mayoría del Tribunal.

El Supremo americano no ha vuelto a discutir la cuestión de si hay un derecho fundamental federal a la educación como derecho prestacional en estos más de veinte años transcurridos desde entonces, y la doctrina reconoce que la inexistencia de tal derecho es algo asentado (65). También las numerosas

(63) 487 U.S. 450 (1988). Se trataba de un problema con el precio de los autobuses escolares en determinadas zonas rurales de Dakota del Norte. El Estado, para fomentar una determinada política de reorganización de los Distritos escolares, exoneraba del pago del coste real estandarizado solamente en los Distritos reorganizados. Una alumna de una escuela de un Distrito no reorganizado —Saritá Kadrmas— y su madre plantearon el litigio alegando discriminación en el acceso a la educación, contraria a la Cláusula de Igual Protección. La niña no había dejado en ningún momento de acudir a la escuela e incluso la madre que, como reacción de protesta, renunció al transporte oficial y utilizó otros medios, hubo de pagar bastante más de lo que costaba el transporte escolar. Alguna doctrina ha lamentado estas circunstancias «fácticas» que impidieron que el Tribunal Supremo se enfrentara a una situación real más cruda (BITENSKY, S. F., «Theoretical foundations...», cit., pág. 570).

(64) Lo ha destacado, entre otros, BITENSKY, S. H., *op. cit.*, pág. 594.

(65) Vid. SCHWARTZ, B., *Administrative law*, cit., pág. 266; IMBER, M., y VAN GEEL, T., *Education Law*, 4.^a ed., New York-London, Routledge (Taylor & Francis Group), 2010, págs. 344 y 357; THRO, W. E., «Students Rights», Chapter 4 (Rel 10, 2008) de RUSSO, Ch. J., y MAWDSLEY,

sentencias que se han dictado por los tribunales estatales suelen referirse a ello como cosa establecida a nivel federal.

Hay que observar con todo que los pronunciamientos del Tribunal Supremo de que hasta ahora hemos dado cuenta se han ocupado de la cuestión de si la educación es o no un derecho fundamental en el ordenamiento constitucional federal siempre desde la particular perspectiva de la aplicación de la denominada Cláusula de Igual Protección Legal de la citada XIV Enmienda, habida cuenta de los distintos criterios que la jurisprudencia ha establecido para evaluar de manera más o menos estricta la posibilidad de que las leyes establezcan directa o indirectamente diferenciaciones en relación con unos u otros derechos y por unas u otras razones. El llamado «estricto escrutinio», que parte de una presunción de discriminación en cualquier desigualdad, sólo destruye con una prueba convincente de su necesidad para alguna superior finalidad pública constitucional, se aplica sólo a los derechos fundamentales explícita o implícitamente garantizados en la Constitución o frente a motivos de discriminación especialmente sospechosos como la raza. Ha sido en este marco donde ha cobrado relieve decidir si el derecho a la educación es o no un derecho fundamental constitucional. Al no serlo, las desigualdades o diferencias que contemplen las leyes o que éstas produzcan no las desposee de entrada de su presunción de constitucionalidad y basta un motivo público razonable —o de suficiente importancia, en el caso del tipo «intermedio» de «escrutinio» que también se ha ido generando y que, según algunos, sería el definitivamente aplicado a la educación— para que no choquen con la igualdad constitucionalmente exigida y no puedan considerarse en este sentido discriminatorias.

Aunque por ahora sólo a niveles jurisdiccionales inferiores, también ha llegado a discutirse la naturaleza de la educación como derecho fundamental en relación con la privación de educación que pueda comportar una sanción disciplinaria, en aplicación aquí también de la XIV Enmienda, pero respecto a esa otra gran cláusula constitucional americana en ella contenida que es la del Debido Procedimiento, en cuya virtud «ningún Estado privará a ninguna persona

R. D., *Education Law*, New York, Law Journal Press, 2003 (with 24 releases at 2010), pág. 3; o incluso, propiciando su reconocimiento, RUCKDESCHEL, A.; SILVERSTEIN, J. Sh., y RABIN, S., «Reconsidering a Fundamental Right to Education in Light of No Child Left Behind», Chapter 2 de WELNER, K. G., y CHI, W. C. (eds.), *Current Issues in Educational Policy and the Law*, Charlotte, North Carolina, Information Age Publ., 2008, págs. 25-41; entre los muchos artículos en revistas *vid.* WALSH, Th. J., «Education as a fundamental right under the United States Constitution», *Willamette Law Review*, núm. 29 (1993), pág. 280. Desde fuera de Estados Unidos, el australiano HODGSON, Douglas, *The Human Right To Education*, Dartmouth, Aldershot, Hants, England; Ashgate, Brookfield, Vt., USA, 1998, aun argumentando en favor de su reconocimiento basándose sobre todo en las normas internacionales.

de su vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento legal»: un lacónico e indeterminado pronunciamiento que la jurisprudencia ha ido determinando de muchas maneras, requiriendo en cualquier caso particulares exigencias y garantías para privar plena o parcialmente a alguien de sus derechos o prerrogativas constitucionales (66).

Ya es indicativo que nunca, que sepamos, se haya pretendido obtener la tutela judicial de la Justicia federal contra leyes o actuaciones públicas invocando simplemente un derecho fundamental a la educación garantizado por la Constitución federal.

La abundante doctrina que se ha producido desde los años setenta y ochenta sobre esta cuestión ha ido intentando identificar diversos títulos constitucionales en los que incardinar de modo convincente un derecho fundamental o constitucional a la educación, aunque, las más de las veces, para buscar específicamente el modo precisamente de poder obtener una tutela judicial más efectiva contra la desigualdad principalmente económica entre escuelas públicas mediante la aplicación más estricta de las cláusulas citadas de la Enmienda XIV (67).

Alguna autora, no hace aún mucho tiempo, ha tratado de justificar el posible reconocimiento de un derecho fundamental a la educación a que debería proce-

(66) En *Craig v. Selma City School Bd*, 801 F.Supp. 585 (1992), un tribunal federal de un distrito de Alabama, dio por sentada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la doctrina expuesta de que no hay un derecho fundamental a la educación en la Constitución americana, rechazando en consecuencia que pudiera lesionarlo una sanción disciplinaria de expulsión escolar.

(67) Así, por ejemplo, BITENSKY, S. H., «Theoretical foundation...», cit., pág. 553, basándose en las Cláusulas del Debido Procedimiento y de la garantía de los Privilegios e Inmidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, de la XIV Enmienda, en la de Libertad de Expresión de la Primera, o en otros derechos constitucionales como el derecho de voto, tratando de reforzarlo con la invocación de los derechos que la IX Enmienda reconoció que se mantenían en el pueblo, el papel del derecho internacional de los derechos humanos como fuente de valores constitucionales y lo que considera evidencias históricas del originario proyecto de quienes aprobaron la Constitución.

Se intenta encontrar inspiración en los más diversos casos resueltos por el Supremo. Así, para justificar la aplicación del Debido Procedimiento, se ha llegado a ver una nueva forma de aproximarse a los derechos fundamentales —que estarían implícitos en el texto constitucional— en *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003)] que declaró inconstitucional una ley de Tejas que permitía sancionar conductas homosexuales en ámbitos tan privados como la propia casa (WILKINS, B., «Should Public Education be a Federal Fundamental Right», *Brigham Young University Education and Law Journal*, 2005, págs. 288-289), pero es claro que la libertad en el ámbito de la intimidad del domicilio nada puede tener que ver con lo que comporta un derecho fundamental prestacional como el que sería el de la educación. Como tampoco la libertad contractual o incluso el derecho al reconocimiento de la condición paterna (en la argumentación de algunas opiniones minoritarias en el asunto *Michael H. v. Gerald D.* [491 U.S. 110 (1989)] en que se detuvo BITENSKY (*op. cit.*, págs. 580-581 y 584-596).

der el Tribunal Supremo, en un «genuino consenso nacional», que habría sido ya el principal argumento que habría llevado a considerar que la prohibición de la pena capital para quienes, antes de cumplir 18 años, cometiesen un delito legalmente castigado con ella, está implícitamente contenida en la prohibición de penas crueles e inusuales de la VIII Enmienda, en *Roper v. Simmons*, una sonadísima y discutidísima sentencia de 2005 que tuvo a cuatro magistrados en contra (O'Connor, que escribió una larga opinión discrepante, y Scalia, autor de otra muy larga más rotundamente en contra, al que se unieron Thomas y Rehnquist). Esta autora funda además la aplicación de tal criterio al derecho a la educación, en la afirmación, claramente errónea como enseguida veremos, de que ya un total de 48 Constituciones estatales lo reconocen (68), una casi unanimidad —dice— que, desde luego, no existía en el discutible asunto de la aplicación a jóvenes de la pena de muerte y que allanaría el camino frente a objeciones como las que presentaron en *Roper* —recuerda— los jueces discrepantes (69). Vendría además, según la misma autora, a respaldarlo —siguiendo el criterio hermenéutico admitido en *Roper* y rechazado en tonos muy fuertes en la opinión de Scalia—, el consenso internacional sobre el derecho a la educación (70). Pero más adelante veremos la resistencia que los Estados Unidos vienen mostrando precisamente a la recepción de los tratados internacionales sobre derechos sociales.

No parece, en fin, que la educación llegue a reconocerse como derecho fundamental prestacional a nivel federal americano sin una enmienda constitucional que así lo disponga.

En los últimos años se ha presentado repetidamente alguna propuesta de enmienda con ese objetivo, aunque parece que con apoyos decrecientes (71).

(68) HOLLAND, A. A., «Resolving the Dissonance of Rodriguez and the Right to Education: International Human Rights Instruments as a Source of Repose for the United States», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 41 (2008), pág. 260, nota 24, citando un trabajo de diez años antes: CHAMBERS, J., «Adequate Education for All: A Right, an Achievable Goal», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, núm. 55 (1987), pág. 65.

(69) HOLLAND, A. A., *op. cit. ibid.*, pág. 260.

(70) Había ya invocado la costumbre internacional DE LA VEGA, C., «The Right to Equal Education: Merely a Guiding Principle or Customary International Legal Right?», *Harvard Black-Letter Journal*, núm. 11 (1994), págs. 37 y sigs. Pero *vid.* ALLAN, J., y HUSCROFT, G., «Constitutional Rights Coming Home to Roost? Rights Internationalism in American Courts», *San Diego Law Review*, núm. 43 (2006), págs. 1 y sigs.

(71) El 10 de abril de 2000 (106 Congreso) el diputado de Illinois Jesse Jackson Jr. presentó en la Cámara de Representantes una propuesta de enmienda constitucional (H.J.Res.97), que no recibió ningún otro apoyo, para garantizar que «todos los ciudadanos de los Estados Unidos gozarán del derecho a una educación pública de igual alta calidad». La propuesta pasó al Subcomité constitucional el 27 de abril, y parece que allí concluyó su andadura. Con iguales resultados volvió

Es de notar, con todo, que el derecho que se querría constitucionalizar en una iniciativa como la mencionada se limitaría a la educación pública, y aunque habría luego que interpretar qué habría que entender por tal, es evidente el riesgo de que quiera entenderse referido específicamente a las escuelas propiamente públicas, si bien quizás pudiera llegar a poder comprender también no sólo las escuelas con financiación pública y estatuto particular de autonomía que son hoy las *charter schools* sino a cuantas, surgidas de la libertad y el pluralismo y ajustadas a las exigencias mínimas necesarias, pudiesen ser escogidas con financiación pública por los ciudadanos por cubrir con ellas los objetivos públicos de la educación.

En cualquier caso hay que tener en cuenta el federalismo, en cuya virtud, como ya dijimos, en su actual expresión constitucional, la regulación e intervención pública en la educación es, en los Estados Unidos, competencia de cada uno de sus 50 Estados salvo en el Distrito de Columbia o Federal. Lo que se viene discutiendo, por tanto, y lo que ha zanjado el Supremo federal se refiere exclusivamente a si los ciudadanos tienen o no un derecho fundamental constitucionalmente garantizado a nivel federal, para recibir la correspondiente educación a cargo de los Estados, no a cargo de la Unión. Pero no puede dejar de observarse que, de reconocerse un derecho fundamental prestacional a la educación en el ordenamiento constitucional federal, fácilmente se estaría a la vez implícitamente asignando una competencia a la Federación para satisfacerlo en caso necesario o, al menos, para intervenir, también con regulaciones, en su garantía, a no ser que un texto constitucional claramente estableciera lo contrario. Aunque en la abundante literatura sobre el tema apenas se apunta esta importante implicación alguna vez, no es de excluir que la preocupación por evitar este resultado haya actuado en el ánimo de los magistrados del Supremo y siga actuando en muchos ámbitos institucionales conscientes de las implicaciones del federalismo que, hoy por hoy, preside la estructura política norteamericana.

a presentarse el 9 de marzo de 2001 (107 Congreso) como H.J.Res.31, pero entonces lo apoyaron otros 29 representantes (*cosponsors*). Ocurrió lo mismo cuando se presentó de nuevo —ya como H.J.Res.29— el 3 de marzo de 2003 (108 Congreso), llegando entonces a recibir el apoyo de 37 representantes. Otra vez se presentó en el 109 Congreso, el 2 de marzo de 2005, con un resultado semejante (tuvo 35 *cosponsors*); lo mismo en el 110 Congreso, el 13 de febrero de 2007 (pero ya sólo 9 *cosponsors*), e igualmente en el 111 Congreso, el 3 de marzo de 2009 (9 *cosponsors*) y en el 112.º Congreso, el 14 de febrero de 2011 (al 17 de noviembre de 2011 figuran 28 *cosponsors*). Desde 2005 la propuesta —siempre H.J.Res.29— amplió ese derecho a todas las personas, sin limitarlo a los ciudadanos americanos.

IV. RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A LA EDUCACIÓN EN LA ESCUELA PÚBLICA EN UN TERCIO DE LOS ESTADOS

Pocos han sido los Estados de la Unión en los que no se han planteado las más duras batallas jurídicas ante sus propios tribunales estatales en torno al mismo problema que resolvió en 1973, en la jurisdicción federal, la sentencia *Rodríguez*. Las primeras se desencadenaron coincidiendo en el tiempo más o menos con la que resolvió entonces el Tribunal Supremo federal, aunque alguna fue fallada incluso poco antes y en sentido no coincidente precisamente con *Rodríguez*. Pero tras la negativa del Supremo de la nación a considerar contrario a la Constitución americana el sistema de financiación de las escuelas públicas de Tejas aunque de él se derivasen diferencias económicas muy apreciables entre las de unos distritos y otros, la lucha contra ese tipo de sistemas, común en los diversos Estados con pocas variantes, se volcó en los tribunales estatales y sobre la base de las propias Constituciones de los Estados, tratando de obligar a sus Poderes legislativos a modificar unos sistemas de financiación que los recurrentes consideraban inconstitucionales por lesivos de un derecho a una educación pública de calidad e igual que tales Constituciones garantizarían de uno u otro modo, o de los deberes que al respecto imponen al Estado. Protagonizada generalmente por ciudadanos individuales como padres de alumnos en representación de sus hijos y en nombre propio, por asociaciones de padres y de vecinos, o incluso por los órganos rectores de diversos distritos escolares con menos recursos o de sus escuelas, y alentada por diversos grupos, abogados y profesores, se generalizó a casi todos los Estados, antes o después, a lo largo de treinta años, con resultados heterogéneos. En los años ochenta y noventa se publicaron bastantes artículos en las revistas jurídicas sobre el asunto y aun algunos ya en los dos mil, generalmente dirigidos a argüir y probar la necesidad de reducir o suprimir las diferencias económicas entre las escuelas públicas de cada Estado resultantes del sistema de su financiación, y, en muchos casos, fundando todo en el necesario reconocimiento de la educación (pública) como un derecho fundamental implícitamente garantizado en las correspondientes Constituciones estatales, al que habría que aplicar con los criterios más estrictos la Cláusula de Igual Protección e incluso la del Debido Procedimiento que también suelen tener esas Constituciones.

La verdad es que tampoco estas Constituciones reconocen formalmente un derecho a la educación, ni siquiera referido a la que se imparta en escuelas públicas, y ello a pesar de la tardía aprobación de no pocas de ellas a finales del XIX o incluso en el siglo XX, y aun en años cercanos a nosotros en más de un

caso de renovación constitucional completa (72), y, por lo tanto, cuando ya la doctrina sobre los derechos sociales estaba muy difundida y se había incorporado a muchas Constituciones europeas y de otras partes del mundo. La garantía constitucional de tal derecho ha tenido, pues, que reconocerse como algo implícito en los deberes del Estado que sobre la educación sí que suelen contener todas las Constituciones.

La mayoría, sin embargo, de los Tribunales Supremos estatales no han reconocido que la educación constituya en los ordenamientos constitucionales estatales correspondientes un derecho fundamental o constitucional, pronunciándose incluso, en varios casos, explícitamente en contra de tal calificación de la educación en la Constitución del Estado correspondiente, aun cuando en algunos de estos casos se haya declarado inconstitucional el sistema de financiación de las escuelas públicas o el que no aseguren una calidad educativa suficiente a todos, por contrario a los deberes que la Constitución impone al Estado.

En 22 Estados, aunque los Tribunales han tenido que encarar la cuestión, y salvo alguna alusión excepcional en algún caso, no se ha ido más allá de reconocer, de modo suficientemente explícito, lo que, sin duda, es algo común en la generalidad de sus Constituciones: un deber público constitucional del Estado o incluso, muchas veces, más específicamente de su Legislatura, configurado de una u otra manera, pero con frecuencia en términos iguales o muy similares, en relación con la educación y en particular con la impartible en escuelas públicas, aun, ciertamente, incluyendo por lo general un principio de universalidad, que obliga a ponerla al alcance de todos los habitantes del Estado en edad escolar (73).

(72) En 1970, por ejemplo, Illinois, como recordó expresamente *Committee v. Edgar*, 672 N.E.2d 1178 (1996), págs. 1194-1995, o en 1986 Rhode Island, como advertiría *City of Pawtucket v. Sundlun*, 662 A.2d 40 (1995), pág. 50.

(73) Es el caso de Nueva Jersey [*Robinson v. Cahill*, 303 A.2d 273 (1973), que, contra lo que algunos han dicho, no sólo no reconoce a la educación como derecho fundamental, sino que —dictada por unanimidad— analiza muy críticamente la relevancia de esta calificación y afirma que lo que dijo en *Brown* el Supremo federal nada tiene que ver con su calificación como derecho fundamental; y *Abbot v. Burke (Abbott II)*, 575 A.2d 359 (1990)], Idaho [*Thompson v. Engelking*, 537 P.2d 635 (1975) y las sucesivas sentencias promovidas principalmente por la *Idaho Schools for Equal Educational Opportunity*, destacadamente *ISEEO v. Evans*, 850 P.2d 724 (1993)—que llega a admitir hablar de un derecho derivado del deber que la Constitución impone a los Poderes públicos, pero no de un derecho fundamental— e *ISSEO v. State*, 129 P.3d 1199 (2005) donde sólo se habla del deber público]; Oregón [*Olsen v. State*, 554 P.2d 139 (1976) y *Coalition v. State*, 811 P.2d 116 (1991)]; Ohio [*Bd. of Ed. of City Sch. Dist. (Cincinnati), etc. v. Walter*, 390 N.E.2d, 813 (1979), y *DeRolph v. State*, 677 N.E.2d 733 (1997) alabada por su equilibrio entre revisión judicial y separación de poderes, en OBHOF, L. J., «Rethinking judicial activism and restraint in state school finance litigation», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 27-2 (2003-2004), pág. 573];

En Alabama, aunque un largo conflicto ha enfrentado a los Tribunales con el Legislativo y el Ejecutivo e incluso con el electorado, éste finalmente, por el momento, ha respaldado en 2004 el mantenimiento del precepto constitucional introducido en 1956, en el que se afirma expresamente que «nada en esta Constitución se entenderá que crea o reconoce derecho alguno a la educación o a la formación profesional a expensas públicas» (74).

En Michigan es una cuestión muy discutida, sin que el Tribunal Supremo se haya decidido a reconocer el derecho fundamental (75).

Pensilvania [*Danson v. Casey*, 399 A.2d, 360 (1979), *Marrero by Tabales v. Commonwealth*, 709 A.2d 956 (1998) y *Pennsylvania Association of Rural and Small Schools v. Ridge*, 737 A.2d 246 (1999)]; Georgia [*McDaniel v. Thomas*, 285 S.E.2d 156 (1981)]; Colorado [*Lujan v. Colorado State Bd. of Ed.*, 649 P.2d 1005 (1982)]; Maryland [*Hornbeck v. Somerset*, 458 A.2d 758 (1983), y *Board of Educ. v. Bradford*, 875 A.2d 703 (2005)]; Carolina del Sur [*Richland County v. Campbell*, 364 S.E.2d 470 (1988), y *Abbeville County School Dist. V. State*, 515 S.E.2d 535 (1999)]; Montana [*Helena Elem. Sch. Dist. v. State*, 769 P.2d 684 (1989), aunque alude a un derecho constitucional a una igualdad de oportunidades en la educación]; Texas [*Edgewood Independent School Dist. v. Kirby*, 777, S.W.2d 391 (1989)]; Massachusetts [*McDuffy v. Secretary of the Executive Office of Education*, 615 N.E.2d 516 (1993); *Doe v. Superintendent of Schools of Worcester*, 653 N.E.2d 1088 (1995), 1995, y *Hancock v. Commissioner of Education*, 822 N.E. 2d 1134 (2005)]; Nebraska [*Gould v. Orr*, 506 N.W.2d 349 (1993)]; ya había afirmado un deber constitucional dirigido a la Legislatura y no «self-executing» *State (ex rel. Shineman) v. Bd. of Educ.*, 42, N.W.2d 168 (1950)]; Kansas [*Unified School District v. State*, 885 P.2d 1170 (1994), y las sucesivas *Montoy v. State: Montoy I*, 62 P.3d 228 (2003), *II*, 102 P.3d 1160 (2005) y 120 P.3d 306 (2005), *III*, 112, P.3d 923 (2005) y *IV*, 138 P.3d 755 (2006)]; Maine [*School Adm. Dist. No. 1 v. Com'R Educ.*, 659 A.2d 854 (1995)]; Rhode Island [*City of Pawtucket v. Sundlun*, 662 A.2d 40 (1995)]; Illinois [*Committee v. Edgar*, 672 N.E.2d 1178 (1996), y antes, aun de modo muy limitado, *Blase v. State*, 302 N.E.2d 46 (1973)]; Florida [*Coalition for Adequacy v. Chiles*, 680 So.2d 400 (1996): con todo, aun sin llegar a afirmarse claramente, quizás la mayoría de los magistrados sí estaba en la idea de que la educación sea un derecho fundamental]; Missouri [*Committee for Educational Equality v. State*, 294 S.W.3d 477 (2009)]; Indiana [*Bonner ex rel. Bonner v. Daniels*, 907, N.E.2d 516 (2009)], y Dakota del Sur [*Olson v. Guindon*, 771 N.W.2d 318 (2009)].

Incluimos en este grupo a Louisiana, aunque no se ha pronunciado aún su Tribunal Supremo sino sólo Tribunales de Apelación: *Charlet v. Legislature of State*, 713 So.2d 1199 (1998), *Jones v. State Bd. Of Elem. And Secon.Ed.* 927 So.2d 426 (2005).

(74) Tuvo particular importancia la *Opinion of the Justices* del Tribunal Supremo, 624 So.2d 107 (1993), que, expresada a petición del Senado del Estado, confirmó la obligatoriedad de la decisión de un tribunal inferior que afirmó la invalidez por inconstitucionalidad federal de una parte del artículo XIV, secc. 256 de la Constitución de 1901, tras la Enmienda 111, de 1956 (la que se reproduce en el texto aquí anotado), y obligó a modificar el sistema de financiación pública de las escuelas públicas. Subyace a todo el conflicto, al parecer, una numantina resistencia a la integración racial imperada por *Brown*.

(75) *Milliken v. Green*, 212 N.W.2d 711 (1973). Esta decisión —en la que, refiriéndose a los argumentos de los recurrentes, habla de los derechos constitucionales a la educación, pero sin decidir sobre la cuestión— revocó otra del mismo Tribunal sobre el mismo caso, de 1972, que afirmaba que la educación es un interés fundamental: 203 N.W.2d 457 (1972).

En California, con la muy citada sentencia *Serrano v. Priest* de 1971 (76), y en Oklahoma en 1987 (77), la educación ha sido calificada como un *interés* fundamental a los efectos de aplicarle la Cláusula de Igual Protección contenida en sus Constituciones estatales con un «estricto escrutinio», pero sin calificarse como derecho fundamental.

En Nuevo México un juzgado de distrito resolvió en 1999 *Zuni Public Schools District v. State*, declarando inconstitucional e inválido el sistema de financiación de las escuelas públicas, pero no hemos podido acceder al contenido de la sentencia, y las autoridades legislativas y ejecutivas del Estado decidieron no recurrirla. No nos consta que haya habido un pronunciamiento favorable a un derecho a la educación constitucional (78).

Hay, finalmente, cuatro Estados —Delaware, Utah, Nevada y Hawai— en los que parece que ni ha habido conflictos judiciales sobre el sistema financiero de las escuelas públicas ni ningún otro en que se haya planteado la índole constitucional de la educación, y en Iowa, tras haberse resuelto uno en 2004 mediante un acuerdo extraprocésal, se ha vuelto a formalizar otro —*King v. State* en el distrito de Polk County— sin que conste aún ninguna sentencia.

Sólo se ha reconocido, en suma, un derecho fundamental o, al menos, constitucional a la educación, en 18 Estados (79), y siempre con ocasión del

(76) 487 P.2d. 1241 (1971). Conocida también como *Serrano I*. Mantuvo la misma terminología *Serrano II*, 557 P.2d 929 (1976).

(77) *Fair Sch. Finance Council v. State*, 746 P.2d 1135 (1987).

(78) *Vid.* CARRILLO CRUZ, L., «No cake for Zuni: The constitutionality of New Mexico's Public School Capital Finance System», *New Mexico Law Review*, núm. 37 (2007), págs. 307 y sigs.

(79) Arizona [*Shofstall v. Hollins*, 515 P.2d 590 (1973), si bien se distancia de esa posición en *Roosevelt v. Bishop*, 877 P.2d 806 (1994)]; Dakota del Norte [*In Interest of G.H.*, 218 N.W.2d 441 (1974), *Lapp v. Reeder Public Sch. Dist*, 491 N.W.2d 65 (1992), y *Bismarck Pub. Sch. Dist N° 1 v. State*, 511 N.W.2d 247 (1994)]; Alaska [*Hootch v. Alaska State-operated School System*, 536 P.2d 793 (1975)]; Wisconsin [*Buse v. Smith*, 247 N.W.2d 141 (1976) y *Kukor v. Grover*, 436 N.W.2d 568 (1989)]; Connecticut [*Horton v. Meskill (Horton I)*, 376 A.2d 359 (1977) y *Sheff v. O'Neill*, 678 A.2d 1267 (1996)]; Washington [*Seattle School District v. State*, 585 P.2d 71 (1978)]; Virginia Occidental [*Pauley v. Kelley*, 255 S.E.2d 859 (1979)]; Wyoming [*Washakie County Sch. Dist. N° 1 v. Hershler*, 606 P.2d 310 (1980) y *Campbell County Sch. Dist. v. State*, 907 P.2d 1238 (1995)]; Arkansas [*Dupree v. Alma School District*, 651 S.W.2d 90 (1983) y *Lake View Sch. Dist. No25 v. Huckabee*, 91 S.W.3d 472 (2002)]; Carolina del Norte [*Sneed v. Board of Education*, 264 S.E.2d 106, 113 (1980), *Britt v. N.C. State Bd. Of Educ*, 357 S.E.2d 436 (1987), *Leandro v. State of North Carolina*, 488 S.E.2d 249 (1997) y *Hoke County Bd. of Educ. v. State of N.C.*, 599 S.E.2d 365 (2004)]; Kentucky [*Rose v. Council for Better Education*, 790 S.W.2d 186 (1989)]; Minnesota [*Skeen v. State*, 505 N.W. 2d 299 (1993)]; Tennessee [*Tennessee Small Sch. Sys. V. McWherter*, 851 S.W.2d 155 (1993) y *Tennessee Small Sch. Sys. V. McWherter (2)*, 894 S.W.2d 734, 735 (1995)]; Virginia [*Scott v. Commonwealth*, 443 S.E.2d 138 (1994)]; Nueva York [*Campaign for Fiscal Equi-*

mencionado conflicto sobre el sistema de financiación de las escuelas públicas y la calidad de las escuelas públicas —aunque no en todos los casos se haya entendido que lo lesionen ciertas diferencias entre ellas—, salvo en el caso de Mississippi, que es uno de los pocos Estados en que esto no ha generado un conflicto judicial, pero donde se ha reconocido en 1985 tal derecho, aun sin clara fundamentación constitucional, en un recurso contra una sanción de expulsión temporal de un par de alumnos por un semestre (80).

En todo caso, el derecho a la educación discutido ha sido sólo siempre el que tendría por objeto, en efecto, a la educación pública y gratuita que las Constituciones suelen poner a cargo, como hemos dicho, del Estado, en términos más o menos enfáticos, o incluso más precisa y concretamente a la proporcionada en las escuelas públicas que tales Constituciones obligan a establecer para atender a toda la población. No hay, por tanto, la menor atención a una dimensión de libertad en tal derecho a la educación, ni, en consecuencia, a una estructura dual, integrada y transversal del contenido de este derecho como derecho a la vez prestacional y —primariamente— de libertad. No hay la menor referencia de conexión entre la libertad educativa y el derecho a la educación. Además, como hemos repetido, la calificación como fundamental de un derecho limita por lo común su relevancia a su eventual incidencia en una aplicación más estricta de la igualdad constitucionalmente garantizada, sin más (81). No tiene, por todo ello, demasiada relevancia en la práctica que en unos Estados se haya reconocido el derecho constitucional

ty v. State (CFE I), 655 N.E.2d 661 (1995) —no *R.E.F.I.T. v. Cuomo*, de la misma fecha, 655 N.E.2d 647 (1995)— reconoció en los niños una «titularidad» sobre unas mínimas condiciones educativas (pág. 666), que expresa ya como un «derecho constitucional a una sólida educación básica» *Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State (CFE II)* 801 N.E.2d 326 (2003), págs. 346 y 349, aun con las aclaraciones en la misma fecha de *Paynter v. State*, 797 N.E.2d 1225 (2003); *Board of Educ., Levittown, etc. v. Nyquist*, 439 N.E.2d 359 (1982) había rechazado que fuese un derecho fundamental]; Nuevo Hampshire [*Claremont Sch. Dist. v. Governor (Claremont II)*], 703 A.2d 1353 (1997)], y Vermont [*Brigham v. State*, 692 A.2d 384 (1997), aunque no de modo indubitable].

(80) *Clinton Municipal Separate School District v. Byrd* [477 So. 2d 237, (1985)], que afirma que es un derecho fundamental en el Derecho del Estado —sin argüir una justificación constitucional— que debe beneficiarse de la garantía constitucional del debido procedimiento, si bien finalmente entendió que la sanción de que se trataba no la vulneraba.

(81) Aunque no falten explicaciones similares a la que el Tribunal Supremo de Illinois hizo en *Committee v. Edgar*, 672 N.E.2d 1178 (1996), pág. 1194, cuando, citando pronunciamientos anteriores, decía que «los derechos fundamentales son sólo aquellos que se encuentran en el corazón de las relaciones entre el individuo y la forma republicana del gobierno nacional, por lo que incluyen la expresión de las ideas, la participación en el proceso político, la circulación entre los Estados y la privacidad con respecto a los más íntimos y personales aspectos de la vida de cada uno». Es precisamente a estos derechos o libertades a los que suele reconocerse carácter fundamental a los efectos de la Cláusula de Igual Protección. Pero ya se ve el estrecho planteamiento que preside el acotamiento de esta noción.

o incluso fundamental a la educación, y en otros sólo el correspondiente deber público de poner la correspondiente educación a disposición de todos. Ni en unos ni en otros hay el menor atisbo de una plena comprensión y reconocimiento del derecho a la educación como derecho a la educación en libertad, y la verdad es que la mayor o menor igualdad de la educación en las escuelas públicas es asegurada mejor o peor por los Estados con independencia de que sus Tribunales hayan reconocido o no a la educación como un derecho constitucional o fundamental. Es notable que la abundante literatura jurídica que se ha producido sobre todo esto en todo Estados Unidos —muchas veces por autores claramente comprometidos en particular con los derechos de las minorías— se mueve asimismo por lo general dentro de estos planteamientos. Y, aunque hay también, por otro lado, no pocos estudios sobre la libertad educativa y los derechos preferentes de los padres e incluso sobre el derecho complementario a una financiación pública de su ejercicio que acabe con las actuales situaciones de injusticia experimentada por quienes han de pagar doblemente por la educación de sus hijos si quieren ejercer la libertad, no hemos encontrado ningún estudio que aviste una esencial integración de todo ello en el derecho a la educación.

V. INCIDENCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Quizás podría ayudar, en efecto, al cambio de enfoque, como algunos han apuntado, que el mundo jurídico y político americano mirase más al ordenamiento internacional sobre los derechos humanos y en particular a los compromisos que ya ha adquirido la propia nación en algunos tratados internacionales ratificados por Estados Unidos, y más aún a los implicados en otros que ha firmado o debería firmar, pero que aún no ha ratificado.

Es muy notable la resistencia que Estados Unidos viene mostrando a la ratificación de diversos convenios o acuerdos internacionales sobre derechos humanos en general y sobre los económicos y sociales en particular, incluidos concretamente los más importantes para la educación, aunque en no pocos casos sí los haya llegado a firmar hace tiempo (82).

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue redactada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas bajo el impulso del

(82) Cfr., al respecto, *Treaties and other International Agreements: the Role of the United States Senate (A Study prepared for the Committee on Foreign Relations United States Senate by the Congressional Research Service, Library of Congress, January 2001)*, U.S. Government Printing Office, Washington, 2001, particularmente págs. 285 y sigs.

Presidente Truman y con la destacada participación de Eleanor Roosevelt, delegada de Estados Unidos en dicha Asamblea por nombramiento de aquél entre 1945 a 1952 (83). Pero a pesar de ello y de que en la Declaración Universal el derecho a la educación es objeto específico de todo un artículo, el 26, los Estados Unidos, que han ratificado en 1992, aun con importantes reservas, observaciones y declaraciones, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, que la desarrolla en una parte, firmaron a la vez el mismo 5 de octubre de 1977, pero no han llegado a ratificar, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de la misma fecha y de similar importancia en cuanto al desarrollo y aplicación de la Declaración Universal, con un artículo 13 de muy especial relevancia para el derecho a la educación (84). Algo parecido ocurre con otros importantes textos internacionales relevantes para el derecho a la educación, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a la espera de su ratificación desde que fuera firmada en 1994 (85). La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 —que contiene algún precepto de relevancia para la educación—, fue firmada por Estados Unidos en 1980, pero tampoco ha sido ratificada (86). Y la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra la discriminación en el ámbito de la enseñanza, mucho más importante aún que la anterior, por su más amplio y específico contenido educativo, ni siquiera ha recibido su firma (87).

Por lo que se refiere a los textos internacionales de ámbito regional americano ocurre algo similar. Estados Unidos firmó el 1 de junio de 1977 la Convención Americana sobre Derechos Humanos o «Pacto de San José de Costa Rica» de

(83) Vid. GLENDON, M. A., *A World made new (Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights)*, New York, Random House, 2001.

(84) Desde su recepción en el Senado el 23 de febrero de 1978, tan sólo ha cubierto algunos trámites de audiencia en noviembre de 1979, sin que, desde entonces, haya vuelto a tratarse de su aprobación por esta Cámara.

(85) En la sentencia *Roper v. Simmons*, de 1 de marzo de 2005 [543 U. S. 551 (2005), pág. 576], el Tribunal Supremo reconoció que, de los diversos Estados del mundo, sólo Estados Unidos y Somalia no habían ratificado aún esta Convención.

(86) Aunque el Senado siguió el procedimiento para autorizar la ratificación en 1994 y en 2002, en las dos ocasiones acabó rechazándola, aun con las observaciones que la Comisión correspondiente había propuesto.

(87) Si se ha ratificado, en 1994, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial —en vigor internacional entre los Estados que la ratificaron desde enero de 1969—, sin duda importante, pero, además de no contener una afirmación explícita del derecho a la educación, es evidente que, en punto precisamente a la discriminación racial, hacía tiempo que los Estados Unidos tenían ya preceptos constitucionales y una doctrina jurisprudencial de valor y eficacia superiores.

1969, pero no la ha ratificado, aunque en materia de educación —art. 12.4— no dice más que lo ya establecido en el artículo 18.4 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, salvo el compromiso genérico establecido en el artículo 26, de consecución progresiva de «la efectividad de los derechos que se derivan de las normas [...] sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles» (88). Pero ni siquiera ha firmado luego el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o «Protocolo de San Salvador», adoptado en esta ciudad en 1988 y ya en vigor desde 1999, que tiene un importante artículo 13 sobre el derecho a la educación, aun con formulación muy similar a la del ya mencionado artículo 13 del Pacto Internacional de Nueva York, de 1966, sobre ese mismo tipo de derechos.

No han dejado de presentarse en la Cámara de los Representantes propuestas de resoluciones para instar al Senado a autorizar la ratificación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y especialmente los que ya tiene firmados (89). Pero no hay indicios de que esto vaya, de momento, a hacer cambiar las cosas.

Además de la propensión americana a no aceptar compromisos internacionales que puedan comportar —en su percepción— algún riesgo práctico para su soberanía y la plena supremacía de su Constitución interpretada por sus tribunales, y de la mayoritaria reticencia a admitir la imposición de intervenciones públicas restrictivas de las libertades, anclada en un fuerte individualismo jurídico (compatible con un importante nivel de solidaridad social voluntaria), pesa en la

(88) La versión inglesa no explicita esta condición relativa a los recursos disponibles.

(89) Es de mencionar especialmente la Propuesta de Resolución de 7 de mayo de 2009 (H.Res.416), con la que se querría expresar el sentimiento de que Estados Unidos debería convertirse en líder internacional de los derechos humanos con la ratificación y puesta en práctica de determinadas convenciones esenciales y, entre ellas, concretamente —en lo que aquí más interesa— el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de la discriminación de la mujer o la Convención sobre los Derechos del Niño. Fue presentada por John Lewis (Georgia), del Partido Demócrata, y está avalada por otros 39 representantes del mismo Partido, elegidos en 20 Estados. Fue enviada a las Comisiones de Asuntos Exteriores y de lo Judicial (y a la Subcomisión de Inmigración, Ciudadanía, Refugiados, Seguridad de Fronteras y Derecho Internacional) y no son conocidos nuevos pasos. En el 112 Congreso, ha vuelto a presentarse como H.Res.312 el 16 de junio de 2011 y cuenta por ahora con 19 *cosponsors*. El 6 de enero de 2009 se había ya presentado además la propuesta H.Res.22, por otro diputado, que fue avalada por otros 133, para pedir al Senado que apruebe la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer. El 5 de enero de 2011 ha vuelto a reiterarse en el 112 Congreso como propuesta de H.Res.20, y cuenta con el apoyo de 119 diputados a la altura de noviembre de 2011.

actitud americana ante los tratados la importancia que otorgan a su federalismo. Es habitual que, al ratificarse los tratados se incluya una cláusula que querría expresar que lo en ellos dispuesto no altera el reparto de poderes en la Federación y los Estados, obligando a aquélla y a éstos en lo que les corresponde, sin perjuicio del compromiso del Estado Federal de tratar de hacer cumplirlos por parte de los Estados con los medios que le proporciona el propio sistema federal (90). No es casual que la autorización o aprobación de la ratificación corresponda al Senado y por 2/3, donde están representados, como se sabe, de forma igual los 50 Estados, con independencia de su población, territorio o peso económico y social (91). Aunque no puedan cambiar el reparto de competencias, es claro que muchos tratados pueden comportar por sí mismos el establecimiento de una regulación en materia sobre la que la Federación carecería de títulos constitucionales internos para ello —ya hemos dicho, por ejemplo, que no puede regular la educación directamente— o en la que, al menos, no esté claro que los tenga (92). Y lo que no es competencia constitucionalmente atribuida a la Federación, corresponde a los Estados. Los tratados son así unas normas que, en su caso, además de su carácter internacional y precisamente por él, incrementan el Derecho federal —«la suprema ley de la tierra», en términos del artículo VI de la Constitución—, restringiendo el margen regulador de los Estados. Su aprobación por el Senado querría expresar la necesidad de contar con ellos, aunque el actual sistema de elección popular directa de los senadores, desde la XVII Enmienda (1913), haya desdibujado su naturaleza inicialmente representativa de los Estados institucionalmente considerados. Que se resista muchas veces a la incorporación de nuevos tratados reflejará la correspondiente reticencia de los Estados —a veces solamente por un simple sentimiento de defensa de su ámbito de poder—, de la que los senadores, de uno u otro modo, se sienten portavoces.

Ahora bien, es de notar que la Carta de la Organización de Estados Americanos, de 1948, que sí que fue ratificada por Estados Unidos, el 15 de junio de 1951, con la sola reserva habitual relativa a sus preocupaciones federales, tanto antes como después del Protocolo de «Buenos Aires» de 1967 —asimismo ratificado por los Estados Unidos, el 23 de abril de 1969, y esta vez sin reservas—, sí que reconoce el derecho a la educación, en la estela de la Declaración Univer-

(90) Cfr. *Treaties and other International Agreements...*, cit., pág. 287.

(91) Recuérdese que hay Estados como California con casi 37 millones de habitantes o Tejas con casi 25, mientras que siete tienen menos de 1 millón.

(92) Vid. la voz «Treaties», en *American Jurisprudence*, 2d, 74, West Group, 2001, pág. 822, y *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), ampliamente comentada por HENKIN, L., *Foreign Affairs and the United States Constitution*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 190 y sigs.

sal de 1948. Además de las referencias a la educación en otros de sus artículos, el 49 antes de dicho Protocolo, y el 47 tras las reformas introducidas por él en la Carta, expresamente dice que «los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación» sobre las bases que allí se indican, distinguiendo los niveles de la educación primaria, secundaria y superior, en términos análogos a los de la Declaración Universal (y, más tarde, la Convención de los Derechos del Niño). Aquí sí que hay, por tanto, un asunción formal y vinculante del derecho a la educación, aun condicionado, ciertamente, en cuanto a su efectiva exigencia y satisfacción, por lo que permitan las normas constitucionales respectivas, y, además, sin referencia explícita alguna a su dimensión de libertad, que, sin embargo, podría ser deducida del principio establecido en lo que, tras el Protocolo de Buenos Aires, es el artículo 43 de la Carta, en cuya virtud «todos los seres humanos, sin distinción [...] tienen derecho a [...] su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica» (93). Pero no hay una formulación determinada y precisa sobre las implicaciones de la libertad en el derecho a la educación que sí aparecen en cambio en otros de los textos internacionales antes citados (94). Uno de ellos, sin embargo, sí que ha sido ratificado por Estados Unidos e importa destacarlo también aquí: es el artículo 18 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos (PIDCP), que, a propósito de la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa, en su apartado 4, dispone que «los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Es sólo un aspecto de la libertad educativa, cuyas exigencias se reducen

(93) Aunque es excepcional que la doctrina norteamericana sobre el derecho a la educación repare en las normas internacionales, advierte sobre las implicaciones de la ratificación de la Carta de la OEA y del Protocolo de Buenos Aires —pero mencionando sólo, sin más, el citado art. 47 y sin analizar sus efectos específicos en el ordenamiento de los Estados— HOSTETLER, J. M., «Testing Human Rights: the impact of high-stakes tests on english language learners' right to education in New York city», *New York University Review of Law & Social Change*, núm. 30 (2006), pág. 492.

(94) *Vid.* COOMANS, F., «Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches», *Persona y Derecho*, núm. 50 (2004), págs. 61 y sigs.; NOWAK, M., «The right to education», en ASBJORN, E., KRAUSE, C., y ROSAS, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights (A text book)*, Dordrecht-Boston-London, M. Nijhoff, 1995 (hay 2.^a ed. de 2001, con apenas modificaciones), págs. 189 y sigs.; y nuestro «El artículo 27 de la Constitución: Análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España», *Cuadernos de Derecho Judicial (Aspectos jurídicos del sistema educativo)*, Madrid, CGPJ, 1993, págs. 11-58.

además si no se integran plenamente en el derecho a la educación. De todos modos puede comportar más consecuencias en combinación con lo dispuesto en el artículo 26 del mismo Pacto, que obliga a los Estados a una «igual y efectiva protección» contra la discriminación, y que el Comité de Derechos Humanos (ahora substituido por el nuevo Consejo de Derechos Humanos) ha interpretado en el sentido de que «exige algunas veces a los Estados Parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación...» (95). ¿No hay diferencias en las posibilidades efectivas de ejercicio de aquella libertad en razón de la diversa condición económica? ¿Cómo se satisface esa libertad en las escuelas públicas a donde acude cerca del 90 por 100 de los educandos americanos? Muchos dicen que basta con que la escuela pública sea «neutral» marginando en ella cuanto se refiera a la religión e incluso la moral, de lo que ha de ocuparse la familia o las iglesias, etc., pero esta tesis se sustenta en una falaz creencia en la posibilidad de separar como compartimentos estancos cuanto se refiere al conocimiento «objetivo» y la educación «neutra» y las concepciones humanas básicas vitales, siempre relacionadas positiva o negativamente, explícita o implícitamente con lo moral y lo religioso. En la práctica la escuela supuestamente «neutra» educa en un determinado modo de ser, saber y vivir, que es sólo uno de los legítimos en los sistemas jurídicos garantes de la libertad. Quienes prefieren ser educados en otros modos de ser, saber y vivir no menos legítimos ¿han de hacerlo a su costa, y además mientras contribuyen al sostenimiento de aquella «única» educación sostenida por los fondos públicos?

Es claro, por lo demás, que lo establecido en los tratados internacionales no adquiere de suyo rango constitucional, pues, en la lógica del *treaty making power* está su subordinación a la Constitución y nada hay en la Constitución americana que se asemeje ni de lejos al artículo 10.2 de la Constitución española en orden a reconocer una importante relevancia hermenéutica constitucional preceptiva a los acuerdos internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, como los tratados internacionales, una vez ratificados, se incorporan a «la ley suprema de la tierra» norteamericana —junto a la Constitución y las leyes

(95) *Observación General núm. 18 (No discriminación)*, de 1989, n. 10. *Vid.*, sobre las implicaciones de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación al derecho de los padres sobre la educación de los hijos formulado sin restricción a lo religioso y moral por el artículo 2 del Protocolo 1.º del Convenio europeo de derechos humanos de 1950, nuestro estudio *Libertad de enseñanza y derecho a la educación en el Convenio europeo de derechos humanos (Estudio particular de sus implícitas exigencias sobre el régimen de la financiación pública de la enseñanza)*, Lectures, núm. 2, Ginebra, OIDEL, 1993.

del Congreso— sobre todo, si son «self-executing» (96), su carácter vinculante para los Estados no puede dejar de tener consecuencias incluso para sus respectivos ordenamientos constitucionales, ya que, como dice el artículo VI de la Constitución —«la Cláusula de Supremacía»—, no podrá aplicarse en ellos nada que sea contrario a ella en sus Constituciones o leyes (97). Lo que parece que debería llevar a modificar en su caso la mayor parte de esas Constituciones o, al menos, a reinterpretar sus «cláusulas educativas», de modo que, como ya se ha sostenido por algunos por otras razones, la noción constitucional de educación pública o de escuela pública se amplíe a estos efectos —más allá desde luego de lo que fuera la intención de quienes aprobaron esos preceptos hace más o menos tiempo— para abarcar a toda la educación que se imparta en cualquier escuela, gubernativa o privada —confesionalmente religiosa o no—, que acredite una suficiente demanda, sujeta a una serie de condiciones mínimas que garanticen su interés público y financiada de modo básicamente igual por la Administración educativa, que debería cubrir todos los gastos estandarizados que se establezcan si ha de ser gratuita, o la parte correspondiente a los alumnos que requieran ese apoyo público, fuera de tal supuesto. Algo que, sin duda, podría reforzarse no poco si Estados Unidos ratifican el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y los otros acuerdos internacionales ya reseñados.

Además, aunque en Estados Unidos los tratados y las leyes federales tienen el mismo valor (98), al no ser la educación materia propia de la competencia legislativa interna del Congreso, no parece constitucionalmente posible que alguna ley de éste (*federal statute*) pudiera desplazar de algún modo, por el principio de la *lex posterior*, a las normas internacionales ratificadas e incorporadas con ello al Derecho federal, ya que sólo podrían dictarse en cuanto fueren necesarias precisamente para la ejecución de los correspondientes tratados, al amparo de la sección 8 del artículo I *in fine* de la Constitución (99).

(96) *A contrario sensu* de lo dicho en la declaración III.1 anexa a la ratificación del PIDCP, se desprende que la mayor parte de su contenido, y concretamente su artículo 18, son «self-executing».

(97) *Vid.* en esta línea de razonamiento, DAVIS, M. F., «The spirit of our times: State Constitutions and International Human Rights», *New York University Review of Law & Social Change*, núm. 30 (2006), págs. 359 y sigs. En términos más generales, sobre la primacía de los tratados sobre el Derecho de los Estados, *vid.* la voz «Treaties», en *American Jurisprudence*, cit., págs. 831 y sigs.

(98) *Vid.* HENKIN, L., *Foreign Affairs...*, cit., págs. 209 y sigs.; la voz «Treaties», de *American Jurisprudence*, cit., pág. 829, y *Whitney v. Roberston*, 124.U.S. 190 (1888), pág. 194.

(99) *Cfr.* la ya citada sentencia *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), y *The Chinese Exclusion case (Chae Chan Ping v. United States)*, 130 U.S. 581 (1889), pág. 600, que admite que

VI. CONCLUSIÓN

Se ha escrito que «*el derecho a la educación*, incluyendo los varios aspectos de la libertad educativa y académica, constituye una parte esencial del Derecho contemporáneo de los derechos humanos» (100), porque efectivamente, además de la importancia que tiene en sí mismo, condiciona en gran medida el real ejercicio de los más de ellos (101).

La clave de la plenitud de este trascendental derecho fundamental radica en la efectiva garantía de la doble e inseparable dimensión de su contenido como derecho de libertad y prestacional o social, y en condiciones, obviamente, de suficiente igualdad. La libertad educativa no puede ser algo reservado en la práctica a quienes disfrutan de holgados recursos económicos. Resulta sumamente contradictoria y rechazable la extendida tesis de que los gobiernos pueden respetar la libertad educativa con sólo permitir que la ejerza el que pueda permitírsela con sus propios medios, como algo separado e independiente de la garantía efectiva del derecho a la educación, para cuya satisfacción bastaría con asegurar a sus titulares una escolarización en una escuela pública o gubernamental (102).

Estados Unidos, a pesar de haber sido de hecho un avanzado en el desarrollo escolar y educativo, presenta una situación jurídicamente atrasada, anclada aún en gran medida en planteamientos «decimonónicos» dependientes a la vez del despotismo ilustrado francés y prusiano y de un liberalismo individualista previo a la recepción de los derechos sociales con que se han profundizado y completado los derechos humanos. Se reconoce la libertad educativa para quien pueda pagársela. El derecho a la educación no está garantizado en la Constitución federal, ni tampoco en la expresión formal de las Constituciones estatales, aunque en algo más de un tercio de los Estados de la Unión se ha reconocido jurisprudencialmente como derecho constitucional e incluso, en los más de ese grupo de Estados, como derecho fundamental, pero referido exclusivamente a la escuela pública y con arreglo a parámetros de igualdad de diverso alcance según los Estados. Sin embargo, la obligatoriedad de algunos pocos preceptos internacionales ya incorporados, por la ratificación de los correspondientes

un tratado pueda ser desplazado por una ley del Congreso, pero cuando tenga por objeto algo de competencia de éste.

(100) NOWAK, M., «The right to education», cit., pág. 189 (2.^a ed., pág. 245).

(101) *Vid. op. cit. ibid.*

(102) Como, por cierto, parece aceptar acriticamente, entre tantos otros, el citado NOWAK, M., *op. cit.*, pág. 207 (sin modificar en la 2.^a ed., págs. 264-265).

tratados, al Derecho federal como «suprema ley de la tierra», debería llevar a una sustitución o a una reinterpretación de las «cláusulas educativas» de las Constituciones de los 50 Estados de modo que se reconociese efectivamente, como constitucionalmente garantizado, el derecho a la educación en libertad. Algo que podría reforzarse, desde luego, si Estados Unidos acaba por firmar o ratificar los diversos acuerdos internacionales más importantes en materia de educación que aún no ha firmado o ratificado, aun cuando los haya firmado ya hace tiempo.

RESUMEN

A pesar del amplio reconocimiento con que cuenta hoy el derecho a la educación, el Derecho constitucional federal de los Estados Unidos sólo lo ha reconocido en su dimensión primaria, traducida comúnmente en libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos, pero no en su dimensión de derecho social y menos aún en su vinculación inseparable con aquel contenido de libertad. Por otra parte, aunque ha suscitado una intensa y generalizada litigiosidad, únicamente en un tercio de los Estados miembros de la Unión está constitucionalmente garantizado el derecho social a la educación, y sólo como derecho a la escuela pública. En estas páginas se analiza esta realidad jurídica y el impacto que tiene al respecto o podría tener la ratificación por los Estados Unidos de algunos tratados internacionales.

PALABRAS CLAVE: derecho a la educación; derechos humanos; derechos fundamentales; derecho constitucional norteamericano; tratados internacionales.

ABSTRACT

Although the right to education is today largely recognized in the world, United States only recognize this right at the federal constitutional level in the primary aspect of its core, equivalent to the parents freedom to choose their children's education, but not as social right, even less as inseparably bound to that freedom. On the other hand, despite of the intensity and generalisation of judicial conflicts aroused about it, only a third of the Union's member States are guaranteeing under their constitutions a social right to education, and exclusively as a right to a public school. These pages analyze this legal reality and the impact that the ratification of some international treaties by the United States has or could have on it.

KEY WORDS: education law; human rights; fundamental rights; north american constitutional law; international treaties.