



RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Universidad de Sevilla

PROFESORES DE RELIGIÓN, CENTROS PÚBLICOS Y LIBERTAD RELIGIOSA: UN EQUILIBRIO COMPLICADO

*Sentencias del Tribunal Constitucional 38 y 128/2007
de 15 de febrero de 2001 del TEDH —Asunto DEHALB—*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

SUPUESTO DE HECHO: La primera de las Sentencias del Tribunal Constitucional analizadas trae causa del Auto de 8 de julio de 2002 (AS 2002, 2789) por el que la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre (RCL 1990, 2045), de Ordenación General del Sistema Educativo¹ y frente a los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, por posible infracción de los arts. 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución Española.

La segunda de las Sentencias aborda el recurso de amparo presentado por D. J.A.F.M. De acuerdo con la demanda, D. JAFM fue ordenado sacerdote en el año 1961 y en el año 1984 pidió la dispensa al sacerdocio, que le fue concedida en agosto de 1997. En mayo de 1985 contrajo matrimonio civil. Además el demandante de amparo era miembro activo del Movimiento Pro-celibato Opcional (MOCEOP), integrado por sacerdotes y ex-sacerdotes católicos. Desde el 1 de octubre de 1991, y a propuesta del Obispo de

¹ En la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Cartagena, JAFM ha prestado servicios como profesor de religión y moral católicas en centros públicos escolares, «siendo cesado por el Obispo en virtud de un oficio de 29 de noviembre de 1997, que dispuso la no renovación de su contrato actual». En el comunicado de prensa remitido por el Obispado a diversos medios de comunicación en fecha 11 de noviembre de 1997 se justificaba el despido del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas por «su participación en el Movimiento Pro-celibato Opcional» o, como dice el comunicado, por hacer pública su situación, añadiendo que a los sacerdotes secularizados no les está permitido impartir clases de religión y moral católicas según la norma preceptiva (rescriptos), a no ser en casos muy excepcionales en los que el Obispo, ante circunstancias especiales y siempre que no exista peligro de escándalo, lo conceda como una gracia. D. JAFM, tras haber interpuesto infructuosamente recurso Contencioso-Administrativo contra la decisión de su cese, promovió demanda de despido, alegando la vulneración de los derechos a no sufrir discriminación (art. 14 CE), a la vida privada (art. 18 CE) y a las libertades ideológica y de expresión (arts. 16 y 20 CE), que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia núm. 279/2000, de 28 de septiembre (AS 2000, 2765), que declaró nulo el despido, si bien la posterior Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 26 de febrero 2001 (AS 2001, 302), absolvió a los demandados, al considerar, en síntesis, que no había existido despido, sino sólo una no renovación de un contrato temporal, descartando la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

RESUMEN: La primera de las Sentencias, tras delimitar correctamente el objeto de la cuestión, declara la constitucionalidad tanto del Acuerdo como de la norma legal recurrida.

La segunda desestima la demanda de amparo, si bien con un importante voto particular firmado por dos de los seis magistrados y conforme a la cual sí debiera haberse otorgado el mismo.

ÍNDICE

- 1 LOS PROFESORES DE RELIGIÓN EN CENTRO PÚBLICOS: UN VIEJO PROBLEMA CON NUEVAS PERSPECTIVAS
 - 1.1 Introducción
 - 1.2 El tratamiento normativo de esta relación y su evolución jurisprudencial.
 - 1.3 La posición general del Tribunal Constitucional: la STC 38/2007
 - 1.4 El primer equilibrio concreto: la STC 128/2007 de 4 de junio.
 - 1.5 La nueva regulación legal y reglamentaria
- 2 A MODO DE CONTRAPUNTO. LA ESCUELA PÚBLICA Y LA CREENCIAS Y APARIENCIA DEL DOCENTE: LA STEDH DE 15 DE FEBRERO DE 2001 (ASUNTO DEHALB)



1. LOS PROFESORES DE RELIGIÓN EN CENTRO PÚBLICOS: UN VIEJO PROBLEMA CON NUEVAS PERSPECTIVAS

1.1. Introducción

Transcurridos cerca de treinta años desde la ratificación por España, el 4 de diciembre de 1979, del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales con la Santa Sede² —de donde sin duda trae causa todo este problema—, el Pleno del Tribunal Constitucional ha podido por fin conocer —y de forma, si me lo permiten, casi torrencial³— una de las cuestiones dogmáticamente más complejas y socialmente más controvertidas con las que han debido enfrentarse nuestros Tribunales del orden social en estos últimos años⁴: la posible relevancia laboral, no ya sólo de las opiniones y comportamientos que pudieran manifestar los profesores de religión durante su actividad docente en centros públicos, sino también las posibilidades y los límites constitucionales a la posible fiscalización judicial de la correlativa decisión del Ordinario del lugar que provocase la no renovación —desde hace pocos días, la extinción (sin más calificativos)— del vínculo de estos profesores.

Seguramente este tema, ya de por sí polémico, ha tenido en este momento una repercusión mediática aún mayor por su estrecha conexión con otro más amplio, y que se mueve en un ámbito más político, como es el de la posible obsolescencia de la totalidad del marco normativo que liga actualmente al Estado español y a la Santa Sede. Quizás ha sido este singular desenfoque —ver el problema de los profesores de religión como una forma de atacar la constitucionalidad de los Acuerdos en su conjunto y no como una forma de analizar el problema en sí— la que ha provocado muchas de las críticas que, de forma quizás apresurada y poco atentas a la lectura detenida de la primera de las decisiones analizadas, se han realizado, sobre todo desde algunos medios de comunicación.

Es cierto que esta Sentencia —cuya ponencia, no debe olvidarse, correspondió a la Presidenta del Tribunal—, ha declarado la constitucionalidad del marco normativo entonces vigente. Pero no lo es menos, que la misma no ha supuesto —muy al contrario de lo que a veces se ha llegado a afirmar— una admisión incondicionada del poder que en este ámbito parecía

² Acuerdo de 3 de enero de 1979, publicado en el BOE de 15 de diciembre de 1979.

³ De hecho, véanse, además de las aquí comentadas, las SSTC 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89 y 90/2007, todas de 19 de abril, que abordan las sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el mismo órgano judicial.

⁴ De Conflictividad permanente habla gráficamente M.M. RUIZ CASTILLO, «Profesores de Religión, negociación colectiva y nuevas relaciones laborales», en *Temas Laborales*, núm. 74, pág. 195.

ostentar el Ordinario del Lugar. Muy al contrario, esta importante y detenida Sentencia —dictada, obsérvese, sin votos particulares— ha logrado establecer importantes límites a este poder, recordando su posible fiscalización por los órganos jurisdiccionales del Estado, al mismo tiempo que establecía una serie de vías de control frente a la decisión del Ordinario que, de un lado, suponen no sólo un adecuado equilibrio entre todos los derechos constitucionales en juego, sino que además abren paso seguramente —y nuevamente muy al contrario de lo que otros han sostenido— a una dinámica judicial mucho más casuística y compleja.

Desde esta perspectiva, la STC 38/2007 no es, al menos a nuestro juicio, un punto final en toda esta polémica. Seguramente es sólo un punto y seguido, que no agota sino que reaviva la controversia, conduciéndonos a una casuística compleja en la que nuevamente deberá jugar un papel muy importante la propia jurisprudencia constitucional, ya en sede de amparo y no, por tanto, de abstracto control de constitucionalidad⁵.

Buena prueba de ello es que cuando el Tribunal Constitucional ha tenido que aproximarse por primera vez a un caso concreto y no abstracto —la segunda de las sentencias analizadas—, la posición ha dejado de ser unánime, abriéndose cauces de defensa de los derechos de estos docentes —unos quince mil según algunas fuentes⁶— que, al menos en nuestra opinión, podrían ser aprovechados por los órganos de la jurisdicción social para evitar arbitrariedades o limitaciones no proporcionadas. Y es que estas sentencias auguran nuevas resoluciones judiciales polémicas, algunas de las cuales ya han sido descritas por la prensa en el momento de cerrar esta colaboración. Pero vayamos por partes.

1.2. El tratamiento normativo de esta relación y su evolución jurisprudencial

Para poder comprender buena parte de este problema, y la argumentación de la primera de las sentencias objeto de este comentario, seguramente es necesario realizar un escueto repaso por la complicada evolución del marco normativo en el que se enmarca la actividad de estos docentes y de la interpretación que del mismo han ido dando los distintos Tribunales del orden social. Y ello porque lejos de ser estable, este marco normativo y jurisprudencial ha pasado por diversas vicisitudes, hasta llegar a la actual regu-

⁵ Una apreciación similar en M. PULIDO QUECEDO, «Acuerdos con la Santa Sede y los profesores de religión», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2007, núm. 727.

⁶ Véase R. NAVARRO-VALLS, «Los contratos del profesorado de religión en España», disponible en <http://www.interrogantes.net/includes/documento.php?IdDoc=1389&IdSec=198>

lación establecida en reciente el RD 696/1997, de 1 de junio por el que se regula la relación —que, obsérvese no se tilda de especial— de este tipo de profesorado.

En sustancia, el núcleo de toda esta regulación —y de los consiguientes problemas— parte de la opción asumida por los artículos III y VI del Acuerdo de 3 de enero de 1979 antes mencionado. En estos preceptos se asumían, por lo que aquí interesa, dos ideas fundamentales. La primera que la «enseñanza religiosa» —y obsérvese no «la enseñanza de la religión— «será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza». Para ello, «con antelación suficiente, el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los Profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza» y que formarían «parte, a todos los efectos, del Claustro de Profesores de los respectivos Centros» Y la segunda idea es que «a la jerarquía eclesiástica corresponde señalar los contenidos de la enseñanza y formación religiosa católica», del mismo modo que «la jerarquía eclesiástica y los órganos del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán por que esta enseñanza y formación sean impartidas adecuadamente, quedando sometido el profesorado de religión al régimen general disciplinario de los Centros»⁷.

En desarrollo de estos preceptos surgieron rápidamente una serie de normas reglamentarias entre las que, sin ánimo de ser exhaustivos, destacan las OM de 28 de julio de 1979; 26 de septiembre de 1979, 16 de julio de 1980 y la de 11 de octubre de 1982⁸. En estas normas no sólo se abordaban los aspectos retributivos de este profesorado sino que, con algunas diferencias según el nivel educativo y la titularidad privada o pública del centro, se desarrollaba esta peculiar relación triangular entre el ordinario, el profesor y, por lo que aquí interesa, la administración educativa. Ya en concreto, y por lo que aquí interesa, el punto tercero de la mencionada OM de 1982 señalaba expresamente que los Profesores de religión de Enseñanzas medias —contratados por la Administración, punto 5.º— serían nombrado por la Autoridad correspondiente, a propuesta del ordinario de la Diócesis, teniendo dicho nombramiento carácter anual y renovándose automáticamente, salvo propuesta en contra del mencionado ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso».

⁷ Sobre el continuismo de estas normas véase el reciente e innovador trabajo de M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios de los profesores de religión» en *Tribuna Social*, 2007, núm. 1999, pág. 22

⁸ Para un análisis más detenido de esta evolución, I.M. BRIONES MARTÍNEZ, «Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones. Dos derechos en conflicto», en *Aranzadi Social*, 2004, núm. 6.

Aunque en primer momento la naturaleza laboral de este nexo fue discutida por algunos Tribunales Superiores⁹, pronto el Tribunal Supremo vino a zanjar esta cuestión¹⁰. Y si bien la titularidad de la posición de empleador llegó a ser ciertamente dudosa, sobre todo en relación con el profesorado de Educación Primaria y General Básica¹¹, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 20 de abril de 1999 por la que se publicaba el Convenio sobre régimen económico-laboral de este personal en Centros Públicos de educación infantil, primaria y secundaria, señaló expresamente que «los profesores encargados de la enseñanza de la religión católica a los que se refiere el presente Convenio prestarán su actividad, en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso o año escolar A los efectos anteriores, la condición de empleador corresponderá a la respectiva Administración educativa»¹². De este modo, se desarrollaba la nue-

⁹ Como botón de muestra véanse, por citar algunas, las SSTJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 1993 (AS 533); (Málaga) de 18 de marzo de 1993 (AS 1330); (Málaga) de 9 de mayo de 1994 (AS 2136); Comunidad Foral de Navarra de 24 de mayo de 1995 (AS 1836); Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de mayo de 1995 (AS 1845)

¹⁰ Véanse SSTJ de 14 de febrero de 1994 (RJ 2474); 19 de junio de 1996 (RJ 5383) y 30 de abril de 1997 (RJ 3557); 23 de mayo de 2000 (RJ 5523). Para un estudio más detenido de esta cuestión en I.M. BRIONES MARTÍNEZ, «Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales...», cit.; D. TOSCANI GIMÉNEZ, «La problemática judicial y la nueva regulación legal de los profesores de religión», en *Revista de Derecho Social*, 1999, núm. 5., pág. 189 y ss.; M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza», en *Actualidad Laboral*, 2002, T/I, págs. 293-295.

¹¹ La OM de 16 de julio de 1980, relativa a centro de EGB y preescolar, había señalado en su punto 3.5 que cuando en algún centro público no existiera un número suficiente de profesores dispuestos a asumir la enseñanza religiosa, la jerarquía eclesiástica propondrá al delegado ... la persona o personas competente que resulten idóneas. «Respecto a estos profesores el Ministerio de Educación no contraerá ninguna relación de servicios». Esta misma ambigüedad se detectaba en la Cláusula Primera de la Orden del Ministerio de la Presidencia por la que se publicaba el Acuerdo de 20 de mayo de 1993 sobre régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación primaria, en la que se volvía a destacar que estos docentes «no siendo personal docente de la Administración...». En este punto se coincide sustancialmente con la brillante argumentación de M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., p. 23. También a mi juicio, la excepción —derivada de la situación franquista preexistente— eran los profesores de bachillerato, planteándose originariamente y respecto del resto del profesorado una contratación por parte de la Confesión aunque sufragada por el Estado. El problema es que, seguramente por presiones de estos colectivos, se prefirió —OM 20 de abril de 1999— trasladar el régimen excepcional —empleador administrativo— a la regla general, con todos los problemas que ello conlleva y muestra de la cual es la STS 19 de abril de 2005 (RJ 5057). En cualquier caso, obsérvese que, en el fondo, todo este problema parte del rechazo casi inconsciente a la figura de un coempleador o a la existencia de una pluralidad de sujetos en la posición jurídica del empleador. Pero ello, evidentemente, es otra historia.

¹² Sobre esta cuestión, con amplia cita jurisprudencial A.V. SEMPERE NAVARRO, «La renovación del contrato de los profesores de religión», en *Repertorio de Jurisprudencia*, 2003,

va redacción dada a la DA 2 de la LO 1/1990 de 3 octubre dada por el art. 93 de la Ley 50/1998 de 13 de diciembre¹³ y posteriormente derogada por la DA 2 LO 10/2002¹⁴. Y si bien el Tribunal Supremo vino rápidamente a asumir esta posición¹⁵, no está de más recordar como posteriormente este mismo Tribunal ha tenido que matizar esta posición, señalando la peculiar situación en la que a estos efectos se encuentra la Iglesia Católica y que nos situaría ante una «posición empresarial compleja» con un desdoblamiento según los aspectos administrativos o ideológicos que obligaría a que cuando son los segundos los discutidos, fueran ambas entidades, públicas y religiosas codemandados¹⁶.

En cualquier caso, tampoco cabe olvidar que, de un lado, los art. 10 de la Ley 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas de 10 de noviembre, habían venido igualmente a establecer reglas específicas en relación con la docencia de las enseñanzas evangélicas, judía e islámica; y que, del otro, el art. 4.2 de la

n. 27 (BIB 2003\1494). Entre la jurisprudencia, véase, por todas, la STS de 8 de mayo de 2000 (RJ 4267). Recientemente, con una posición sumamente interesante, M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., pág. 23 que avala la posición del Proyecto de LOE de acuerdo con la cual debieran ser las confesiones las que contratasen a los profesores.

¹³ De acuerdo con la cual, y aunque de forma más lacónica, se señalaba que «los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de funcionarios docentes, impartan enseñanzas de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial» En su primitiva redacción este precepto se limitaba a señalar «La enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. A tal fin, y de conformidad con lo que dispongan dichos acuerdos, se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos»

¹⁴ Debe tenerse también en cuenta que según la DA 2 de la LO 10/2002, de 23 de diciembre «Los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, impartan la enseñanza confesional de Religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que corresponda en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos».

¹⁵ STS 31 de mayo de 2000 (RJ 4647) y 23 de mayo de 2000 (RJ 5523) entre otras muchas, y posteriormente la STS de 29 de septiembre de 2004 (RJ 7675) en el que precisamente se planteaba esta cuestión y el papel que debe desarrollar en este campo la Iglesia católica. En la doctrina, por todos, M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Los profesores de religión y moral católica...», cit., pág. 296 y sig..

¹⁶ Véase en este punto la muy interesante STS 19 de abril de 2005 (RJ 5057). De hecho ya sostuvimos una posición similar en F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica*, CES, Madrid, 1995, pág. 293. Véase igualmente M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Los profesores de religión y moral católica...», cit., pág. 296.

Directiva 2000/78/CE también había establecido, en el marco de la Declaración núm. 11 sobre el estatuto de las Iglesias y las organizaciones no confesionales, adjunta al Acta final del Tratado de Ámsterdam, que «en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituirá discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo». Y además, que «siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, (a) exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización»¹⁷.

Pues bien, dejando a un lado otros problemas, como la constitucionalidad de la exclusión de estos profesores de ciertos convenios¹⁸, u otras cuestiones sociales y/o administrativas¹⁹, lo cierto es que ya desde un principio los principales problemas de este colectivo se centraron en los supuestos de «no renovación» de una relación que se tildo rápidamente de «objetivamente especial»²⁰ y, con él, de las posibilidades o no de fiscalización por parte

¹⁷ Sobre esta excepción, más ampliamente, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. CALVO GALLEGU, «Directive 2000/78/EC and the prohibition of discrimination based on religion», disponible en http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_2345_file_en.3173.pdf

¹⁸ STS (Sala de lo Social) de 9 octubre 2003 (RJ 2003/7732). Un comentario sobre la previa STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2002 (AS 2044) en S. MORENO CÁLIZ, «Profesores de religión y aplicación de convenio colectivo», en *Aranzadi Social*, 2002, núm. 13 (BIB 2002/1773). Véase igualmente, J. LAHERA FORTEZA, «Exclusión convencional de colectivos específicos: el caso de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza (comentario a la STS 4.ª de 9 de octubre de 2003)», en *Relaciones Laborales*, 2005, T/I, pág. 603 y sig..

¹⁹ Por sólo mencionar la jurisprudencia constitucional véanse AATC 385/2005, de 7 de noviembre (elecciones sindicales) y 241/2004, de 6 de julio (doble afiliación USO y FEPER) o la STC 47/1990 de 20 de marzo sobre su posible acceso a la dirección de sus respectivos centros.

²⁰ Por todas STS de 12 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 2977). De «materialmente» especial habla la STS de 19 de septiembre de 2005 (RJ 8675) que aclara expresamente que no nos encontramos ante una relación laboral especial a los efectos del art. 2 ET, sino ante una

de los órganos jurisdiccionales de las decisiones de «no renovación» del profesorado por parte del Ordinario del lugar.

Intentando sintetizar brevemente a posición a este respecto de la jurisprudencia y doctrina de suplicación previa a la Sentencia del Pleno Tribunal Constitucional podríamos decir que, a pesar de que la división de la docencia en cursos no permite, como regla general, la legítima estipulación de contratos de obra o servicios anuales²¹, en este caso la existencia de una norma internacional —el Acuerdo de 3 de enero— sí habilitaría —al menos para nuestra jurisprudencia en el anterior marco legal— esta posibilidad. Y ello porque como señalaba el Fundamento Jurídico Primero de la STS de 12 de diciembre de 2001²², sintetizando la constante posición del TS en esta materia «el artículo 3 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 no preveía para estos profesores una relación indefinida, sino una relación a término, que surge con un nombramiento o designación que tiene vigencia anual y que, por tanto, lleva a la terminación del vínculo si no es renovado mediante otro nombramiento». Para nuestros Tribunales, el hecho de que la renovación fuese automática, salvo propuesta en contra del Ordinario, «no afectaría a la existencia del término, sino a la renovación del contrato» ya que «la interpretación contraria no sólo se opondría al sentido propio de las palabras de la norma, sino a su espíritu y finalidad, que no es otra que la de vincular cada año la iniciación de un nuevo contrato a la voluntad unilateral del Ordinario»²³.

Y todo ello sin olvidar que el propio Tribunal Supremo vino interpretando muy flexiblemente este supuesto de extinción, sobre todo en relación con la comunicación del Ordinario, al señalar, por ejemplo, que sería bastante para la no renovación del profesor actos concluyentes del Ordinario como la proposición de otra persona²⁴; de la misma manera que la falta de

regulación que por mandato legal tiene una configuración especial, dentro de la que resalta esta contratación temporal. En idéntico sentido STS de 6 junio 2005 (RJ 2006, 4119). Como atípica, pero no materialmente especial la califica F. VIÑETA ROCA, «Contratación temporal anual de profesores de religión en centros públicos: ¿violación de derechos fundamentales de los propios docentes? en *Sentencia de TSJ y otros Tribunales*, 2003, núm. 19 (BIB 2003/1556).

²¹ STS (Sala de lo Social) de 27 marzo 2002 (RJ 2002/5312).

²² (RJ 2001, 2977).

²³ Véase, por todas, las STS de 5 de junio, 7, 17 y 28 de julio, 11 de octubre, 29 de noviembre, 4 y 20 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 4650, 6295, 7184, 7196, 9426, 10412 y 10414; y RJ 2001, 1437, 1861); 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10648); 9 julio 2003 (RJ 2003, 8372); 6 junio 2005 (RJ 2006, 4119); 19 de septiembre de 2005 (RJ 8675); ATS de 7 de abril de 2005 (RJ 167902). En la doctrina es inexcusable hacer referencia a la profunda, motivada y compartible crítica que el mayor experto en estos temas ha realizado a esta posición del Tribunal Supremo hasta la modificación «constitutiva» de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1999. Véase, M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., pág. 27 y ss.

²⁴ STS de 9 julio de 2003(RJ 2003, 8372).

propuesta del Ordinario tampoco equivaldría a un despido ya que el contrato se extinguía ope legis sin que surgiera obligación alguna de renovación²⁵. De esta forma, se acababa admitiendo implícitamente la posibilidad de no renovar el contrato sin que fuera ni tan siquiera necesaria una mínima justificación de dicha omisión, acentuando la confianza como elemento central de la relación, lo que acabó provocando —como se señaló rápidamente— una notable descausalización de la facultad eclesiástica, reduciendo consiguientemente la fiscalización de la actuación de la jerarquía eclesiástica a márgenes muy exiguos²⁶, centrada sobre todo —al menos para algunos Tribunales Superiores de Justicia— en aquellos casos en los que la no renovación pudiera conectarse bien con la actividad sindical²⁷, o bien con la indemnidad ante el previo ejercicio por el profesor del derecho a la tutela judicial efectiva.

1.3. La posición general del Tribunal Constitucional: la STC 38/2007

Es en este contexto en el que el Tribunal Superior de Justicia, en su sede de Las Palmas, plantea diversas cuestiones de constitucionalidad sobre los artículos III, VI y VII del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede. En un apretada síntesis podríamos decir que tras un repaso de la evolución normativa y jurisprudencial de este colectivo el TC asume:

1. Que la inserción en el sistema educativo de la enseñanza de la religión —en el fondo, la causa de todo este problema— es constitucionalmente admisible en cuanto puede justificarse en virtud del derecho de los padres a dar una educación conforme a sus convicciones —art. 27.3 CE—, en la medida en la que permite la divulgación y expresión pública de una entidad religiosa —art. 16 CE—

²⁵ STS de 16 de junio de 2004 (RJ 5583), o STS (Sala de lo Social) de 7 julio 2000 RJ 2000\6295) que literalmente señala como «En el espíritu y en la letra de todas las normas transcritas late la idea de temporalidad de la relación de los profesores de religión católica, que se limita exclusivamente a la duración de cada curso escolar, y de ahí que la falta de inclusión en la propuesta del Ordinario para los cursos sucesivos, aunque el interesado hubiera impartido la enseñanza en los precedentes, no equivale a un despido, dada la peculiar naturaleza de la relación, cuya legitimidad hay que buscarla en el tratado internacional celebrado entre la Santa Sede y el Estado español el 3 de enero de 1979, y no en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, así es que las normas de la Ley estatutaria sobre el despido no resultan aquí aplicables». En un sentido similar véase también STS (Sala de lo Social) de 11 abril 2003 (RJ 2003\5193).

²⁶ Véase, por ejemplo, el excelente comentario de M. CARDENAL CARRO, «La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión y moral católica», en *Aranzadi Social*, 2006, núm. 21 (BIB 2006/2821).

²⁷ STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2001 (AS 2002, 892).

y en la medida en la que el principio de neutralidad no obsta a esta manifestación del deber de cooperación establecido expresamente en el art. 16.3 CE²⁸.

2. De este mismo principio de aconfesionalidad, laicidad positiva y neutralidad se sigue que «ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable».
3. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional rechaza —como en su momento ya hiciera con otros supuestos de relaciones entre el ordenamiento religioso y el estatal, articuladas, no cabe olvidarlo, desde la óptica del art. 16 CE— que esta relevancia externa de decisiones necesariamente religiosas suponga la aparición de zonas oscuras o inmunes al control jurisdiccional del Estado. El principio de exclusividad jurisdiccional exige negar esta premisa. Y ello porque de acuerdo con el TC en estos casos los órganos judiciales deben desarrollar su control en, al menos tres niveles diferentes:
 - El primero, el mero control de la actuación de la Autoridad administrativa posterior a la comunicación del Ordinario y su sometimiento, por tanto, al procedimiento legal o reglamentariamente establecido. Obviamente el enjuiciamiento de esta actividad reglada no supone mayor dificultad ni plantea mayor cuestión.
 - El segundo lugar, y en sentido negativo, los órganos jurisdiccionales «habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya

²⁸ Sobre este principio de neutralidad y el deber de cooperación resulta de interés L.M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «Las libertades de conciencia en el ordenamiento español», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2003, núm. 2.

- definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo»
- Y en tercer lugar, y ésta es, al menos a mi juicio, la mayor novedad, el órgano judicial habrá igualmente «de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo»
4. Finalmente, el Tribunal Constitucional rechaza igualmente las alegaciones de la Sala en torno a los art. 9.3, 14, 16 y 103 CE. Por lo que se refiere al primero, porque es evidente que aunque pueda discreparse de la concreta solución adoptada, para el Pleno nos encontramos ante una norma con una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento. En relación con la segunda —estrechamente conectada al art. 23.2 CE—, porque la declaración de idoneidad, lejos de ser arbitraria, supone uno de los requisitos de capacidad que, por tanto, no puede calificarse de arbitraria o irrazonable, ni ajena —sino modulada al contenido exigido por la prestación— a los principios de mérito y capacidad. En relación con la tercera, porque «resultaría 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». Y finalmente, y por lo que se refiere al art. 103 CE, porque lejos de convertir a la Administración Pública en una empresa de tendencia, nos moveríamos en una tarea ideológica —o de tendencia— en un empleador neutro lo que vendría justificado por el deber de cooperación establecido en el art. 16.3 CE.

Sin poder detenernos aquí a analizar todos y cada uno de los aspectos de un razonamiento y de unas conclusiones que compartimos sustancialmente, sí nos gustaría al menos profundizar en algunos aspectos de la misma o en otras perspectivas en las que, evidentemente, una resolución judicial centrada en un problema concreto, no puede abordar.

A nuestro juicio, más allá de las dudas que pudiera suscitar la incardinación de una tarea de tendencia en un empleador necesariamente

neutro como son las Administraciones Públicas —tema éste sobre el que volveremos desde otra perspectiva al final de estas páginas— sí nos gustaría intentar incardinar esta cuestión desde una perspectiva más amplia y no tan concreta.

En efecto, el punto de partida —al menos a nuestro juicio, es el hoy indubitado reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa de los trabajadores, ya sea tanto desde la perspectiva sustantiva del art. 16 CE como desde la protectora del art. 14 CE —o, si se nos permite, desde la Directiva 2000/78/CE, que de esta forma ya habría reconocido (a través de su protección antidiscriminatoria) un derecho fundamental europeo no económico, como es la libertad religiosa²⁹—. El problema, como decíamos, surge porque frente a otros derechos fundamentales cuya necesaria modulación en el seno de la relación laboral nunca ha planteado dudas, por la necesidad evidente de la misma —piénsese en la libertad de expresión o, porqué no, en la misma libertad de movimientos— en el caso de la libertad religiosa normalmente la relación laboral no exige, ni por tanto, permite normalmente intromisiones empresariales en el ejercicio este derecho. En realidad, en el campo de la libertad religiosa estos problemas sólo suelen aparecer en relación con los tiempos de trabajo y descanso —y seguramente en un futuro por problemas de vestimenta y apariencia— y la desconexión de la normativa general española (art. 37 ET) con las necesidades impuestas en este punto por otras religiones distintas de la católica; un tema éste cuya solución seguramente debe discurrir a través de una razonable adaptación de las obligaciones laborales como propugnan las leyes 24, 25 y 26/1992³⁰. En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que en general la simple religión o creencias del trabajador, y, desde luego, su exteriorización fuera del tiempo y lugar de trabajo, son temas constitucionalmente intrascendentes para el empresario en la medida en la que no tienen ninguna conexión con la prestación lícitamente establecida a través del contrato.

Por ello, las dificultades sólo nacen cuando una prestación constitucionalmente admisible —no, por tanto, por el mero capricho o proselitismo de un empresario cualquiera que quisiera imponer sin justificación con la actividad de la empresa su visión del mundo a sus empleados— sí puede exigir

²⁹ Cuyo contenido sustantivo, ante la ausencia (por ahora) de una Carta vinculante a nivel europeo, seguramente habría de buscarse en el art. 9 Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo. En este punto nos remitimos nuevamente a M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. CALVO GALLEGO, «Directive 2000/78/EC and the prohibition of discrimination based on religión», disponible en http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_2345_file_en.3173.pdf

³⁰ Desde una perspectiva más amplia véase O. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación», en *revista Española de Derecho del Trabajo*, 2007, núm. 33, pág. 75 y sig.

esta modulación, voluntariamente aceptada a través del contrato, que lejos de ser una renuncia definitiva —inaceptable desde un punto de vista constitucional— supone una simple limitación en el ejercicio de este derecho que encuentra su justificación en la tutela de éste u otros derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a otros sujetos individuales o colectivos. Y en estos casos, la limitación no sólo podría extenderse al momento exacto de la prestación, sino, y en función concreta de la intensidad del contenido ideológico de la prestación, a momentos tradicionalmente considerados de la vida extralaboral del trabajador que, por su trascendencia pública —excluyéndose, por tanto los aspectos no manifestados o realmente privados de la misma—, pudieran provocar que la prestación no fuera correctamente desarrollada³¹. Por poner un símil, y a ejemplos meramente descriptivos, podríamos decir que al igual que los deportistas profesionales pueden verse sometidos a ciertas limitaciones en su actividad fuera del tiempo de trabajo —justificadas para conservar la capacidad para desarrollar su prestación (diligencia preparatoria)— estos trabajadores podría llegar a sufrir ciertas limitaciones en los aspectos públicos de su actividad extralaboral cuando dichos comportamientos pudieran ser relevantes para la correcta ejecución posterior de su prestación cualificada ideológicamente.

Desde esta perspectiva, el derecho a la libertad ideológica podría sufrir también, de forma similar a los anteriores, ciertas modulaciones voluntarias y temporales, justificadas por el contenido ideológico constitucionalmente admisible de su deuda voluntariamente asumida. Lo que ocurre es que estas modulaciones dependen —y esto no debe olvidarse— del contenido, de la intensidad ideológica de la prestación que se convierte así en el verdadero fiel para medir hasta donde sería constitucionalmente admisible llevar estas modulaciones.

En el caso concreto de los profesores de religión, esta forma de aproximarnos al problema —a mi juicio personal la más adecuada— nos llevaría a lo que en mi opinión es la cuestión fundamental: plantearnos el contenido concreto de la prestación de estos docentes. En definitiva, y por decirlo en pocas palabras, si por el contenido reclamado de su prestación —y asumiendo que ésta es constitucionalmente admisible en razón de los art. 27.3 y 16 CE— estos profesores son meros docentes de aspectos científicos de la religión o si, además de esta transmisión, se les pide —y este sería el contenido ideológicamente fuerte— que adoctrinen, como auténticos catequistas, estas verdades y creencias.

Mientras en el primer caso se trataría, por tanto, tan sólo de una transmisión de conocimientos que únicamente requeriría un respeto similar al

³¹ Vid. F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica*..., cit., passim.

exigido a los trabajadores neutros en empresas de tendencia —o en el art. 4.2 Directiva 2000/78/CE— en el segundo caso nos encontraríamos ante una prestación que por su vertiente de adoctrinamiento, de proselitismo, tan sólo podría ser correctamente ejecutada o cumplida —esto es, satisfecho el interés del acreedor— si por su comportamiento y actitudes públicas, incluso por su actividad extralaboral públicamente conocida, el docente representase y diese «testimonio» correcto —lógicamente desde la perspectiva de los padres y de la confesión— de la misma.

En otras palabras, si los padres de los alumnos y la Iglesia desean que este docente no sólo transmita los mandamientos de una fe —aspecto meramente científico—, sino que además fomente su aceptación y cumplimiento por parte de los alumnos, parece evidente —una vez que hemos aceptado lo primero— que el correcto cumplimiento de la prestación exigirá una determinada imagen pública o «testimonio» que implica o requiere a la vez una fuerte, inevitable, pero siempre voluntaria modalización de este derecho fundamental. Y todo ello sin olvidar que desgraciadamente el objeto específico de esta contratación —limitado a impartir esta materia, y nada más— impide, al menos a primera vista, una prioritaria adaptación de la prestación, a diferencia de lo que ocurre con el profesorado común que asume este tipo de docencia, para los que la pérdida de idoneidad supone tan sólo el cambio de actividad pero no, obviamente, la extinción de su relación.

Desde esta perspectiva, si analizamos, ya en concreto, la Orden ECI/1957/2007, de 6 de junio, por la que se establecen los currículos de las enseñanzas de religión católica correspondientes a la educación infantil, a la educación primaria y, por lo que aquí interesa, a la educación secundaria obligatoria, no nos cabe sino concluir que la opción de la jerarquía eclesiástica —la Conferencia Episcopal en este caso— es evidente. Aunque algo escondido, no es difícil detectar que «la enseñanza religiosa no se reduce a una enseñanza de valores; se dirige a la persona concreta en sus raíces ... Por eso la enseñanza ha de proponer a Jesucristo como camino que nos conduce a la verdad y a la vida y ha de hacerse desde la convicción profunda que procede de la Iglesia que profesa, celebra y vive la fe en Jesucristo, y, en consecuencia, mediante la forma propia y más coherente de transmitir esa fe de la Iglesia: el testimonio»

Sirva esta larga cita para constatar que la opción que se asume desde la Iglesia Católica es la segunda. No es una mera transmisión científica de conocimientos sobre el hecho religioso, sino también catequesis y adoctrinamiento³². Y ello reclamaría, en el caso concreto de los profesores de reli-

³² Véase M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Los profesores de religión y moral católica...», cit., pág. 302.

gión católica, que estos tradicionalmente dispusieran — en el marco que proporcionan los cánones 804 y 805³³— no sólo de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad (DEI) que avalaba su «profesionalidad» y conocimientos religiosos, sino también una *missio canonica* que avalara su «eclesialidad»³⁴; o, tras el que parece «Nuevo acuerdo de regulación sobre Declaración Eclesiástica de Idoneidad (DEI) de 27 abril 2007»³⁵, ya adaptado a la nueva regulación reglamentaria, una triple cualificación:

- la Declaración Eclesiástica de Competencia Académica (DECA), expedida por la Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis, que sustituiría a la hasta ahora DEI y que reclamaría la partida de bautismo y conocimientos derivados de 300 horas lectivas mínimas
- Una nueva Declaración Eclesiástica de Idoneidad, expedida por el Ordinario diocesano y que supone «recta doctrina y testimonio de vida cristiana». Está nueva DEI estaría basada en consideraciones de índole moral y religiosa, criterios cuya definición correspondería necesariamente por mor del principio de neutralidad al Obispo diocesano. Y, obviamente, esta DEI podría ser revocada por el Ordinario diocesano cuando el docente dejase de cumplir alguna de las consideraciones por las que se concedió.
- Finalmente, se prevé una Propuesta del Ordinario diocesano (*missio canonica*), a la Administración Educativa, del profesor que considere competente e idóneo para un centro escolar concreto. Supone que está en posesión de la DECA y de la DEI. La propuesta será para cada año escolar, conforme con el art. III del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales³⁶.

En cualquier caso, y más allá de señalar la perplejidad de una *missio* que vuelve a limitar las posibilidades que pretendía seguramente abrir la nueva regulación reglamentaria —¿hasta que punto la idoneidad religiosa

³³ Vid. J. DE OTADUY, «Relación laboral y dependencia canónica de los profesores de religión», en *Aranzadi Social*, 2000, núm. 14.

³⁴ En la terminología de la propia conferencia episcopal. Véase www.conferenciaepiscopal.es/ensenanza/profesor.htm. Desde la distinción entre competencia e idoneidad véase en J. DE OTADUY «El discutido alcance de la propuesta de los profesores de religión. A propósito de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de julio de 2003» en *Actualidad Jurídica Arzandi*, 2004, núm. 611 (BIB 2004/64),

³⁵ Tomado de http://www.revistaeclesia.com/index.php?option=com_content&task=view&id=11816&Itemid=50

³⁶ Sobre los principios y criterios para la inspección del área y el seguimiento (sic) de los profesores de religión católica puede consultarse el texto aprobado el 24-IV-2001 en la LXXXVI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal —Madrid, 27 de abril de 2001— entre cuyos fines se señala expresamente «velar por la recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica de los profesores de religión». Disponible en http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/Conferencia/profesores_religion.htm

puede predicarse de un concreto centro y no de otro de la misma Diócesis? ³⁷— tan sólo nos gustaría realizar dos comentarios más.

El primero se centra en señalar que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sólo las razones religiosas —y no otras, como la actividad sindical o el ejercicio de acciones judiciales en defensa de sus intereses— justificarían la no renovación o, en el nuevo contexto normativo —sobre el que volveremos de inmediato—, la extinción de la relación. Esta limitación al campo exquisitamente religioso del poder del Ordinario —que, al menos a mi juicio, ya se deducía con toda claridad del art. 4.2 de la Directiva 2000/78/CE—, significa que ahora no bastará la mera pérdida de confianza en el docente, intentando una semejanza, creo que no muy afortunada, con los supuestos de alta dirección. Las razones alegadas por el Ordinario —ya que como veremos, ahora sí será necesaria dicha exteriorización— deberán ser exclusivamente religiosas, sin que quepa, al menos a mi juicio, como consecuencia del principio de neutralidad, ningún tipo de control «prejudicial canónico» sobre el contenido religioso de esta decisión por parte de los órganos estatales interpretando los cánones 804 y 805 del Código Canónico ³⁸.

A mi juicio, la principal dificultad en relación con este test o control estribará, no en estos casos donde al amparo de la misma se intenta «castigar» el ejercicio por el docente de otros derechos como los de libertad sindical o la tutela judicial efectiva —casos éstos en los que seguramente y en el supuesto de existir también otros motivos religiosos verdaderos, deberíamos asumir una posición similar a la sostenida por el Tribunal Constitucional en relación con los despidos pluricausales ³⁹—, sino en aquellas otras hipótesis en las que la visión religiosa —que tiende a no limitarse al factor espiritual, sino a regular buena parte del comportamiento humano— pueda

³⁷ Una distinta valoración en J. DE OTADUY «El discutido alcance de la propuesta de los profesores de religión. A propósito de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de julio de 2003» en *Actualidad Jurídica Arzandi*, 2004, núm. 611 (BIB 2004/64), para el «puede perfectamente suceder que la relación de los fines propios de la enseñanza escolar en un determinado ambiente haga aconsejable contar con el trabajo de una persona consagrada... mientras que en otro resulte más conveniente la presencia de una madre de familia». Lo que a mi juicio no cabe es sostener que la mayor o menor cercanía del centro de trabajo al domicilio —véase lo sostenido por el autor, uno de los mayores expertos en esta materia— pueda ser un criterio de idoneidad «canónica» o «religiosa» que es lo único que por su peculiaridad material debe analizar el ordinario del lugar. Además, y como recuerda nuevamente M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., p. 29, lo que se pide de la confesión es su idoneidad o no, no su mayor o menor grado de idoneidad.

³⁸ Al igual que M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., pág. 29 no creo descabellado que estas cuestiones pudieran incluso remitirse al sistema judicial intrarreligioso de cada confesión.

³⁹ *Vid.*, por todos, C. RIERA VAYREDA, *El despido nulo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 190 y sig.

llegar a suponer un enfrentamiento con otras causas de discriminación, por ejemplo, en relación con la orientación sexual⁴⁰. Desde luego, el orden público constitucional debiera impedir dar transcendencia jurídica, al menos en el ordenamiento estatal, a razones que choquen contra este orden público, dando transcendencia pública a decisiones inaceptables desde el punto de vista constitucional. Pero una vez dicho esto, y respetando este orden público constitucional, absolutamente inaplazable, la exigencia de ciertos «comportamientos adecuados» a la forma de «abordar» este tema por parte de una confesión religiosa sí creo que, desgraciadamente, podrían exigirse a tales trabajadores, en la medida en la que deben dar «testimonio» de una fe que exige ese tipo de comportamiento para estos ciudadanos. En cualquier caso, es un tema sobre el que seguramente deberán pronunciarse nuestros Tribunales.

El segundo razonamiento, ya necesariamente escueto, se centra en los importantes problemas prácticos, pero al mismo tiempo, las enormes posibilidades y el casuismo al que puede conducir el último test que, sin ánimo de exhaustividad, señala el Tribunal Constitucional. Y es que, de acuerdo con su importante Fjco. 7 el órgano judicial debe también «ponderar» «la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza pueda ocasionar a los propios derechos fundamentales de los trabajadores en la relación de trabajo». Esto es, no será ya bastante con demostrar la existencia de una causa religiosa. Tras esta causa exclusivamente religiosa, será necesaria una ponderación en cada caso concreto de los intereses en juego lo que, como ya dijimos al principio de estas páginas, puede plantear bastantes controversias. Algo que, por lo demás, ya se constata en la primera de las sentencias de amparo que en este tema ha dictado el propio Tribunal Constitucional.

1.4. El primer equilibrio concreto: la STC 128/2007 de 4 de junio

Y es que en esta primera sentencia de amparo, la Sala Segunda —lejos de la uniformidad lograda en la argumentación abstracta— se divide en dos bloques, precisamente al hilo de este último test de proporcionalidad en sentido estricto.

Como se recordará, en el supuesto planteado en esta STC 128/2007 la ligazón entre la no renovación y la libertad religiosa del docente es clara. Se trataba, como el propio Ordinario reconoce, de los problemas derivados del comportamiento extralaboral de un sacerdote secularizado cuya condi-

⁴⁰ Véanse las interesantes reflexiones de C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 70 y sig.



ción familiar es hecha pública por un medio de comunicación —lo que excluye al problema del campo de la intimidad— al hilo de unas declaraciones de una asociación que aglutina a este colectivo al que el demandante pertenece⁴¹.

El problema, por tanto, no proviene de los dos primeros test a los que hicimos referencia al hilo de la STC 38/2007, sino al último de proporcionalidad en sentido estricto. Tanto la Sentencia como el Voto particular asumen la imposibilidad de entrar —desde el principio de neutralidad de los órganos jurisdiccionales del Estado, y del propio Tribunal Constitucional como órgano del Estado— en si tales hechos son o no lo suficientemente graves o contrarios a la doctrina de una Entidad religiosa como para impedir o destruir la idoneidad de una persona para esta enseñanza. Este control es interno a la confesión y en él no pueden entrar los órganos estatales.

Donde en cambio surgen los problemas y las discrepancias es a la hora de abordar el último test. Y ello porque mientras la mayoría de la Sala aborda el problema desde una perspectiva quizás excesivamente genérica, que por demasiado abstracta, casi acaba reconduciendo y subsumiendo este último test al primero —la existencia de una causa religiosa real—, el voto particular la analiza desde un plano mucho más concreto, y a mi juicio bastante más acertado, aunque quizás no se compartan algunas de sus argumentaciones. Y es que la misma existencia de este test exige analizar y valorar los datos concretos de cada caso para analizar si la limitación de los derechos fundamentales del individuo serían proporcionales a las exigencias impuestas por los otros derechos constitucionales puestos en juego.

Es cierto que ello podría suponer una limitación de la libertad religiosa de la confesión o de los padres, pero dicha limitación es necesaria para evitar, por ejemplo, que cuestiones puntuales o de limitada importancia pudieran provocar consecuencias tan gravosas como las padecidas por el individuo. Y todo ello, claro está, manteniendo e imponiendo el orden público constitucional y sin que, por tanto, puedan darse relevancia a factores que contraríen el orden público constitucional. No estamos, por tanto, ni debemos estar ante un enjuiciamiento desde la perspectiva de la libertad religiosa de la entidad, sino si desde el plano constitucional, desde el esquema de valores que refleja nuestra Carta Constitucional, la decisión del ordinario

⁴¹ Un estudio detenido de la STSJ de Murcia frente a la que se interpuso el recurso en I.M. BRIONES MARTÍNEZ, «Profesores de religión católica...», cit., y también M. CARDENAL CARRO, «La constitucionalidad de la regulación de los profesores...», cit. Un muy interesante comentario a la decisión del Juzgado de lo Social en R. Y. QUINTANILLA NAVARRO «Despido discriminatorio de un profesor de religión, por ejercicio del derecho a la libertad de expresión, o transgresión de la buena fe contractual del trabajador? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia, de 28 septiembre 2000), en *Aranzadi Social*, 2000, núm. 14 (BIB 2000/15999)

podría suponer una limitación excesiva de los derechos fundamentales del individuo.

Se trataría, en definitiva, de una cuestión de límites, de gravedad y de trascendencia de comportamientos públicos de estos docentes, en la medida en la que ninguno de los derechos en juego sería absoluto e ilimitado. Y de cuestiones, que como decía al principio de estas líneas, motivarán sin duda una amplia controversia jurisprudencial. Y ello, claro está, siempre que no se acabe por hacer de este último test una cuestión meramente testimonial, haciendo prevalecer siempre el interés eclesiástico o de los padres y transformando en central el primer test que, al menos a mi juicio, en la Sentencia 38/2007 surgía correctamente como control negativo, previo, pero no suficiente.

En cualquier caso, sólo posteriores sentencias del mismo Tribunal Constitucional —que seguramente habrán de llegar— nos permitirá constatar si se avanza por la línea propuesta por la mayoría de la Sala, o si se intenta construir un juicio real de proporcionalidad que limite, aunque sea puntualmente, los poderes del Ordinario, en un equilibrio necesariamente más casuístico pero adecuado a la complejidad de este problema.

1.5. La nueva regulación legal y reglamentaria

Sea como fuere, y antes ya de concluir este comentario —excesivamente prolijo para las dimensiones reclamadas por esta colaboración— tan sólo nos gustaría resaltar, en primer lugar, que sobre todo este debate ha de pesar necesariamente la aparición del nuevo RD 696/2007 de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral —que no se tilda, obsérvese, de especial— de los profesores de religión de conformidad con lo dispuesto en la DA 3 LO 2/2006 de Educación ⁴².

⁴² De acuerdo con este precepto, «1. Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas. 2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos. En todo caso, la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho.

Sin poder entrar aquí a analizar en profundidad las diversas cuestiones que esta norma plantea —baste señalar que en ella parece detectarse un claro y positivo deseo de profesionalizar a este personal, reduciendo e independizándolo (salvo en el nombramiento y revocación) del Ordinario⁴³— tan sólo nos interesa destacar aquí, y en relación con el objeto de este comentario, como en primer lugar, la nueva norma sigue manteniendo entre los requisitos exigibles para impartir esta docencia «haber sido propuesto por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa». Pero en cambio, y seguramente por los problemas que planteaba la adaptación de una modalidad temporal sin límite en su renovación con la Directiva 99/70/CE de 28 de junio sobre contratos de duración determinada —por no decir con la nueva regulación del art. 15.5 deducida del Ley 43/2006 de 29 de diciembre— no se opta, en segundo lugar, y como decimos, por una renovación automática de contratos temporales anuales, sino por configurar la relación como de duración indefinida, salvo en los casos de interinidad.

Esta opción no es en absoluto baladí para el problema al que nos enfrentamos, ya que, como habíamos visto, la anterior construcción normativa y su interpretación jurisprudencial habían llegado incluso a justificar extinciones automáticas de los contratos temporales en las que los motivos de la no renovación por la Autoridad Eclesiástica —y, por tanto, de la no contratación laboral por parte de la correspondiente Administración— ni tan siquiera tenían que hacerse públicos. Frente a esta situación es cierto que el art. 7 RD 696/2007 reconoce como «causa de extinción» —¿objetiva o simple condición resolutoria? ¿qué tratamiento recibe a efectos de impugnación y calificación?— la «revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la Confesión religiosa que la otorgó». Y sin poder profundizar aquí en los diversos problemas que esta nueva regulación plantea, lo que al menos a mi juicio parece evidente es que esta revocación deberá realizarse y, sobre todo, deberá justificarse expresamente; y, además, no en base a consideraciones generales, sino a los hechos concretos y específicos que justifican esta revocación y que, nuevamente, y al menos en mi opinión, delimitarán necesariamente el posterior debate jurisprudencial, a imagen y semejanza de lo que ocurre con los motivos alegados en la carta de despido.

De este modo, la nueva regulación no sólo da mayor estabilidad a estos trabajadores ajustando nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias, sino que además permite delimitar con mayor precisión los elementos

⁴³ En contra de la solución seguramente más correcta y adecuada. Véase M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., p. 25 y 26.

del, en su caso, posterior debate jurisprudencial y, sobre todo, del juicio de proporcionalidad al que antes hemos hecho referencia.

2. A MODO DE CONTRAPUNTO. LA ESCUELA PÚBLICA Y LA CREENCIAS Y APARIENCIA DEL DOCENTE: LA STEDH DE 15 DE FEBRERO DE 2001 (ASUNTO DEHALB)⁴⁴

La segunda cuestión que quisiera plantear, antes de concluir este comentario, se centra en lo que podríamos considerar la hipótesis opuesta a la hasta ahora analizada; esto es, si la hipotética exigencia de neutralidad religiosa absoluta en los centros escolares públicos —en aquellos países laicos donde sí existe una absoluta separación entre religión y Estado— podría incluso limitar ciertos aspectos, sobre todo de vestimenta y apariencia de los docentes que les vendrían impuestas por sus creencias religiosas.

Seguramente el ejemplo más significativo —que no el único— de este posible problema es la STEDH de 15 de febrero de 2001 (Asunto Dehalb c. Suiza). En ella se analizaba la problemática suscitada por la profesora de una escuela primaria de Ginebra (Lucia Dehalb) que, tras un periodo de búsqueda espiritual, abandono la fe católica en 1991 y se convirtió al Islam, empezando a llevar el pañuelo Islámico —foular— en el colegio público en el que trabajaba con niños de entre cuatro y ocho años desde 1989. Tras dos periodos de maternidad, en 1996, y sin que hubiera constancia de comentario alguno por parte de los padres, se la requiere por parte de la Administración Educativa para que deje de llevar dicho pañuelo, al ser incompatible su comportamiento con la legislación educativa, que prohibía a los docentes portar en su actividad «símbolos religiosos fuertes», entendidos estos como los inmediatamente visibles por otros. Esta decisión administrativa fue ratificada por los Tribunales suizos, siendo objeto finamente de impugnación ante el TEDH por posible violación del art. 9 CEDH que, como de todos es sabido, reconoce el derecho a la libertad religiosa⁴⁵.

⁴⁴ Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=670930&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=1132746FF1FE2A468ACCB CD1763D4D8149>

⁴⁵ El artículo 9 del CEDH (de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979 —revisado en conformidad con el Protocolo núm. 11 (Fecha de entrada en vigor 1 de noviembre 1998), titulado «Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», establece que :«1. Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que

En este caso, es evidente que el problema se suscita en relación con la apariencia y vestimenta. Pero más allá de cuestiones de género, lo que nos interesa aquí resaltar es la posición del Tribunal Europeo en relación con la admisibilidad o no de hipotéticas limitaciones legales a las exigencias de vestimenta —o apariencia— que impuestas por una determinada fe o creencia podrían entrar en conflicto con la neutralidad de la actividad docente y de la laicidad del Estado, por el impacto que estos símbolos podrían llegar a tener sobre menores de edad.

Y lo más llamativo del caso es que propio Tribunal Europeo, obviando seguramente la plena aplicación del principio de proporcionalidad, acepta básicamente la argumentación del la Corte Federal, señalando la admisibilidad de esta decisión en base al principio de neutralidad y a la escasa edad de los menores, tras una no baladí reflexión sobre el foular y su difícil reconciliación con el «mensaje de tolerancia, respeto a los otros, y, sobre todo, igualdad y no discriminación que todos los profesores en una sociedad democrática tienen que transmitir a sus alumnos».

En cualquier caso, y más allá, como digo, de las muy distintas soluciones que los problemas de vestimenta y creencias religiosas están teniendo en los tribunales de otros países⁴⁶, y al hecho, de que seguramente será ésta una de las cuestiones de futuro como consecuencia de la progresiva diversidad social y religiosa que conlleva la inmigración; más allá de todo esto, como decimos, sirva la mera mención de este caso para constatar como también el carácter laico y no religioso de una escuela pública está ya planteando en otros países europeos otras limitaciones, casi simétricas a las aquí analizadas, pero que también afectan a los docentes de su derecho de libertad religiosa.

Un problema, en definitiva, que seguramente, sólo está apareciendo y en relación con el cual no debiera olvidarse que muchos aspectos de nuestra cultura, incorporados al ámbito laboral —piénsese en la vestimenta o apa-

las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

⁴⁶ Para una amplia referencia de las distintas soluciones que a este tipo de problemas se han dado en el ámbito internacional —el caso Cooper en el Tribunal Superior de Oregón con una solución similar a la del TEDH, el caso Grant v. Canada en el Tribunal Supremo de Canadá sobre la utilización en su vestuario de signos religiosos por miembros de la Comunidad Sik, o la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003 en sentido contrario, señalando que las profesoras musulmanas podrán usar el velo islámico en tanto los estados federados no lo prohíban por ley, ya que el uso de estas prendas no es potencialmente peligroso para la laicidad del Estado — véase R. NAVARRO-VALLS, «Laicidad y simbología religiosa», disponible en <http://www.conoze.com/doc.php?doc=5400>



riencia del personal de atención al público en ciertos grandes almacenes, las faldas impuestas a determinadas vendedoras, los cascos, la apariencia...— son fruto de cinco siglos de «uniformidad» religiosa. Y que, por tanto, elementos que a primera vista para muchos de nosotros pudieran parecer religiosamente neutros, pueden llegar a ser discriminatorios para colectivos cada vez más importantes de nuestra población, dotados de una cultura y una sensibilidad religiosa distinta y a veces no siempre bien conocida. Pero ello, obviamente, es otro tema.

