



**COMENTARIO DE LA PONENCIA DE LA PROF. DRA.
DOROTHEE FRINGS:
"ESTADO ACONFESIONAL Y LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS
EMPLEADOS PÚBLICOS. UNA VISIÓN DESDE ESPAÑA"**

*Ignacio Torres Muro
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
Del Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional*

(Versión provisional. Se ruega no citar en ningún caso)

**1. INTRODUCCIÓN. ALEMANIA Y ESPAÑA: DOS TRADICIONES
DIFERENTES ANTE EL FENÓMENO RELIGIOSO, PERO UNAS
SOLUCIONES CONSTITUCIONALES SIMILARES.**

Me corresponde en estas jornadas comentar el trabajo de la profesora Dorothee Frings titulado, en su traducción española, que es la que utilizaré, dado su buen nivel, "La libertad de culto de los empleados de la administración pública conforme el art. 33, parr. 3 de la Ley Fundamental con respecto a la neutralidad del Estado".

Como conozco mis limitaciones, y los organizadores de este encuentro también las conocen, creo que lo que se espera de mí es, más que una crítica de las tesis de la profesora Frings, con las que estoy sustancialmente de acuerdo, y que, además, difícilmente podría combatir dada mi escasa competencia en derecho alemán, un comentario a las mismas en las que se resalten los puntos de encuentro y divergencia entre las soluciones de aquél país y las españolas, que adelanto que presentan coincidencias, pero también algunas desviaciones en las que merece la pena detenerse.

Solo desde un juridicismo concebido como imperialismo excluyente y, por tanto, profundamente miope, puede prescindirse, a la hora de iniciar el análisis del tema que nos ocupa, de llamar la atención sobre las diferentes tradiciones

históricas en el tratamiento del fenómeno religioso en las que se incardinan Alemania y España. Nuestro país ha sido durante muchos años un ejemplo de confesionalidad católica, y solamente empezó a cuestionarse esta manera de ver las cosas en cortos períodos del siglo XIX, y ya en el siglo XX con la afirmación en la Constitución de la II República (1931) de que “El Estado español no tiene religión oficial” (art. 3).

Esto es así hasta el punto de que sigue resultando chocante que, en el contexto del primer constitucionalismo español (1812), el texto de Cádiz se proclamara “en el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad” y contuviera un artículo 12 en el que se disponía que “la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”. Hay explicaciones posibles, y fáciles, a dicho entusiasmo, pero el mismo es muy significativo (por todos, ver BILBAO UBILLOS 2012; el tratamiento de la religión en nuestra historia constitucional se repasa en BARRERO ORTEGA 2006, págs. 27 y ss.).

Más que la historia remota tiene también gran importancia la reciente, y en ese contexto hay que recordar que el régimen surgido de la sublevación del 18 de julio de 1936 proclamaba entre sus principios fundamentales (Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, art. II) que “la Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación”.

Estas normas son producto de una situación de base, a la que también hay que aludir, consistente en que, frente a la pluralidad alemana, España fue, desde 1492, y hasta hace muy poco, un ejemplo de sociedad en la que la casi totalidad de sus habitantes profesaban la fe católica, o no profesaban ninguna, dato este que nos aleja de naciones pluriconfesionales, como eran muchas de las europeas. Prácticamente no se toleraba la disidencia en materia religiosa, y la misma se solía solucionar con medidas drásticas (por ejemplo, la expulsión de los moriscos, ya en el siglo XVII).

El tratamiento tradicional del fenómeno religioso, es, por tanto, muy diferente del típico de Alemania, como consecuencia de una situación social también diferente, y este punto de partida hay que tenerlo en cuenta cuando se aborda cualquier tema relacionado con estos asuntos, porque esas diferencias explican la reacción ante los desafíos actuales, que, estos sí, plantean similitudes en ambos países, desde hace unos años, aunque fenómenos especialmente importantes en estas materias, como la inmigración masiva de personas procedentes de países no europeos, se hayan presentado, por razones económicas evidentes, primero en Alemania, y en España sean algo reciente, aunque ya con cierta tradición.

Hay que decir también que las reglas constitucionales, sin embargo, son relativamente afines, pues, en ambos casos, nos hallamos ante Estados aconfesionales (art. 137. 1 de la Constitución de Weimar, vigente en la actualidad “No existe una Iglesia del Estado”; y art. 16. 3 Constitución española “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”), que, sin embargo, reconocen el fenómeno religioso (de nuevo arts. 137 y ss WRV; y 16.3 CE “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”), de modo que no nos encontramos ante Estados laicistas radicales, basados en la total indiferencia, o incluso el rechazo, ante el hecho religioso, como puede ser el caso de Francia.

Es por eso que la aproximación a la necesaria conservación de la neutralidad del Estado en estas materias tiene aspectos similares en Alemania y en España (para una visión general de los problemas de las relaciones entre Estado y religión puede verse VV. AA 2008, passim. El caso español se analiza en general en BARRERO ORTEGA, 2006, passim.), aunque, insisto, la situación sociológica de base fuerce a veces a adoptar soluciones diversas, o, simplemente, tenga como consecuencia que problemas que se plantean en un país no aparezcan en otro.

También hay que destacar la diferente aproximación constitucional a los problemas de los empleados públicos en ambos regímenes constitucionales.

La Ley Fundamental de Bonn contiene, ya lo ha señalado la profesora Frings, una regla específica sobre opciones religiosas de aquellos, que es el apartado 3 de su artículo 33, según el cual “el goce de los derechos civiles y cívicos, la admisión a los cargos públicos, así como los derechos adquiridos en el servicio público son independientes de la confesión religiosa. Nadie podrá ser perjudicado a causa de su pertenencia o no pertenencia a una confesión o ideología”.

La Constitución española se limita a decir que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes” (art. 23.2 CE) y que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones” (art. 103.3 CE), aparte de la declaración general de libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE).

No cabe duda, sin embargo, de que pueden presentarse en los dos países problemas similares, y es por eso que intentaré describir las posibles soluciones a los mismos en España, algunas veces basándome en lo que ha sucedido en la práctica, y otras haciendo el ejercicio de imaginar las respuestas más probables, de acuerdo con nuestro derecho, a dilemas que no se nos han planteado todavía.

Tras esta introducción dividiré el texto en varios apartados: uno primero en el que me ocuparé de las reglas de acceso al empleo público; uno segundo en el que abordaré el asunto del derecho a la indiferencia religiosa de los funcionarios; uno tercero sobre casos curiosos en los que se mezclan problemas de empleo público y libertad religiosa; un cuarto sobre la neutralidad en el ejercicio de las funciones públicas; un quinto sobre el respeto a las convicciones religiosas de los empleados públicos; y, por fin, unas

conclusiones en las que pretendo recapitular sobre lo dicho en el cuerpo del texto.

2. LA NEUTRALIDAD RELIGIOSA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: (1) EL ACCESO.

Respecto al acceso al empleo público las reglas constitucionales en España son meridianamente claras, y ya las hemos visto. Hay que partir de la base de que el art. 14 CE (el comentario más reciente al mismo en CASAS y RODRÍGUEZ-PIÑERO 2008, págs. 275 y ss.) tras proclamar la igualdad de los españoles ante la ley proscribiera todo tipo de discriminaciones y considera como especialmente odiosas las que tengan como razón, entre otras, la religión.

Concreción en el ámbito del empleo público de este artículo es el 23,2 CE (el comentario más reciente de nuevo en CASAS y RODRÍGUEZ-PIÑERO 2008, págs. 577 y ss.), ya citado, en el que se nos habla del derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Y también el art. 103. 3 CE (el comentario más reciente de nuevo en CASAS y RODRÍGUEZ-PIÑERO 2008, págs. 1692 y ss.) según el cual el acceso a la función pública se hará de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Con estos mimbres sería inconcebible en derecho español cualquier regla que discriminara en el acceso al empleo público por razón de religión, y de hecho este parece ser un principio tan generalmente aceptado que nunca se ha planteado un problema al respecto, si es que hemos hecho bien el rastreo de jurisprudencia, incluso menor, en la que no hay huella de conflictos en esta materia. De hecho a nadie se le pregunta por sus convecciones religiosas cuando pretende obtener un empleo público, con las peculiares excepciones que veremos más adelante.

El desarrollo legislativo de estos principios se encuentra en dos normas. Primero el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, (sobre esta ley ver ALVAREZ CORTINA y RODRÍGUEZ BLANCO, 2006; Y NAVARRO VALLS, MATECÓN, Y MARTÍNEZ TORRÓN 2009) que en su segundo inciso



dispone que no podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas (sobre este concreto apartado de dicho artículo ver ALVAREZ CORTINA y RODRÍGUEZ BLANCO, 2006, págs. 39 y ss).

En segundo lugar, el art. 55.1 del Estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril) en el que se declara que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Un dato que es interesante, para comprender que la religión ni siquiera se contempla como problema, es el de que los comentaristas de esta norma no hacen alusión al mismo (ver, por ejemplo, PALOMAR Y SEMPERE, 2009, pg. 593 y ss; SÁNCHEZ MORÓN 2008, págs. 399 y ss; REY GUANTER 2008, págs. 671 y ss; PALOMAR OLMEDA 2009, pág.. 211 y ss.) dando por sobreentendido que no sería admisible ningún tipo de discriminación por esa razón, y preocupándose más por temas que sí han dado juego, como la edad, o la discriminación positiva a favor de las mujeres.

La conclusión de este apartado debe ser, por tanto, que en el ordenamiento jurídico español, con los matices que enseguida veremos, la religión no es en ningún caso un factor determinante para acceder al empleo público.

3. LA NEUTRALIDAD RELIGIOSA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: (2) EL DERECHO A LA INDIFERENCIA RELIGIOSA.

Pero el hecho religioso no ha dejado de tener influencia en el ejercicio de determinados empleos públicos, como consecuencia de tradiciones, producto de la confesionalidad pasada, que estaban muy arraigadas en determinadas instituciones. Veamos dos casos, que llegaron al Tribunal Constitucional, y que tienen que ver con las relaciones de Ejército y Policía con algunas manifestaciones de la fe católica, la tradicionalmente mayoritaria entre los españoles.

El primero es el que resuelve por la STC 177/1996, de 11 de noviembre. En ella el Tribunal, ante el supuesto de un militar sancionado por negarse a participar en un acto de tipo religioso, en el que usualmente tomaba parte su unidad, nos dice, básicamente en los FFJJ 8, 9 y 10, y en síntesis, que el art. 16.3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza, pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en este tipo de actos. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 CE.

En consecuencia, aún cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado de servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.

Se deriva, por consiguiente, del derecho reconocido en el art. 16 CE, la posibilidad para un empleado público (militar) de no participar en actos, de significado religioso, que pudieran realizar las unidades en las que está destinado. Como vemos, el funcionario encuentra protegidas, en estos supuestos, sus convicciones, compaginándose así la existencia de participaciones de instituciones públicas en acontecimientos tradicionales de tipo religioso, porque no se olvide que los poderes públicos deben mantener, por mandato constitucional, “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones” (art. 16. 3 CE), con la libertad religiosa entendida como derecho de cada uno de los individuos (art. 16.1 CE); también, por supuesto, de los empleados públicos.

En la misma línea, en la STC 101/2004, de 2 de junio, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo a un policía que se negaba a participar, lanza en ristre, en una procesión de Semana Santa, en la que tradicionalmente

tomaba parte su unidad. El TC, tras constatar que efectivamente se trataba de un desfile procesional de claras connotaciones religiosas, afirmó, en síntesis (FJ 4), que eran claras las implicaciones, de este tipo, de la participación en dicho servicio, implicaciones que fundamentan sobradamente la negativa de quien no profese la religión católica a tomar parte en manifestaciones de culto de dicha religión, como es desfilar procesionalmente. Las resoluciones de la Dirección General de Policía, que no dispensaron al recurrente de hacerlo, lesionan su derecho a la libertad religiosa, y es preciso reconocer su derecho a no participar, si éste es su deseo, en actos de este contenido.

Ha habido, por tanto, un reconocimiento claro, por parte de la jurisprudencia constitucional, de la vertiente negativa de la libertad religiosa de los empleados públicos, en estos casos militares y policías, que no tienen de ningún modo la obligación de participar en actos que violenten sus convicciones en estas materias, por más que sus unidades hayan seguido tomando parte en los mismos como consecuencia del mantenimiento de tradiciones que tampoco cabe calificar de inconstitucionales, visto el enunciado del art. 16.3 CE.

No puede forzarse, por lo tanto, a un funcionario público a realizar manifestaciones de adhesión a un determinado credo religioso, por más que la unidad administrativa de la que forme parte tenga la costumbre de hacerlo. En el fondo, estos supuestos, que hemos destacado al haberse presentado en la jurisprudencia constitucional de una manera muy clara, y rompiendo con tradiciones muy consolidadas, no son más que ejemplos de un problema que abordaremos más adelante: el del respeto a las convicciones religiosas de los empleados públicos

4. LA NEUTRALIDAD RELIGIOSA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: (3) EL CURIOSO CASO DE LOS CAPELLANES Y LOS PROFESORES DE DOCTRINA Y MORAL CATÓLICAS.

La compleja realidad española en estas materias, producto de la salida de un Estado confesional, y de las especiales relaciones Iglesia-Estado configuradas en los Acuerdos de 1979, tiene como consecuencia que se hayan producido otras situaciones curiosas con personas que, a veces, solo de una manera

ciertamente forzada pueden ser considerados empleados públicos, dado su especial régimen jurídico, como los profesores de religión, y otras sí lo son, pero con un grado de compromiso con una determinada religión que dota a su estatus de un carácter muy peculiar, como los capellanes castrenses. En ambos casos el debate ha llegado hasta el Tribunal Constitucional dando lugar a algunas resoluciones interesantes.

Por empezar por los segundos (los capellanes castrenses) es ineludible hacer referencia a la STC 24/1982, de 13 de mayo [ver, de la abundante bibliografía, BABÉ NUÑEZ 1996, pero también se debe tener en cuenta la Orden Ministerial 84/2011, de 18 de noviembre, por la que se desarrolla parcialmente, en materia de régimen de personal, el capítulo II del Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa de 30 de noviembre de 2011)].

Ante la crítica, por considerarla contradictoria con la aconfesionalidad del Estado, de la existencia en el Ejército de capellanes católicos, el Tribunal Constitucional afirma (FJ 4) que el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades.

No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar, o rechazar, la prestación que se les ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación a favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos puedan reclamar fundadamente, de suerte que el Estado que desoyera los requerimientos, en tal sentido hechos, incidiría en la eventual violación analizada.

El Tribunal continúa convalidando la legislación del momento sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas (Ley 48/1981, de 24 de diciembre), y afirmando (FJ 5) que el Acuerdo de 3 de enero de 1979 estableció las normas

sobre asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas, disponiendo que dicha asistencia se seguirá ejerciendo por medio del Vicariato castrense, al que considera como diócesis personal, y no territorial, y que cuenta con la cooperación de los capellanes castrenses como párrocos personales.

De esta enunciación se deduce que los Acuerdos de 1979 regularon la asistencia religiosa pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas, sin que ello suponga limitación de la libertad religiosa de los miembros no católicos, y que se admite la consideración de los capellanes castrenses como párrocos personales, que queda en ese momento firmemente reglamentada, aunque no se desarrolle el punto específico relativo a si tales capellanes castrenses constituyen un Cuerpo de Funcionarios del Estado financiados por éste, ni tampoco si dentro de los capellanes castrenses se ha de establecer graduaciones paralelas o similares a las militares.

Sobre la situación actual, producto de la continuada vigencia del Acuerdo de 1979 y la legislación sobre personal militar, especialmente la reciente Orden Ministerial arriba citada, que ha ido variando con los años, en la que se combinan los miembros de cuerpos eclesiásticos militares en extinción, y otros capellanes en relación permanente, cuasi funcionarial, o no permanente, con el ministerio de Defensa, ver BABÉ NUÑEZ 1996, págs. 45 y ss y la OM 84/2011, de 18 de noviembre.

El resultado de todo este entramado es que nos encontramos con un grupo de empleados públicos que prestan un servicio religioso a un determinado colectivo (los católicos de las Fuerzas Armadas) siguiendo las instrucciones de la autoridad eclesiástica. Otras confesiones establecen en sus respectivos acuerdos mecanismos de cooperación con las Fuerzas Armadas, pero que no llegan a la previsión del carácter de empleados públicos de sus ministros de culto.

Todo ello, como ya sabemos, no ha sido considerado contradictorio con la libertad religiosa, ni con la aconfesionalidad del Estado, en la jurisprudencia constitucional citada, pero no deja de ser una peculiaridad producto del paso

de una situación de Estado confesional a otra de una concepción de las relaciones con la Iglesia diferente, pero en la que el predominio del catolicismo sigue siendo un hecho social indiscutible. De nuevo las particularidades de la historia española se muestran decisivas para entender el sistema.

En líneas similares se encuentra la previsión de asistencia religiosa en los hospitales y las cárceles, por ejemplo.

Otro estado de cosas que ha provocado bastante litigiosidad en todos los niveles de la organización judicial española, y que ha llegado repetidas veces ante el Tribunal Constitucional, sin que nos encontremos, por ahora, con una línea clara de respuesta, aparte de que estemos a la espera de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, es el de los profesores de doctrina y moral católicas en la enseñanza pública.

En síntesis puede decirse que, según los Acuerdos Iglesia-Estado de 1979, se facilitará enseñanza de la religión católica a quienes lo soliciten en la escuela pública. Los encargados de impartir dichas clases deberán contar con una declaración eclesiástica de idoneidad, que les puede ser retirada por la Iglesia, en cuyo caso no se produce la renovación anual del correspondiente contrato. La financiación de los sueldos de dichos profesores corre a cargo de la Administración educativa correspondiente, de modo que, si el criterio para considerar a alguien empleado público fuera el de que su salario lo abonase la Administración, estos docentes tendrían tal condición.

Debe recordarse, sin embargo, que vienen obligados a impartir sus enseñanzas siguiendo las directrices fijadas por las autoridades eclesiásticas, porque, hay que volver sobre ello, no se trata aquí de instruir sobre las religiones, o el hecho religioso en general, sino de exponer la doctrina de una determinada confesión religiosa.

El primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional español sobre el problema es la STC 38/2007, de 15 de febrero, en una cuestión de inconstitucionalidad que pretendía revisar toda la normativa aplicable a estas situaciones (Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales y Ley de

Ordenación General del Sistema Educativo), y que el Tribunal en parte inadmite y en parte desestima.

De los múltiples razonamientos, contenidos en la decisión de referencia, creemos que merece la pena destacar aquellos que subrayan la compatibilidad de la exigencia de la declaración eclesial de idoneidad con el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, y los principios de mérito y capacidad, que rigen el acceso al empleo público, dado que para el TC no existe en este caso una discriminación por motivos religiosos.

Así, en el FJ 9 de la sentencia se afirma que, a partir del reconocimiento de la garantía del derecho de libertad religiosa de los individuos, y de las comunidades, del art. 16.1 CE, no resultaría imaginable que las Administraciones públicas educativas pudieran encomendar la tarea de impartir la enseñanza religiosa, en los centros educativos, a personas que no sean consideradas idóneas por las respectivas autoridades religiosas para ello.

Son únicamente las Iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir, y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla dentro de la observancia de los derechos fundamentales y libertades públicas, y del sistema de valores y principios constitucionales. En consecuencia, si el Estado, en ejecución de la obligación de cooperación establecida en el art. 16.3 CE, acuerda con las correspondientes comunidades religiosas que se facilite dicha enseñanza en los centros educativos, deberá hacerlo con los contenidos que las autoridades religiosas determinen, y de entre las personas habilitadas por ellas al efecto.

En el FJ 10 se remachan estas ideas, diciendo que la condición, que deriva de la exigencia de la declaración eclesial de idoneidad, no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe.

El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe.

Dichos razonamientos se completan en los FFJ 11 y 12, diciendo que la exigencia de la declaración eclesiástica de idoneidad para poder impartir enseñanzas de religión en los centros educativos no puede estimarse irracional o arbitraria, respondiendo a una justificación objetiva y razonable coherente con los principios de aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado.

Tampoco puede entenderse que vulnere el derecho individual a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de los profesores de religión, ni la prohibición de toda obligación de declarar sobre su religión (art. 16.2 CE), principios que sólo se ven afectados en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a que se imparta su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE) y con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE).

Resultaría, para el TC, sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva.

La siguiente decisión en el tiempo del Tribunal Constitucional (STC 128/2007, de 4 de junio) se produce en el marco de un recurso de amparo, en el que un profesor al que no se le ha renovado su contrato por una conducta considerada, por el Obispado de Cartagena, como contraria a la fe católica (sacerdote que contrae matrimonio civil, antes de secularizarse, y es padre de cinco hijos, además de ser públicamente activo en el Movimiento Pro-celibato

Opcional), no obtiene el amparo del TC para sus derechos a la igualdad, a la intimidad, a la libertad de expresión y a la libertad religiosa.

No entraremos en más detalles del caso, pero sí creemos que conviene exponer algunas de las razones (las que entendemos que son más significativas) por las que se deniega el amparo, y aquellas del voto particular de los magistrados Pérez Vera y Sala Sánchez, que consideran que debió otorgarse el mismo, advirtiendo que gran parte de la argumentación consiste en reproducir la de la STC 38/2007, de 15 de febrero, que ya conocemos.

Para la mayoría, no cabe olvidar que la designación de profesores de religión (acceso en condiciones de igualdad al empleo público en régimen de contratación laboral; arts 14 y 103.3 CE) tiene también relación con la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de modo que (FJ 4) si el acceso al sistema docente público para impartir la enseñanza de un determinado credo religioso se soporta, en definitiva, en el juicio de la autoridad religiosa sobre la idoneidad de la persona designada para enseñar la doctrina correspondiente, con base en criterios estricta y exclusivamente religiosos o morales, no puede romperse la coherencia con ese dato de partida cuando la propia autoridad eclesiástica que se pronunció favorablemente al emitir su juicio de idoneidad en un acto de carácter puramente religioso, ajeno por completo al Derecho estatal, se pronuncia negativamente en un momento posterior en razón de un juicio igualmente religioso, que en sí mismo no sea merecedor de un reproche constitucional por arbitrariedad, carácter discriminatorio, etc., si es que tal es el caso.

La neutralidad del Estado en relación con las diferentes confesiones religiosas debe operar en similares términos cuando el juicio eclesiástico de idoneidad opera positivamente en el momento de la eventual constitución de una inicial relación laboral que cuando, en sentido contrario, opera negativamente a la hora de constituir una nueva relación laboral en un curso académico posterior.

Ya en el FJ 12, justo antes del Fallo, el TC nos recuerda que a él, como poder público del Estado, únicamente le compete constatar en razón de su deber de neutralidad, a los efectos del recurso de amparo que debe examinar, la

naturaleza estrictamente religiosa de las razones en las que la autoridad religiosa ha fundado en este caso la no propuesta del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas y que sus derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa y a la libertad de expresión, en los que en principio pueden encontrar cobertura en este supuesto sus actos, opciones y opiniones, sólo se han visto afectados y modulados en la estricta medida necesaria para salvaguardar su compatibilidad con la libertad religiosa de la Iglesia católica, lo que ha de conducir a la desestimación del presente recurso de amparo.

Críticos con esta manera de ver las cosas se manifiestan los magistrados Pérez Vera y Sala Sánchez, que no dejan de recordar que apoyaron la unánime STC 38/2007, de 15 de febrero, pero que ahora consideran básicamente dos cosas: 1) La primera (punto 4 del voto particular conjunto) que la Iglesia ha hecho valer para la no renovación de la idoneidad del profesor una circunstancia personal que conocía, así como su discrepancia con una posición legítima del profesor amparada por la Constitución, que previamente consintió. Por tanto, las circunstancias del caso acreditan que los factores invocados para la inidoneidad del recurrente, pretendidamente amparados en la libertad religiosa de la Iglesia (art. 16.1 CE), y en su derecho consiguiente a decidir quién es apto para la docencia de la enseñanza religiosa, son elementos que la propia Iglesia, en atención a sus actos previos, no consideró relevantes para negar la idoneidad del profesor en los años anteriores. Para estos dos magistrados, nada cambia el hecho de la publicidad de las circunstancias del docente, pues no se puede condicionar la idoneidad de una persona a que la sociedad no conozca hechos que la Iglesia conoció, consintió, toleró y, sobre todo, consideró compatibles con la enseñanza de la religión; y 2) que (punto 5) la consideración negativa de la idoneidad del sujeto sólo podría admitirse si, de acuerdo a la ponderación correspondiente, al factor inhabilitante para la enseñanza invocado por las autoridades religiosas, además de expresar una valoración o motivación religiosa, resultase un factor preponderante en la colisión de derechos, lo que no sucede, a juicio de Pérez Vera y Sala, en el presente caso.

Como vemos, tampoco en el voto particular se discute la doctrina ya sentada, pues el disenso tiene que ver más con las circunstancias concretas del caso que con el cuestionamiento de la teoría general, que es la que se contiene en la STC 38/2007, de 15 de febrero.

Algo parecido sucede, con matices, en el caso de la reciente STC 51/2011, de 14 de abril, en la que el Pleno, tras reiterar que sigue las directrices sentadas por la sentencia de 2007, concluye, sin embargo, que en el caso concreto lo correcto es amparar a la recurrente, que había visto como no se le renovaba la declaración eclesiástica de idoneidad por contraer matrimonio civil con un divorciado.

Ante la decisión del Obispado, de no renovar la declaración de idoneidad, no por defectos en los conocimientos dogmáticos o las aptitudes pedagógicas de la recurrente, sino porque ha contraído matrimonio en forma civil, lo que puede afectar al ejemplo y testimonio personal de vida cristiana, que le es exigible según la doctrina católica respecto a esta institución, el Tribunal razona que (FJ 12) este criterio religioso no puede prevalecer, por sí mismo, sobre los derechos fundamentales de la demandante en su relación laboral como profesora de religión y moral católica.

La motivación religiosa de la decisión del Obispado de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral, católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público español) su estado civil y la persona con la que desee contraer matrimonio.

Lo contrario supondría, siempre según el TC, otorgar a la libertad religiosa una prevalencia absoluta sobre la libertad individual. Estas ideas conducen derechamente al Tribunal a otorgar el amparo por vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar.

La interpretación que se hace de la doctrina consolidada conduce a un resultado cuando menos llamativo, pues desactiva prácticamente los poderes del ordinario del lugar cuando este, como parecía claro que podía hacer según aquella, considere que nos hallamos ante un caso de inidoneidad moral sobrevenida, puesto que dicha situación es susceptible de ser conectada muchas veces con el ejercicio de derechos fundamentales. La consecuencia es que podrán seguir ejerciendo como profesores de doctrina y moral católica personas cuyas ideas o conductas, públicamente manifestadas, no se ajusten a las líneas dogmáticas básicas de la Iglesia católica, con el consiguiente problema para los educandos, y los padres de los educandos, confiados todos ellos en tener profesores de una determinada religión.

Esta última sentencia plantea, por tanto, muchas dudas, a cuya resolución contribuirá probablemente la próxima decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el recurso que se planteó en su momento contra la STC 128/2007, de 4 de junio, y que está visto para sentencia.

Pero, en el contexto de estas jornadas, más que el comentario de esta jurisprudencia, que solo hemos podido hacer muy por encima, lo que nos interesa es resaltar como, producto de los acuerdos que rigen las relaciones Iglesia-Estado en España, subsisten en nuestro ordenamiento empleados públicos, o, al menos, personas que reciben un salario del Estado, que tienen atribuidas funciones en las que se supone que no deben respetar la neutralidad que se predica del aquel, puesto que sus funciones son precisamente las de prestar asistencia y adoctrinar dentro de los valores de una determinada religión.

Es curioso como esa necesidad de, por una parte, respetar la aconfesionalidad del Estado, y, por otra, mantener relaciones, más o menos intensas, de cooperación con las confesiones, se resuelve mediante sistemas que no dejan de presentar contradicciones (así lo acabamos de ver), sistemas en los que empleados públicos no son, ni deben serlo, religiosamente neutrales, sino personas que realizan su trabajo, financiado por los poderes públicos, al servicio de una determinada Iglesia; es decir, fuera de los parámetros de toda neutralidad religiosa imaginable. En el siguiente apartado veremos como estas

excepciones, que hemos querido resaltar por su carácter llamativo, son simplemente peculiaridades que se explican porque responden a situaciones muy particulares de la manera española de acercarse a esos problemas.

4. LA NEUTRALIDAD RELIGIOSA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: (4) LA NEUTRALIDAD EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS.

Si la Administración Pública en España deber servir “con objetividad los intereses generales...con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” (art. 103.1 CE), y la ley regulará, para los funcionarios públicos, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades, y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (art. 103.3 CE), parece claro que, aparte de las excepciones ya apuntadas, la generalidad de los empleados públicos deberá respetar una exquisita neutralidad en materia religiosa en una comunidad política en la que, debemos recordar de nuevo, ninguna confesión tendrá carácter estatal, por más que los poderes públicos tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, y mantengan las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones (art. 16.3 CE) (para el comentario general de todos estos artículos constitucionales, cabe volver a remitir a CASAS y RODRÍGUEZ-PIÑERO 2008).

Estos principios constitucionales se encuentran desarrollados en el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) (en adelante EBEP). En el mismo se contienen una serie de reglas que tratan de configurar un empleo público que actúe de acuerdo con exigencias de, neutralidad, objetividad, e imparcialidad.

Tal y como dispone el art. 53.2 EBEP, la actuación de los empleados públicos perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.



A los efectos que nos interesan ahora –el fenómeno religioso dentro de la Administración- es de destacar la previsión del art. 53.4 de dicha norma, según el cuál uno de los principios éticos que deberán respetar los empleados públicos será el de llevar una conducta basada en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, *religión* o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (sobre el art. 53 EBEP ver PALOMAR y SEMPERE 2009, págs. 559 y ss; SÁNCHEZ MORÓN 2008, págs. 377 y ss).

Quedan, por tanto, terminantemente prohibidas las conductas discriminatorias, también en materia religiosa, por parte de los empleados públicos, prohibición reforzada por la consideración como falta muy grave [art. 95.2. b) EBEP] de toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo (sobre el art. 95 EBEP, puede verse, PALOMAR Y SEMPERE 2009, págs. 980 y ss; y SÁNCHEZ MORÓN 2008, págs. 546 y ss).

El panorama, por tanto, en esta materia sería el de la obligación reforzada de observar una estricta neutralidad en materia religiosa en las actuaciones de todo empleado público, evitando en todo caso actitudes discriminatorias que son consideradas como una muy grave desviación de las pautas por las que debe conducirse la Administración Pública.

5. EL RESPETO A LAS CONVICCIONES RELIGIOSAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

Estando ya claro que los empleados públicos deben respetar, o al menos no discriminar basándose en, las convicciones religiosas de los ciudadanos, no está de más que digamos algo sobre el también necesario respeto a las de aquellos. Algo vimos ya al hacer referencia a la jurisprudencia constitucional sobre participación en actos religiosos de militares y policías.

Derivando, de nuevo, de las reglas constitucionales a las que ya hemos hecho referencia, encontramos en la legislación de desarrollo algunas normas significativas. En primer lugar el art. 1.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, al que ya hicimos referencia (de nuevo puede remitirse a ALVAREZ CORTINA y RODRÍGUEZ BLANCO 2006, en especial págs. 39 y ss), según el cual las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley y no podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o le desempeño de cargos o funciones públicas.

Un caso relacionado con el mismo es el que se resolvió en la STC 47/1990, de 29 de marzo, en la que se analizaba la pretensión de los profesores de religión de acceder a la dirección de los centros en los que ejercen su trabajo, contestando el Tribunal que la prohibición del ejercicio del cargo se basaba en su condición de docentes no permanentes, y sin destino definitivo en el correspondiente instituto o colegio, y no en una discriminación por motivos religiosos que pudiera derivarse de la asignatura que imparten, de lo que se deduce que una discriminación de este tipo simplemente sería inadmisibles en el ordenamiento constitucional español.

También el art. 14 EBEP, en el que se afirma que los empleados públicos tienen, entre otros derechos de carácter individual, en correspondencia de la naturaleza jurídica de su relación de servicio, el derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral (apartado h), y a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, *religión o convicciones*, opinión,

discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (apartado i) (sobre estas normas PALOMAR Y SEMPERE 2009, págs. 164 y ss; y SÁNCHEZ MORÓN 2008, págs. 153 y ss).

No se nos oculta, como, al igual que en Alemania documenta la profesora Frings, pudiera ocurrir en España que se plantearan conflictos entre las convicciones religiosas de un funcionario público y las necesidades de servicio, o el respeto a las convicciones de los administrados.

En estos casos, abstracción hecha de los más graves, que podrían resolverse por la siempre polémica vía de las objeciones de conciencia (ver, últimamente, NAVARRO VALLS y MARTÍNEZ TORRÓN 2011), sobre la que no podemos extendernos dada su evidente complejidad, habrá que estar siempre a las circunstancias del supuesto concreto, dado que existirán situaciones en los que el problema podrá solventarse con pequeñas cesiones sin verdadera importancia, y supuestos en los que, por el contrario, será necesario afirmar los principios constitucionales correspondientes.

La inexistencia de resoluciones judiciales, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en estas materias, producto de que en la realidad de la Administración española no se han dado, por ahora, este tipo de conflictos, hace que nos encontremos sin una guía firme en las mismas; pero no cabe duda de que, tarde o temprano, España no se escapará del fenómeno de la multiculturalidad, también entre sus empleados públicos, y nos tendremos que enfrentar con problemas de este tipo.

Alguna orientación podemos encontrar en la jurisprudencia laboral menor, en la que sí se han presentado supuestos interesantes como el del conductor de autobús judío que consigue que se le reconozca el derecho a llevar signos distintivos de su religión en su uniforme (Tribunal Superior de Justicia de Baleares), o la vendedora musulmana de tiendas de aeropuerto que no ve acogida su pretensión de modificar una uniformidad que formaba parte de las condiciones del puesto de trabajo (Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

Serán necesarios, en todo caso, buen tino, y respeto a los derechos fundamentales de todos, para alcanzar soluciones que combinen la deferencia para con las convicciones religiosas de los funcionarios con la necesaria firmeza en la defensa de la neutralidad del Estado en estos asuntos, ese principio que debe ser, sin duda, el norte de todas las actuaciones de los poderes públicos cuando del fenómeno religioso estamos hablando.

6. CONCLUSIONES.

La principal conclusión a sacar de todo lo dicho hasta ahora es que el comentario al estudio de la profesora Frings, desde una perspectiva española, plantea una serie de problemas muy variados, producto de la peculiar situación de nuestro país en cuanto a las relaciones Iglesia-Estado, y las cuestiones que en las actividades de la Administración Pública, entendida en un sentido muy amplio, surgen cuando aparece el fenómeno religioso.

Con el caso alemán se pueden advertir similitudes y divergencias, producto de situaciones históricas de partida diferentes, así como del hecho de que muchas de las situaciones, que ya se han dado en la República Federal, son absolutamente inéditas en España, de modo que la elaboración doctrinal de aquel país es mucho más rica, como corresponde a una nación con mucha más experiencia en los dilemas que se derivan del extremo pluralismo, también en materia religiosa, que caracteriza desde hace tiempo a las sociedades occidentales.

Lo que se ha pretendido con estas páginas es resaltar como se viven determinados problemas respecto a las relaciones empleados públicos/religión en nuestro país, partiendo de la base de que la manera de abordar estas cosas es la de un Estado aconfesional que, sin embargo, mantiene relaciones de cooperación con las confesiones y no es, por tanto, indiferente ante el fenómeno religioso.

Ese mandato constitucional (art. 16.3 CE), al que tantas veces hemos hecho referencia, debe considerarse como la guía firme por la que regir todas las actuaciones en este terreno, completado, desde luego por el, no menos



importante, reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE) que se proyecta también sobre todas las actividades estatales en estos asuntos.

España y Alemania, también se ha resaltado, comparten unas reglas constitucionales muy similares, de modo que la experiencia ajena puede ilustrar para resolver los problemas propios. Esperamos haber contribuido, siquiera muy modestamente, al diálogo que es, sin duda, el objetivo de este encuentro en el que participamos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVAREZ CORTINA, A. C. y RODRÍGUEZ BLANCO, M. (2006) La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado), Comares, Albolote (Granada).
- BABÉ NÚÑEZ, L. (1996) “Asistencia religiosa”; Anales de Derecho Universidad de Murcia nº 14.
- BARRERO ORTEGA, A (2006) La Libertad religiosa en España, CEPC, Madrid.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2012) Libertad de pensamiento: libertades religiosa y de imprenta; ponencia presentada al X Congreso de la asociación de constitucionalistas españoles; extraído el 28 de febrero de 2012 de www.acoes.es/CongresoX/documentos/PonenciaJMBilbao.pdf
- CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2008) Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario, Fundación Wolters Kluwer España, Madrid.
- NAVARRO VALLS, R.; MANTECÓN SANCHO, J.; y MARTÍNEZ TORRÓN, J. (2009) La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, Iustel, Madrid.



- NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ TORRÓN, J. (2011) Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia, Iustel, Madrid.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2009) Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos, octava edición, Dykinson, Madrid.
- PALOMAR, A. y SEMPERE. A. V. (2009) Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, segunda edición, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor.
- REY GUANTER, S. DEL (2008) Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley, Madrid.
- SANCHEZ MORÓN, M. (2008) Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, segunda edición. Lex Nova, Valladolid.
- VV. AA. (2008) Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC-TC, Madrid.