

ESTUDIOS CRÍTICOS

CONTRATACIÓN LABORAL DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(Comentario a la STC 38/2007, de 15 de febrero)

DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ

1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO.—2. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACUERDOS CON LA SANTA SEDE.—3. CONTROL POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESTATALES (FJ).—4. MODELO DE CONTRATACIÓN: 4.1. *Proceso de contratación: los principios e igualdad, mérito y capacidad.* 4.2. *Modelo de contrato: contenido y laicidad.*

1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO

Según la sentencia «a los fines de la delimitación del objeto de este proceso constitucional es preciso atenerse a los precisos términos de la cuestión debatida en el proceso *a quo* (principio de congruencia): « posible infracción de derechos fundamentales en un procedimiento de selección de profesores de religión», o dicho de otra manera «posible inconstitucionalidad de un procedimiento de contratación pública del profesorado de religión católica que confiere a un sujeto ajeno al Estado y sometido a otro ordenamiento la facultad de decidir sobre el acceso a empleos públicos y sobre la continuidad en los mismos con arreglo a criterios que pueden ser incompatibles con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución» (FJ. 2, pár. 1).

Los preceptos a los que afecta, según el propio Tribunal, son únicamente los dos primeros párrafos de al art. III del AEAC y el párrafo segundo de la Disposición Adicional segunda (en adelante DA 2) de la LOGSE en la redacción que le diera el art. 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, «normas que confían al Obispado la propuesta de contratación del profesorado y descartan la posibilidad de que la Administración Pública haga otra cosa que asumir acriticamente esa propuesta»; algo que para el Tribunal *a quo* sería contrario a los «arts 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103 de la Constitución» (*ibidem*, pár. 5).

Es verdad que el Tribunal *a quo* manifiesta que «no es objeto de esta cuestión la constitucionalidad de la inserción de la religión y moral católica en el itinerario educativo de la enseñanza reglada» y que el objeto de la cuestión «se limita a dos opciones normativas que constituyen un mero instrumento contingente de dicha enseñanza y que son, en primer lugar, que se haya acudido a contratos de naturaleza laboral para cumplir la función de enseñar de la iglesia, y en segundo lugar, que, además, los correspondientes trabajadores sean contratados por las Administraciones públicas, configurando, en definitiva, supuestos de empleo público» (CI, FJ. 3).

Pero no lo es menos que las normas sometidas a control de constitucionalidad por el Tribunal *a quo* son la DA 2 de la LOGSE completa, incluyendo su párrafo primero, y los arts. III, VI y VII. Es de suponer que el Tribunal *a quo* apreciaba alguna relación entre ellos a efectos de la determinación de la constitucionalidad.

El TC reduce la cuestión al art. III en sus dos primeros párrafos no poniendo en cuestión el Acuerdo mismo, puesto que el Tribunal *a quo* no hace ninguna referencia a su art. II que es la hipotética fuente radical de inconstitucionalidad.

Es razonable, en principio, que el TC haya excluido como objeto de la cuestión de inconstitucionalidad el art. VII, que traslada a un acuerdo posterior la solución del problema económico de los profesores, a parte de razones procesales (FJ. 2, pár. 3), o incluso el art. VI, perfectamente armonizable con la Constitución en la solución de la presencia de la enseñanza confesional de la religión en la escuela sin integrarse en el sistema educativo.

Pero no lo es tanto la exclusión del párrafo primero de la DA 2 de la LOGSE, dada su relación con el Acuerdo y la referencia expresa que ésta hace a él, especialmente cuando el Tribunal no se limita a esa exclusión, sino que va mucho más allá al decir que «nada en el auto de planteamiento de la cuestión permite apreciar la existencia de ninguna duda sobre la constitucionalidad del primer párrafo» (FJ. 2, pár. 4). ¿Por qué entonces se somete a control de constitucionalidad?

Lo que se cuestiona aquí es la constitucionalidad de la contratación de estos profesores por la Administración Pública, pero no en abstracto, sino la contratación para ejecutar unos determinados compromisos que implican el ejercicio de competencias públicas al servicio de un fin religioso como consecuencia de la inserción de la enseñanza de la religión católica en el sistema educativo público. Esa y no otra es la contratación cuya constitucionalidad se cuestiona y la raíz del problema está en cómo se entienda esa inserción de la enseñanza de la religión católica en el itinerario educativo, en expresión del Tribunal *a quo*, que se hace en el art. II del acuerdo. Difí-

cilmente se podría contestar a esa cuestión sin abordar la otra, dada su inescindible relación.

En ese primer párrafo, en efecto, se hacen afirmaciones tales como que «se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda» y que «será de oferta obligatoria para los centros», lo que parece implicar su *inserción en el sistema educativo*; y, por si fuera poco, todo esto no es más que consecuencia de la afirmación previa, a cuyo tenor «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», en el que el Estado *asume voluntariamente*, nada le obligaba antes, la obligación según la cual «los planes educativos (...) incluirán las enseñanzas de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales».

Afirmar, como lo hace la sentencia, que no está en discusión la inserción de la asignatura en el sistema educativo mismo, porque así lo afirma el Tribunal *a quo* y excluir ese tema de su análisis y respuesta es más que cuestionable. La inclusión formal por este último del primer párrafo de la DA 2 de la LOGSE entre las normas sometidas a control constitucional bien pudo servir de apoyo al TC para entrar en el análisis de su constitucionalidad, dada la evidente conexión entre las cuestiones relativas a los profesores y el modelo de integración de la enseñanza confesional de la religión en el currículo y en los planes de estudios.

El modelo de contratación laboral de los profesores de religión por la Administración pública no sólo es perfectamente congruente y posible (1) con el compromiso adquirido por el Estado español de insertar la impartición de la enseñanza de la religión en el sistema educativo, ni sólo adecuado, sino *necesario* para cumplir con las obligaciones voluntariamente asumidas por el Estado en el Acuerdo de proporcionar un *status académico a la asignatura* y consecuentemente a sus *profesores* de manera que pudieran actuar como agentes públicos, ejerciendo competencias públicas. Había que elegir entre el modelo de integración orgánica puro y duro, atribuyéndoles el *status* de funcionarios, u optar por un sistema de integración más suavizado mediante el modelo de contratación laboral, aunque ello implicara ocupar un puesto público al servicio de una función pública para un fin religioso.

Dada esta conexión, el TC, en mi opinión, debió abordar la cuestión de fondo planteada en el art. II al que hace expresa referencia el párrafo primero de la DA 2 de la LOGSE. Al menos tenía fundamento para hacerlo.

(1) STC 187/1991, de 3 de octubre, FJ. 4, pár. 2.

Tal como ha delimitado la cuestión, el Tribunal Constitucional responde únicamente a las siguientes cuestiones.

1.^a) Posibilidad de control de constitucionalidad de los Acuerdos con la Santa Sede en tanto que tratados internacionales.

2.^a) Posibilidad de control de la «propuesta» eclesiástica de los profesores de religión y de sus motivaciones.

3.^a) Constitucionalidad del modelo de contratación del profesorado de religión.

2. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACUERDOS CON LA SANTA SEDE

No se trata de una cuestión baladí, aunque al no apreciar inconstitucionalidad alguna en lo que el Tribunal considera la cuestión de fondo, parecería innecesaria.

La posición defendida por el Obispado de Canarias, de entender que los Acuerdos con la Santa Sede, al haber sido ratificados por el parlamento sin haberse recurrido su inconstitucionalidad, son inatacables, es compartida, más o menos abiertamente, por algunos sectores doctrinales, especialmente entre los eclesiasticistas, que consideran que los acuerdos con la Santa Sede están ya blindados contra tal control. En algún caso incluso se ha llegado a mantener la disparada teoría de que también hay que incluir a los acuerdos con la Santa Sede entre los tratados y acuerdos internacionales a los que hace referencia el art. 10.2 CE como criterios hermenéuticos de la Constitución; de ahí a considerarlos superiores a la Constitución o, al menos, a invertir la jerarquía de los criterios de interpretación en nuestro ordenamiento, no hay más que un paso.

La respuesta del Tribunal Constitucional es inequívocamente afirmativa, aunque advierte que la «eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96 CE)» (FJ. 13, pár. 5).

Es la misma respuesta inequívoca que ya había dado a esta misma cuestión en otra sentencia anterior, referida, por cierto, al tema de la inserción en el plan de estudios, para obtener el título de Profesor de EGB, de la asignatura «Doctrina y moral católicas y su pedagogía» (2), abundando ahora en el

(2) STC 187/1991, de 3 de octubre, FJ. 1, pars. 4 y 5.

mismo razonamiento (FJ. 3, pár. 2), con el añadido de la consideración de que tienen «rango de ley» (FJ. 3, pár. 2).

Después de afirmar la posibilidad de ese control de inconstitucionalidad en la resolución de un recurso de amparo» (3), razona que ese acuerdo, aunque tratado internacional, al ser publicado en el *BOE*, pasa a formar parte del ordenamiento español, correspondiéndole al TC el control de su posible contradicción con la Constitución (4).

Hasta ahora el TC no había tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de fondo. Tampoco lo hace en este caso. Si lo hubiera hecho ¿Qué hubiera dicho, de ser congruente con su propia doctrina?

En la sentencia que acabamos de citar, no se aborda esta cuestión desde el punto de vista de los contenidos de la disciplina o de su carácter confesional, sino únicamente desde el punto de vista de si la obligatoriedad de incluirla en el Plan implicaba la violación de la autonomía universitaria. La cuestión de su inconstitucionalidad por su carácter confesional, dice la sentencia, no le ha sido planteada por la universidad recurrente y, por tanto, el Tribunal, fiel al principio de congruencia, no se pronuncia sobre ella (5).

(3) STC 187/1991, FJ. 1, pár.4, *in fine*. «Es posible» se decía en ella, «que en el recurso de amparo se llegue a discutir la conformidad con la Constitución del precepto o preceptos legales cuya aplicación haya causado la lesión que motiva la queja de la recurrente».

(4) *Ibídem*, FJ. 1, pár. 5. «No desvirtúa esta afirmación el hecho de que las normas en cuestión sean los arts. 3 y 4 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos culturales, pues dicho Acuerdo es un Tratado Internacional cuyo texto ha sido aprobado por las Cortes Generales y publicado oficialmente (*BOE* 15 diciembre 1979), lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CE, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno y que corresponde al Tribunal Constitucional examinar su posible contradicción con la Constitución Española —art. 27.2.c) LOTC—. Si los Tratados Internacionales son susceptibles de ser declarados inconstitucionales, nada se opone a que dicha declaración se produzca por el mecanismo previsto en el art. 55.2 LOTC».

(5) FJ. 3, pár. 1. «Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, entiende la actora que la sentencia recurrida vulnera su derecho a la autonomía universitaria porque aplica unos preceptos —los del Acuerdo con la Santa Sede— que son radicalmente contrarios a la misma. La radical contradicción se produce, en su criterio, porque la autonomía universitaria, que incluye la plena competencia para la elaboración y aprobación de los planes de estudio e investigación, impide admitir que exista la obligatoriedad de incluir en los planes de una Universidad asignatura alguna. La vulneración de la autonomía universitaria nace, así, del hecho de que una instancia ajena a la Universidad imponga a la misma la enseñanza de una asignatura, independientemente de que esa asignatura sea la de “Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía”, pues conviene resaltar que la actora deja conscientemente al margen el planteamiento de la posible contradicción entre los preceptos del Acuerdo con la Santa Sede y los derechos que proclama el art. 16 CE. *Ello significa que la actora plantea su queja constitucional, prescindiendo expresamente del contenido concreto de la asignatura que el Estado le impone en sus planes de estudio*».

Siquiera sea *a sensu contrario*, algún criterio ha adelantado en el ATC 359/1985, de 29 de mayo (6), en respuesta a un recurso de amparo presentado por una alumna que acusaba de inconstitucionalidad la inclusión del Derecho canónico en el Plan de Estudios de la licenciatura de Derecho. En ese Auto se afirma lo siguiente: «El Derecho canónico, en cuanto asignatura basada en la explicación e interpretación del *corpus iuris*, como es el Código de Derecho canónico, no es por su misma naturaleza una disciplina de contenido ideológico, con independencia de que se base en un sustrato dogmático o confesional, cual es la doctrina de la Iglesia católica. De hecho muchas disciplinas jurídicas se centran en el estudio de textos legales y teorías jurídicas cuyo sustrato ideológico es identificable».

De acuerdo con esto nada se opone a estudiar la doctrina de cualquier religión en la escuela, ni a su inserción en el plan de estudios, pero en este último caso con los mismos criterios de no confesionalidad que cualquier otra asignatura.

Lo cual, *a sensu contrario*, quiere decir que si se pasa de una mera explicación e interpretación de una determinada doctrina, con el objetivo de transmitir los conocimientos correspondientes, a un intento de transmisión de la fe que exige la adhesión personal y, por tanto, el adoctrinamiento y el proselitismo, la conclusión que se impone como obligada es la de que su inserción en el plan de estudios es inconstitucional. No será inconstitucional su *impartición en la escuela* como dice el TC (7), pero si su *impartición por la escuela*; su inserción en el plan de estudios y en el sistema educativo choca frontalmente con la neutralidad de la enseñanza pública.

Efectivamente el problema radical de constitucionalidad está en el Acuerdo, concretamente en su art. II.

La sentencia misma que estamos comentando refuerza nuestra propuesta al contemplar en una de sus consideraciones finales la eventualidad de inconstitucionalidad del acuerdo al decir que: «si la impartición en los centros educativos de una determinada enseñanza religiosa pudiera eventualmente ser contraria a la Constitución, ya fuera por los *contenidos* de dicha enseñanza o por los *requisitos exigidos a las personas encargadas de impartirla*, lo que habría que cuestionarse es el acuerdo en virtud del cual la enseñanza religiosa se imparte, no la forma elegida para instrumentarlo» (FJ. 13, pár. 4).

Se señalan como posibles motivos de inconstitucionalidad sólo dos: los contenidos y los requisitos exigidos a los profesores, incurriendo en contra-

(6) FJ. 3.

(7) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 9.

dicción interna con la afirmación reiterada también en otros pasajes de la sentencia de que, desde la perspectiva constitucional, ese es un dato irrelevante. Por si fuera poco, se olvida del más radical, la colisión entre el carácter neutral de la docencia pública y el carácter confesional de la enseñanza de la religión; se contradice a sí misma y a algo que ha reiterado en varias ocasiones, que lo único decisivo es haber introducido en el sistema educativo esa enseñanza, siendo indiferente el modelo de ejecución elegido; en la cita que acabamos de hacer se afirma justamente lo contrario.

Lo que se intuye como una conclusión inevitable de la sentencia sobre la inserción del Derecho canónico en el plan de estudios de Derecho, aflora como una evidencia clamorosa cuando tenemos en cuenta la STC 5/1981.

El AEAC se refiere a la *enseñanza confesional* y a la *formación y asistencia religiosas* (art. II) que no son otra cosa que una prolongación o *longa manus* de la acción evangelizadora de la iglesia. No se pretende tan sólo dar a conocer unos conocimientos y unos valores, sino convencer de unos y otros, provocando la adhesión personal a ellos (FJ. 10, pár. 2); consecuentemente lleva consigo, como su sombra, el afán de adoctrinamiento y la actividad proselitista. De ahí que, de acuerdo con el CIC, el control ejercido por la Jerarquía se extienda a su ortodoxia doctrinal e incluso a la ortopraxis (Canns. 803, 804 y 805) y que, en algunos casos (estudios superiores y universitarios), se exija expresamente la *missio canónica* o mandato canónico (can. 812) para participar en la misión eclesial de enseñar.

La sentencia que comentamos reitera una y otra vez que la cuestión de inconstitucionalidad que se le plantea no es «si resulta o no constitucionalmente aceptable la enseñanza de la religión católica en los centros escolares» (FJ. 5, pár. 3) y que una vez admitida la inserción de la enseñanza de la religión en el iter educativo, es indiferente el modelo elegido para su ejecución (FJ. 13, pár. 1). «Lo que resulta realmente relevante en relación con la cuestión que se analiza es el *acuerdo en virtud del cual el Estado asume la impartición de la enseñanza religiosa en los centros educativos y su financiación*, y no la forma en que, con base a consideraciones de diversa índole, se articula técnicamente la ejecución del acuerdo» (FJ. 13, pár. 1). «Prueba de ello es que hasta 1998 el conjunto del profesorado de religión católica no dependía laboralmente de la administración, sino de la Iglesia católica» (FJ. 13, pár. 2.) (8).

Frágil prueba, en mi opinión. El aforismo *de facto ad posse valet illatio* vale en el marco de la lógica general, enunciativa, no en el de la lógica jurídi-

(8) Se hace una descripción a grandes rasgos, pero fiel, de la evolución de las formas de dependencia de ese profesorado a partir de la entrada en vigor del AEAC en el FJ. 4.

ca y, en general de la lógica deóntica: la posibilidad de hecho no puede ser nunca prueba de la legitimidad jurídica o jurídico-constitucional. Eso sería la muerte del Derecho y acarrearía en todo caso el efecto perverso de la inversión de la jerarquía de los criterios hermenéuticos: la ley ordinaria se alzaría con la primacía y se convertiría en criterio interpretativo de la misma Constitución con un argumento no exento de cierta tosquedad: Que se haya legislado así es la prueba del nueve de su constitucionalidad.

El planteamiento del Tribunal se resiente, además, de una cierta ambigüedad al no distinguir con claridad e inequívocamente dos supuestos enteramente diferentes, cuando utiliza, parece que indistintamente, expresiones como «inserción en el iter educativo», «enseñanza de la religión en los centros escolares» (FJ. 7, párr. 9 *in fine*), «inserción de la enseñanza de la religión católica en el sistema educativo» (FJ. 5, párr. 2) o «integración de la enseñanza de los credos religiosos en el itinerario educativo público» (FJ. 13, párr. 2). Una cosa es la impartición de una determinada *enseñanza religiosa en los centros educativos* y otra su *inserción en el currículo y en el sistema educativo*. La distinción no es irrelevante desde el punto de vista de su constitucionalidad.

En el primer caso, no se plantea ningún roce constitucional, según el Alto Tribunal, ya que la neutralidad ideológica y religiosa exigible a toda institución o actividad, especialmente si son docentes «*no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE)*» (9), especialmente si se opta por un determinado modelo de ejecución que es el más adecuado: el modelo de libertad de acceso. Pero sí en el segundo.

Como luego veremos, la contratación por la Administración pública de un personal que trabaja para la iglesia, bajo su dependencia directa, para realizar una actividad religiosa, arrastra inexorablemente a la confusión entre Estado y religión. Pero lo más grave, desde el punto de vista de la laicidad no es eso. Lo más grave es que ese personal, no sólo ejerza simultáneamente funciones y competencias públicas, sino que lo haga al servicio de la realización de su actividad principal, la actividad y los fines religiosos.

Porque ahí está, y en eso tiene toda la razón el TC, la raíz del problema. Es más, no le falta razón cuando afirma que eso es lo importante y no el modelo de ejecución elegido. Me explicaré, si por modelo de ejecución se refiere el TC exclusivamente a la contratación laboral administración pública, aunque no sin reservas podría aceptarse; pero es una afirmación insostenible, en mi

(9) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 9, párr. 6.

opinión, si como parece lo más obvio, con la expresión «modelo de ejecución» se refiere a la configuración del contratado como una figura mixta que ejerce competencias públicas y competencias eclesiales, todas al servicio de un fin religioso.

En el primer caso la confusión afecta únicamente a los sujetos, pero si se deslindan perfectamente las actividades y fines religiosos como las únicas a ejercer por el profesor, la confusión afectaría a la imagen pero no a la neutralidad que es la fundamental exigencia de la laicidad. Aunque sin razonarlo expresamente, algo así debió intuir el TC cuando, puestas perfectamente las bases para decidir sobre la inconstitucionalidad de la asistencia religiosa en las fuerzas armadas, desde la perspectiva de la laicidad, en el modelo de integración orgánica vigente entonces, esquivó la respuesta (10).

El problema aflora con violencia en el caso de que la *enseñanza confesional* y la *formación y asistencia religiosas* se inserten en el sistema educativo como materias curriculares, aunque sean de carácter voluntario y ello cualquiera que sea el modelo de ejecución por el que se opte. No es la *presencia de la enseñanza de la religión en la escuela* la causa de la inconstitucionalidad, sino su *inserción en el sistema educativo* que es lo que se hace en el art. II del AEAC con la Santa Sede. La DA 2 de la LOGSE es solamente una consecuencia obligada. Como afirma la sentencia, el fundamento de esa obligatoriedad está únicamente en el Acuerdo con la Santa Sede sobre Educación y Asuntos Culturales y en el compromiso asumido *voluntariamente* en él por el Estado Español (11). La obligación de esa inserción en el sistema no tiene su

(10) STC 24/1982, de 13 de mayo. En ella sólo contesta en relación con la libertad religiosa y la igualdad, pero no con la laicidad que era la cuestión fundamental que se le planteaba en el recurso de inconstitucionalidad.

(11) FJ. 4, pár. 2 : «Debemos examinar por ello, en último lugar, si la materia concreta de “Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía” es, en efecto, una materia que, aunque optativa, pueda considerarse adecuada para la obtención del título de Profesor de Educación General Básica. La justificación de incluir dicha asignatura puede encontrar apoyo en el art. 27.3 CE, según el cual “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, lo que a juicio del Estado requiere que en los planes de estudio de las Escuelas Universitarias de Formación de los Profesores de Educación General Básica se incluya, como optativa, la asignatura de Religión. Se trata de la regulación, en un Tratado Internacional, de las condiciones para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho fundamental a la educación religiosa en el ámbito escolar. *El hecho de que se trate de la Religión Católica es fruto de un compromiso que el Estado ha querido asumir con la Santa Sede y que tiene respaldo en el art. 16.3 CE que dispone que 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*».

fundamento ni en el art. 27.3, ni siquiera en el art. 2.3 de la LOLR ni en el deber de cooperación del art. 16.3 CE. A lo que esas disposiciones obligan no es a su inserción en el sistema, sino únicamente a su presencia en la escuela.

Como hemos dicho, en el Acuerdo se distinguen, aunque sin separarlas, la *enseñanza de la religión* y la *formación religiosa*, considerando a la segunda como complementaria de la primera (AEAC, art. II), sin perjuicio del predominio de esta última, dada su mayor cercanía con el objetivo final. En la interpretación del acuerdo, la Iglesia católica acentuará a conveniencia uno u otro carácter. Para determinar el *régimen académico de la asignatura* la Iglesia entiende que estamos ante la *enseñanza de la religión* como enseñanza de carácter tan científico como cualquier otra, con equiparación de sus profesores al resto (contratación laboral por la Administración), olvidándose de su carácter confesional; pero cuando se trata de la determinación de sus contenidos, o del control de su ejecución entonces da el gran quiebro lógico y pone el acento exclusivamente en ese carácter confesional. El legislador ha asumido la añagaza. Me temo que el TC ha caído en la misma equivocidad.

Como luego veremos, el origen del modelo de contratación laboral de los profesores por la Administración pública está en haber intentado un *modelo mixto*, consecuencia de la inserción de la enseñanza confesional de la religión de un sistema ideológica y religiosamente neutral: integración orgánica en la Administración Pública mediante contrato laboral y dependencia funcional de la Iglesia, con *competencias y funciones mixtas*, académicas (valoración académica, sometimiento al régimen disciplinario de los centros o integrarse en el claustro de profesores) y canónicas (participación en la evangelización, adoctrinamiento y proselitismo), con *finés también mixtos* (transmisión de conocimientos y transmisión de la fe). El resultado no podía ser otro que una evidente *confusión entre sujetos, funciones y fines religiosos y estatales*, con una no menos evidente *falta de neutralidad religiosa e ideológica*, exigible a la enseñanza pública, con la que son inconciliables el dogmatismo, el adoctrinamiento o el proselitismo.

En efecto, la enseñanza pública, como consecuencia del principio de aconfesionalidad o laicidad ha de ser escrupulosamente neutral, *ideológica y religiosamente neutral*, como ha dicho el Alto Tribunal (12) y que ahora esta sentencia parece olvidar. Decía el Tribunal: «En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, *todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutra-*

(12) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 9, pár. 6.

les. Esta *neutralidad*, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), es una *característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro*, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente. La *neutralidad ideológica* de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de *renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico*, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita».

¿No es una contradicción palmaria la inserción de una asignatura confesional en un sistema educativo ideológica y religiosamente neutral?

Después de esa inserción, ¿puede seguir predicándose la neutralidad de las instituciones públicas docentes, especialmente obligadas a ser escrupulosamente fieles a esa neutralidad?

Porque ¿quién organiza académicamente esas enseñanzas? ¿Quién respalda con la autoridad del Estado esa organización y la inclusión de esas enseñanzas en el plan de estudios? ¿Quién respalda y da valor a las evaluaciones académicas de esa enseñanza? ¿Quién es responsable, en última instancia, ante los órganos jurisdiccionales estatales de las consecuencias académicas de la actuación de los profesores o de las decisiones eclesiásticas en relación con esas enseñanzas?

No es que se entre en colisión con los principios de separación y neutralidad, sino con la expresión primaria más elemental de la laicidad: el *principio de no confusión entre Estado y Religión*.

Evidentemente, la inserción de esas enseñanzas confesionales en el sistema, como hace el art. II del Acuerdo al que se remite la DA 2 de la LOGSE, implica una clamorosa violación de esa neutralidad, por más que la asignatura sea voluntaria para el alumno. Tanto la existencia de una alternativa como, desde luego, la evaluación académica de la enseñanza confesional subrayan la contradicción: *status académico de una enseñanza confesional en el seno de un sistema aconfesional*.

Como ha podido verse, no se trata sólo de que los contenidos de esa enseñanza o formación religiosas contradigan, aunque sólo sea parcialmente a la Constitución o de que los requisitos exigidos al personal que las imparte sean inconstitucionales, la fuente de la inconstitucionalidad es más profunda y muy

anterior: *lo inconstitucional es la inserción de una disciplina confesional en un sistema educativo laico y, por tanto, ideológica y religiosamente neutral.* Esa es la contradicción fundamental.

Desde este punto de vista, es insoslayable la sospecha vehemente de inconstitucionalidad tanto del art. II del Acuerdo como de la Disposición Adicional Segunda, en su primer párrafo, de la LOGSE por su remisión a él. Es una pena que el TC no lo haya visto así y no haya aprovechado la ocasión para pronunciarse sobre una cuestión que seguirá siendo fuente de enfrentamiento entre unos sectores sociales y otros, sin conseguir superar la etapa de la transición en la cuestión religiosa.

El TC podía haber hecho otra cosa, a mí entender posible. La incongruencia entre los art. II y III en relación con el VI es insalvable, pero, si como parece, lo que pretendió la sentencia fue sortear la inconstitucionalidad del art. III y, en definitiva, del acuerdo mismo, en virtud del principio de conservación de la norma (13), aplicable siempre que haya duda objetiva (14), debió optarse quizá por una *interpretación* sistemática del art. II, dada su falta de univocidad en el sentido de que lo acordado no ha sido la inserción de la enseñanza confesional en el sistema educativo, sino sólo su presencia en la escuela, que podía tener pleno cumplimiento a través del modelo de libertad de acceso, con la posibilidad incluso de contratación del personal encargado de impartirla por la Administración Pública, como más adelante explicaremos.

Ni evaluación académica, ni alternativa. Todas las sospechas de inconstitucionalidad desaparecerían como por ensalmo.

3. CONTROL POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESTATALES (FJ.)

Según el Tribunal *a quo* la cuestión de inconstitucionalidad se refiere a dos temas: contratación laboral de los profesores de religión y que esa contratación sea con las Administraciones Públicas (FJ. 6, pár. 1). Si la mejor cobertura para los derechos del trabajador la ofrece el Derecho laboral, la alternativa habría que formularla de otra manera: ¿Quién contrata, la Administración pública o la Iglesia? ¿Son igualmente constitucionales o inconstitucionales ambas fórmulas?

De conformidad con el art. 6.1 de la LOLR y la jurisprudencia emanada del TS, tenemos que distinguir dos supuestos respecto a las personas al servi-

(13) STC 5/1981, de 26 de enero, FJ. 3, pars. 8 y 9.

(14) STC 22/1985, de 15 de febrero, FJ. 5, pár. 5.

cio de la Iglesia, que ese artículo considera como «su» personal. Personal que realiza actividades eclesiales bajo dependencia directa de la jerarquía, con o sin *missio canónica*, requerida expresamente sólo en algunos casos por el CIC (can 812) y personal vinculado a la jerarquía por una relación de obediencia no sólo *ratione fidei* u *obsequio religionis*, sino *ratione officii* como consecuencia de la incardinación (cann. 265 y sigs.) o en razón de un voto expreso de obediencia (canns. 573, §2, can. 590, 593, 594, 596 y 601), como ocurre en el caso de los clérigos en el primer caso y de los religiosos/as en el segundo.

En la primera categoría encajan como anillo en el dedo los profesores de religión en cuanto a la identidad de las exigencias canónicas de idoneidad (can. 810 en relación con los cans. 803, 804 y 805), en cuanto a la actividad desempeñada y en cuanto a sus fines.

La pregunta es en qué casos la relación de «su» personal con la Iglesia es configurable como laboral por nuestro Derecho y en qué casos no, como primer paso para decidir la cuestión de su controlabilidad por los órganos jurisdiccionales estatales.

Dada la tendencia expansiva del Derecho laboral hay que partir del principio de que esas relaciones, desde el punto de vista del Derecho del Estado, son configurables como laborales salvo que la LOLR las excluya de ese ámbito.

Esa exclusión puede deducirse para algunos supuestos, como consecuencia obligada, de la «plena autonomía» que el art. 6.1, reconoce a las confesiones religiosas, en virtud de la laicidad para «establecer sus propias normas» sobre «el régimen de su personal». Naturalmente esas normas y las relaciones correspondientes están, en principio, totalmente sustraídas al control jurisdiccional estatal. Es la laicidad quien las blindo.

Ahora bien, según los criterios que ha ido desgranando nuestra jurisprudencia, para ello es necesario que concurren las siguientes condiciones: 1) que se trate de un clérigo o de un religioso o religiosa, unidos por un especial vínculo de obediencia a la jerarquía (incardinación o voto) con fundamento en la fe; 2) que la actividad se realice bajo la dependencia directa de la jerarquía, 3) que la actividad sea una actividad eclesial o religiosa (no un fin secular de interés general) y 4) que la actividad se realice directamente a favor de la confesión, no en una institución ajena en cumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios de la confesión con un tercero.

Cuando concurren las cuatro condiciones, la relación de servicios está completamente sustraída a la posibilidad de control por los órganos estatales, pero no cuando falta alguna de ellas.

Teóricamente la *enseñanza de la religión y la formación religiosa* en los centros públicos podría encajar en este supuesto cuando quien dispensa esa

formación es un clérigo o un religioso/a, con tal que no entrañara la ocupación un puesto público, ni el ejercicio de función o competencia pública alguna, limitándose a la realización de una actividad estrictamente religiosa en la escuela. Algo aplicable sólo para el caso de la inserción de la *enseñanza confesional en la escuela pública*, pero no para el de su inserción en el sistema educativo público.

La exclusión del art. 6.1 LOLR no alcanza, en cambio, al personal vinculado a la Iglesia por la *missio canónica* (can. 812), aunque sea implícita (cann. 803, 804 y 805) o por una simple relación de servicios, de cara a su relevancia civil, en cualesquiera de sus dos formas posibles: el contrato civil de arrendamiento de servicios o el contrato laboral. Dada la *vis expansiva* del derecho laboral como dispensador de una mayor protección al trabajador, de hecho, en estos casos los tribunales estatales la configurarían como una relación laboral.

Según la presente sentencia, la LO 1/1990, que introduce la figura de la contratación laboral de los profesores de religión con la Administración pública, «lejos de determinar cualquier exclusión, implica la plena competencia del orden jurisdiccional social, ex arts. 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con las cuestiones litigiosas que se promuevan «entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato», despejando con ello cualquier duda que a este respecto pudiera generar otra hipotética opción calificativa de la naturaleza jurídica de la prestación de dichos profesores. *Los profesores de religión son, por disposición de los preceptos legales cuestionados, trabajadores de la Administración Pública educativa, y, en condición de tales, reciben el amparo de la Constitución y de las leyes laborales españolas y tienen así mismo el derecho a recabar la tutela de los órganos jurisdiccionales españoles*».

El problema que aquí se plantea tiene su origen en la fórmula pactada en el AEAC para que los profesores de religión sean contratados por la Administración Pública, porque no se aplica sin más el procedimiento administrativo previsto para estos casos por nuestro ordenamiento, sino que en ese procedimiento se da entrada a la intervención decisiva de la iglesia.

El nombramiento tiene lugar a «propuesta» del obispo de la diócesis correspondiente «entre los profesores y personas que sean consideradas *competentes* para dicha enseñanza». Obsérvese, siquiera sea de pasada, que el término que se utiliza es «competentes», no «idóneos» que no es exactamente lo mismo, aunque sólo tenga el valor de pista a seguir.

El problema se plantea fundamentalmente con respecto a la «propuesta» ¿Es un acto administrativo civil o canónico? Si, como parece obvio, se trata de un acto administrativo originariamente canónico ¿habrá que preguntarse

cómo llega a tener efectos civiles, sobre todo cómo la adquieren sus motivaciones o, como diría el derecho canónico, sus causas motivadas? ¿Es que las normas canónicas tienen eficacia civil o simplemente se reconoce eficacia al acto administrativo concreto? Dicho de otra manera el art. III del AEAC ¿Remite a las disposiciones canónicas sobre los profesores de religión (cáns. 803, 804 y 805) y son esas normas las que hemos de tener en cuenta para determinar la causa de la decisión canónica? ¿O simplemente a lo que se atribuye eficacia jurídica civil es al acto mismo y no a las normas? ¿Si es así, qué pasa con sus causas o motivaciones?

No perdamos de vista que nos estamos refiriendo a las relaciones entre dos ordenamientos, no estatales ambos, ni menos ambos laicos, sino a las relaciones entre un ordenamiento estatal aconfesional o laico y un ordenamiento religioso confesional que tienen un fundamento de obligar distinto, la fe el confesional, la coactividad efectiva el estatal, y un ámbito de proyección distinto, sólo al fuero externo el estatal, a ambos fueros el canónico.

Dos son las técnicas de atribución de eficacia civil a *normas canónicas*, *remisión formal* y *remisión material*, y otros dos a decisiones eclesásticas, *reconocimiento de efectos* y *presupuesto*.

En la *remisión formal* esas normas han de interpretarse y aplicarse con arreglo a los principios canónicos y, por tanto, al de confesionalidad.

La *remisión formal* es de imposible aplicación sin un choque frontal con el principio de laicidad que implicaría que el ordenamiento español daba eficacia jurídica a normas canónicas confesionales sin dejar de serlo. Entrañaría consecuentemente que los órganos judiciales estatales carecieran de competencia para el control jurisdiccional de esas normas o que, en caso de competencias concurrentes, tuvieran que aplicar esas normas canónicas con arreglo a los principios informadores e interpretativos del Derecho canónico con la consiguiente pérdida de soberanía (violación de la separación) y contaminación de confesionalidad, pérdida de neutralidad y confusión inexorable entre lo estatal y lo religioso.

Los cánones 804, y 805 CIC, por último, son mandatos confesionales dirigidos directamente a los ordinarios e indirectamente a los profesores; pues bien, lo que no puede hacer un ordenamiento aconfesional es prestar su coactividad a tales mandatos, dotándoles de eficacia civil, con evidente atentado contra la libertad de conciencia de unos ciudadanos, obispos y profesores, cuya obligación de obediencia al Derecho canónico es una obligación en conciencia, no una obligación estatal.

Es compatible, en cambio, con la laicidad la *remisión material* que, al incorporar las normas canónicas como normas propias del ordenamiento civil, elude la anterior dificultad. Ese es, por ejemplo, el caso de las normas sobre

facultades de los órganos de gobierno de las personas jurídico-civiles eclesiásticas (AAJ, art. I, 4, párr. 2 *in fine*). Dejaría a salvo los principios de unidad y de exclusividad jurisdiccional, ya que las normas canónicas funcionarían como normas estatales sometidas al control jurisdiccional estatal, debiendo interpretarse de acuerdo con los principios del Derecho estatal. Pero en este supuesto el problema puede surgir como consecuencia de la contradicción de las normas incorporadas con el principio de aconfesionalidad-laicidad o en general con las normas constitucionales. Esto exactamente es lo que ocurre con los cánones 803 al 804, canónicamente válidos pero de imposible composición con los principios constitucionales. También la remisión material es inconstitucional en este caso.

Añádase a todo lo anterior que la remisión formal ha de ser expresa y que ambas han de interpretarse restrictivamente.

Por lo que respecta a las *decisiones mismas de «propuesta» canónica*, es preciso decir lo siguiente. Podríamos estar ante un posible *reconocimiento de efectos*, con dos versiones: eficacia civil de los efectos canónicos, tanto si el ordenamiento estatal exige que el acto reúna los requisitos de validez civiles, como si basta su validez canónica. En uno y otro caso quedaría seriamente comprometido e incluso dolorosamente dañado el principio de laicidad o aconfesionalidad; se repetirían aquí las violaciones que hemos denunciado en el caso de la remisión formal, incluida la de los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional.

Sólo se sortea esa colisión con la técnica del *presupuesto* que reconoce a la decisión canónica (propuesta) los mismos efectos civiles que el ordenamiento civil reconoce en su ámbito a ese mismo tipo de actos, no los que le atribuye el Derecho canónico, y sólo si cumple todos los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento estatal (legitimidad de su causa), o, al menos, la no contradicción con el orden público ni con los principios o normas de naturaleza análoga del ordenamiento estatal en materia de contratación laboral para ocupar un puesto público (15).

La propuesta o falta de propuesta es una decisión canónica (negocio jurídico canónico) que tiene eficacia civil como *conditio sine qua non* de la designación (negocio jurídico civil). La observancia o no de las normas canónicas en su adopción escapan a la posibilidad de control por los órganos jurisdiccionales estatales (16) como consecuencia del principio de separación y,

(15) SSTS de 1 de julio de 1994, FJ. 3; de 5 de marzo de 2001, FJ. 3, párr. 1.b); de 8 de marzo de 2001, FJ. 3, párr. 4.

(16) STC 265/1988, de 22 de diciembre, FJ. 1, párr. 2: «Alude el recurrente, como antecedente ilustrativo, a la indefensión inherente al procedimiento administrativo que desembocó en la

en principio, la causa o fundamento canónico de la decisión es civilmente irrelevante, mientras tenga eficacia meramente canónica, pero deberá ser verificada por el juez civil su conformidad con el Derecho estatal para que produzca efectos civiles y no provoque la nulidad de la propuesta o falta de propuesta.

Según esto, desde el punto de vista del Derecho estatal es requisito exigible, como condición de validez, que la propuesta o falta de propuesta estén motivadas y que las motivaciones, claro está, sean conformes o al menos no contradictorias con el Derecho del Estado, ni con el orden público, ni con los principios generales del derecho estatal laboral.

Recordemos que la «plena autonomía» que reconoce a las confesiones el art. 6.1 LOLR, lo es sólo *a efectos puramente internos y en relación con los asuntos puramente internos*, no a los *eventuales efectos civiles* ni de las normas canónicas ni de los negocios jurídicos nacidos a su amparo. En este último caso el ordenamiento canónico se comporta como un ordenamiento secundario o derivado respecto del estatal, en terminología de Santi Romano.

Esa eficacia civil, en uno y en otro caso, pasa por el control previo de los órganos judiciales estatales para determinar su conformidad o su no contradicción con el Derecho estatal como condición previa a la atribución de efectos civiles. La competencia para dotarles de tales efectos civiles les corresponde en exclusiva a ellos (principios de unidad y de exclusividad jurisdiccional consagrados en el art. 117, 3 y 5).

Es únicamente el juez civil quien tiene competencia para atribuirle tales efectos. Si tenemos en cuenta la doctrina del TS (17) sobre homologación civil de resoluciones canónicas matrimoniales, después de haber comprobado la conformidad del acto canónico con el Derecho del Estado, lo cual entraña, cuando menos, su no contradicción con el orden público ni con los principios generales del Derecho estatal sobre la materia. ¿Es imaginable que tuviera eficacia civil una sentencia canónica de nulidad de un matrimonio canónico por existencia de un impedimento de disparidad de cultos (can. 1086), orden

concesión de la dispensa papal, pero es claro que la vía del recurso de amparo constitucional no podría alcanzar al examen y enjuiciamiento de la actuación de los órganos que en el ámbito del ordenamiento canónico desempeñan funciones de naturaleza judicial o administrativa, puesto que el recurso de amparo se da contra los actos de los Poderes Públicos del Estado y otras Instituciones y Entidades públicas, así como de sus funcionarios o agentes, condición que, como recuerda el ATC 119/1984, de este Tribunal, no presentan los Tribunales de la Iglesia Católica (ni, por supuesto, ninguna de las personas u órganos que ejercen potestades en el seno de la misma), sin que sea factible ninguna interpretación extensiva o analógica, en virtud del reconocimiento del carácter separado de ambas potestades (art. 16.3 CE)».

(17) SSTS, Sala 3.ª, de 24 de junio de 1994, FJ. 7 y de 30 de junio de 1994, FFJJ. 7 y 9.

sagrado (can. 1087) o de un voto perpetuo de castidad no dispensado (can.1088)?

El Tribunal *a quo*, el Abogado del Estado, el Fiscal general del Estado y, a veces, el mismo TC, parecen suponer que en el Acuerdo se hace remisión a los Canns. 804 y 805 de CJC o al Derecho canónico en general.

De hecho el art. III del acuerdo no hace, ni una remisión formal ni una remisión material, ni explícita ni implícitamente, a los cánones 804 y 805 del CIC. Ni un solo indicio apunta en ese sentido. Nada se dice en el acuerdo sobre las motivaciones posibles de la no propuesta del ordinario. Nada se dice, como reconoce el propio TC, que excluya la posibilidad del control de esas decisiones por los órganos jurisdiccionales estatales (FJ. 7, párr. 5). A lo que hay que añadir que el deber de *cooperación* no obliga a dar eficacia civil a tales normas y a los valores a los que responden, ya que «por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que graban la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden eclesial» (18). A parte de que otra cosa chocaría con el principio de aconfesionalidad o laicidad y con la libertad de conciencia de los ciudadanos que son simultáneamente fieles.

Es verdad que la LOLR en su art. 6.1, segundo inciso, autoriza a las confesiones inscritas en el RER a incluir «cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias» en las normas sobre el régimen de «su personal».

Es perfectamente posible que en las «cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y de su carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias» se puedan incluir exigencias tales como la fe o el comportamiento extraacadémico acorde con la moral católica, de conformidad con los cánones 804 y 805, con el riesgo de que se cuelen de rondón en el ámbito del Derecho del Estado.

De cara al control jurisdiccional de la propuesta, es preciso tener en cuenta dos cosas: aplicabilidad de estas cláusulas al caso que nos ocupa y sus límites.

Por lo que respecta a lo primero hay que decir lo siguiente.

Las cláusulas de salvaguarda, según el art. 6.1 LOLR sólo son aplicables al personal de la Iglesia católica que esté vinculada a ella por una relación laboral; en otro caso no tendrían sentido, salvo que ricemos el rizo de contradicciones confesionalidad-laicidad. Basta leer atentamente el art. 6.1 LOLR para percatarse de que las cláusulas de salvaguarda sólo son incluibles en las

(18) ATC 617/1984, de 31 de octubre, FJ. 5, párr. 1.

normas reguladoras del régimen de «su» personal o en las del personal de «sus» instituciones entre las que, desde luego, no está la Administración pública que tampoco es iglesia ni está dentro de la iglesia. Por tanto, no son aplicables al supuesto de que sea la Administración pública la contratante.

En cuanto a lo segundo hay que decir que las *cláusulas de salvaguarda*, añadidas a la «plena autonomía» no quedan sustraídas al control de los órganos judiciales estatales. Es el juez civil quien ha de decidir estas tres cosas: si las cláusulas responden a la finalidad establecida en la ley estatal y si son conformes con el Derecho del Estado, con carácter previo, y si realmente han sido violadas por el trabajador, después. Bien entendido, que los límites que deben respetar son, no sólo el orden público, como en el caso del resto de de las normas de régimen interno, referidas a «su» personal, sino todos «los derechos y libertades reconocidos en el Constitución, y en especial los de igualdad y no discriminación» (LOLR, art. 6.1), es decir, no sólo en los consagrados en la sección primera del Capítulo II del título I, sino también los consagrados en la sección 2.^a del Capítulo II y los consagrados en el capítulo III, como ocurre con la libertad de expresión del art. 20.4 CE.

En relación con estos límites es preciso recordar que, es verdad que también son titulares del derecho consagrado en el art. 16.1 las comunidades y no sólo las personas individuales, pero no lo es menos que, desde el punto de vista del Derecho del Estado, el centro mismo del ordenamiento lo ocupa la persona singular y su dignidad (art. 10.1) y que los derechos que el ordenamiento reconozca a los grupos son derechos que tienen como razón de su existencia servir a la mejor y más plena realización de los derechos individuales.

El reconocimiento de «plena autonomía» a las confesiones en relación con sus asuntos internos, no es tanto una garantía de la libertad religiosa de la confesión, que también, como es una consecuencia exigida por la laicidad. Es más, tanto la libertad religiosa de la confesión como su plena autonomía tienen como objetivo la garantía de la libertad de conciencia de los ciudadanos que se integran como fieles en una determinada confesión. Cumplen una función ancilar al servicio del derecho individual de libertad de conciencia de los ciudadanos.

Lo que desde luego no entraña «la plena autonomía» es la atribución de efectos jurídicos civiles a la concepción que, sobre la base de la fe, la iglesia pueda tener de sí misma como de fundación divina y, consecuentemente, titular de poderes y derechos que siempre prevalecen sobre los de sus fieles.

No se olvide que el derecho de asociación por identidad de creencias e ideas que se viven y se sienten como parte de la propia identidad, es decir, auténticas convicciones, no es un derecho autónomo sino un derecho que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad de conciencia (su consagración esta en el art. 16.1, no el art. 22 CE), en este caso del derecho de

libertad religiosa como pone de relieve el art. 2.1, d. de la LOLR. A mi juicio, a eso y a la protección jurídica reforzada que les dispensa el 16.1 CE y en el 6.1 LOLR, es a lo que se refiere el TC en la Sentencia 46/2001 al decir «que las comunidades con finalidad religiosa, en su estricta consideración constitucional, no se identifican necesariamente con las asociaciones a que se refiere el art. 22 de la Constitución» (19).

Todavía más. La sentencia incurre en un grave error, terminológico en todo caso y mucho me temo que conceptual, al considerar enfrentados aquí dos derechos fundamentales el derecho de libertad religiosa de los profesores y el derecho de libertad religiosa de la Iglesia. Conviene reparar en que la «plena autonomía» que art. 6.1 de la LOLR reconoce a las confesiones inscritas en el RER *no forma parte del contenido esencial de libertad religiosa* si leemos atentamente los números 2 y 3 del art. 2 de la LOLR que es el que describe ese contenido. Algo que no es cuestión menor, por que lo que colisionan no son dos derechos de libertad religiosa, son un derecho de libertad religiosa (el de los profesores) con un derecho *de la* asociación, no con el derecho fundamental de asociación religiosa contenido de la libertad religiosa. Porque *no es lo mismo derecho de asociación religiosa o derecho de libertad religiosa colectiva que el derecho de autonomía interna como derecho de la asociación*. Uno es derecho fundamental el otro no. Facilita el ejercicio de un derecho fundamental pero no es un derecho fundamental. Lo es el derecho de asociación religiosa, lo es el derecho a la inscripción como contenido del de asociación, pero no lo es el concreto *status* que esa inscripción le confiere «orientado a facilitar el ejercicio colectivo de la libertad religiosa», de manera que la indebida denegación por al Administración responsable del Registro de la inscripción solicitada, viene a constituirse en un injustificado obstáculo que menoscaba el ejercicio, en plenitud, del derecho fundamental de libertad religiosa del que son titulares los sujetos colectivos (20).

El reconocimiento de esa autonomía interna, exigencia del principio de laicidad, está al servicio de la garantía de la libertad religiosa de los ciudadanos que se integran como miembros en el colectivo religioso y no al revés.

Quiere esto decir que si la aplicación de las consecuencias de la plena autonomía interna de las confesiones o de sus cláusulas de salvaguarda implica la violación de alguno de los derechos constitucionales, no sólo de los derechos fundamentales, de los profesores de religión, la jurisdicción estatal no solo es competente para intervenir, sino que tiene la obligación constitucional

(19) FJ. 5, pár. 1.

(20) STC 46/2001, FJ. 9, pár. 1.

de defender esos derechos de la persona singular (art. 53.1 CE), con independencia de cuáles hayan sido sus motivaciones religiosas.

La sentencia parece especialmente preocupada por proteger simultáneamente los derechos estatales del trabajador, el profesor o profesora de religión, y al mismo tiempo por respetar escrupulosamente la autonomía interna de la Iglesia, pero su minucioso análisis deja en el lector una cierta nebulosa, quizá como consecuencia de no tener en cuenta escrupulosamente las consecuencias, que hemos descrito, derivadas del este tipo especial de relación entre el ordenamiento canónico (confesional) y el ordenamiento estatal (laico).

No llegamos a resultados esencialmente diferentes, con o sin cláusulas de salvaguarda, si tenemos en cuenta que la eficacia civil de las decisiones eclesiales (propuesta o no propuesta) obtienen efectos civiles (no eficacia civil) en ambos casos como *presupuestos*, tanto si hay cláusulas de salvaguarda como si no, puesto que se trata de negocios jurídicos que han nacido al amparo de otro ordenamiento, en este caso un ordenamiento confesional.

La sentencia, por una parte, afirma con toda contundencia la competencia exclusiva de los tribunales estatales, en base a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional (FJ. 7, pár. 2) para el control de las decisiones eclesiales sobre la propuesta o no propuesta de los futuros profesores, como acto canónico con eficacia civil, y por otra, en un primera lectura, parece excluir de ese control, no la propuesta misma, pero sí las motivaciones de tipo religioso, como puedan ser la carencia de fe católica o una conducta no acorde con la moral católica.

Tal como plantea el problema el Tribunal *a quo*, la duda de inconstitucionalidad surge de «estimar que la exclusiva y vinculante potestad de propuesta atribuida al ordinario diocesano determina la adopción de decisiones de contratación que a su vez se sustentan en criterios de idoneidad de índole religiosa y confesional, definidos por un ordenamiento distinto del estatal, el Derecho canónico, que resultarían inatacables ante el los órganos del Estado» (FJ. 7, pár. 5).

A lo que el TC responde en principio que no cabe «aceptar que los efectos de una decisión eclesiástica puedan resultar inmunes a la tutela jurisdiccional del Estado» (FJ. 7, pár.3) en razón de los principios de aconfesionalidad del Estado y de exclusividad jurisdiccional» (FJ. 7, pár. 2).

Ni la DA 2 de la LOGSE ni el AEAC aportan elementos que permitan llegar a tal conclusión, según el Tribunal (FJ. 7, párs. 3, 4 y 5).

Hasta aquí la sentencia no merece reproche alguno. Pero sí en relación con la falta de claridad en las afirmaciones que hace a continuación.

Por un lado, entiende compatible que la propuesta se haga sobre la base de criterios de idoneidad de índole moral y religiosa con su sometimiento a

control de legalidad por los órganos judiciales del Estado en cuanto acto discrecional y que «en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional» (FJ. 7, pár. 7). Con un importante añadido: que son «lo órganos jurisdiccionales los que han de ponderar los diversos derechos fundamentales en juego» (FJ. 7, pár. 8).

De otro, limita este control posible a dos cosas: «adopción de la *designación* con arreglo a las previsiones legales (designación de una de las personas propuestas y en condiciones de igualdad entre ellas) y análisis de las razones de la no designación (no existencia de propuesta previa u otras razones)» (FJ. 7, pár. 9).

El problema de *control* que plantea el *Tribunal a quo* se refiere a las *propuestas* del ordinario, actos de la autoridad eclesiástica; ahora la sentencia se refiere al control de la *designación*, acto de la autoridad académica y, en contra de la afirmación general inicial, parece negar la posibilidad de control de la *propuesta* misma y de sus motivaciones si son de naturaleza religiosa; ese control sólo será posible si esa decisión «se basa en otros motivos ajenos al derecho de libertad religiosa y no amparados por el mismo» (ibídem), aludiendo con la expresión «libertad religiosa» al derecho de «plena autonomía» del que es titular la Iglesia. Sólo la decisión de designación de la autoridad académica o la propuesta en cuanto a sus motivaciones no religiosas, son controlables por los órganos judiciales. Esa parece ser la conclusión obvia.

Pero la cosa no queda ahí. Cuando creíamos tener esto perfectamente claro, con la consiguiente sensación de desasosiego e insatisfacción, la sentencia añade algo con lo que, una vez más, parece desdecirse.

En efecto, según ella, los órganos judiciales estatales tienen algo que decir a propósito de los motivos religiosos, porque deberán «ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cual 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» (FJ. 7, par. 9 *in fine*). Si lo entiendo bien, deberán analizar y valorar la confrontación entre el derecho de libertad religiosa de la Iglesia y los derechos fundamentales de los profesores en su relación de trabajo.

De ser así, podrá reprocharse a la sentencia falta de claridad, o la no alusión a los derechos constitucionales del profesor/a, pero no el no haber aportado una solución que deja a salvo la defensa efectiva de los derechos de los profesores de religión, al menos de sus derechos fundamentales. Esa sería, según el TC, la tarea concreta que han de realizar los órganos judiciales en cada caso concreto.

Desgraciadamente una sentencia posterior (STC de 4 de junio de 2007) sobre un recurso de amparo de un profesor de religión nos ofrece las consecuencias de tanto vaivén y ambigüedad. La sentencia es negativa pero lleva anejo un voto particular. Lo verdaderamente iluminador es que tanto el fallo como el voto particular toman como fundamento la sentencia que estamos comentando, utilizando citas literales. No puede haber una denuncia más clamorosa de la ambigüedad, que encubre una flagrante contradicción, de la sentencia 38/2007. Desde el punto de vista global y sistemático me parece más convincente el razonamiento del voto particular que el del fallo.

Las motivaciones canónicas de la propuesta o falta de propuesta, desde el momento en el que tienen efectos jurídico-civiles, han dejado de ser algo puramente interno a la Iglesia. Son *conditiones sine quibus non* para que tengan algún efecto civil, como ocurre con las resoluciones canónicas sobre el matrimonio. Los órganos jurisdiccionales estatales nada pueden decir sobre si las decisiones se han tomado correctamente o no de acuerdo con el Derecho canónico (21), pero a ellos les corresponde en exclusiva la competencia para atribuirles o reconocerles eficacia civil, previa la comprobación de que sus causas de nulidad o disolución son conformes con el Derecho del Estado, con independencia de que se hayan adoptado válidamente con arreglo a las normas canónicas.

Así las cosas la conclusión es obvia: La respuesta dada a esta cuestión por la sentencia no acaba de tener la claridad y contundencia que hubiera sido de desear, como para sortear, sin ningún género de duda, la posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Pero, a mi juicio, a pesar del germen de contradicción del que es portadora, aporta fundamentos suficientes como para que los órganos judiciales estatales se consideren competentes y encuentre las suficientes bases jurídicas para garantizar la defensa eficaz de los derechos fundamentales, constitucionales y laborales (no contradicción con los principios generales) de los profesores en el control de las decisiones eclesíásticas.

Sólo hay una forma de sortear ese control: que los profesores de religión formaran parte del grupo de «su» personal, vinculado a la Iglesia no por una relación laboral sino por un vínculo de voto de obediencia o incardinación. Procedería ese control siempre que hubiera relación laboral con la Administración pública; fórmula admisible siempre que fuera únicamente con carácter meramente instrumental, como forma de dar viabilidad a la financiación pública de la actividad, como ocurre en el caso de personal contratado para realizar

(21) STC 256/1988, FJ.1.º, párr. 2.

en una institución Pública en régimen de internado, de acuerdo con el art. 2.3 LOLR, una actividad puramente espiritual (asistencia religiosa en hospitales públicos).

4. MODELO DE CONTRATACIÓN

Es la parte de la sentencia que mayor desasosiego y desconcierto genera. Personalmente no he conseguido remontar la perplejidad que me ha provocado. Lo desconcertante es que supuestamente comparto con el TC el mismo punto de partida, el art. 16 de la Constitución y el principio de aconfesionalidad o laicidad «positiva» que incluye la cooperación.

En ningún momento la sentencia modifica o matiza la doctrina constitucional elaborada tan lenta y trabajosamente en torno a la interpretación del art. 16.3. Sencillamente la da por supuesta. Lo único que hace es enunciar esos principios sin más explicaciones añadidas sobre su contenido (FJ. 6, pár. 1), para aplicarlos al caso concreto que se le somete a consideración. Lo que en este comentario ponemos en cuestión no es esa doctrina, sino la corrección de su aplicación al caso concreto.

Puesto que el TC no lo hace, quizá no esté de más que resumamos esa doctrina para que quede patente cómo el TC se contradice a sí mismo optando por una solución contradictoria con su propia doctrina; algo incomprensible en términos técnico-jurídicos y en el marco de las leyes más elementales de la lógica jurídica.

El Alto Tribunal, aunque inicialmente se mostró muy remiso (22) a utilizar el término laicidad, manejando en su lugar el de aconfesionalidad para calificar el sistema instaurado en el art. 16. 3, en el momento actual considera ambos términos equivalentes (23) en los que se incluyen dos subprincipios: el de separación y el de neutralidad que no niegan la posibilidad de la cooperación del Estado con la Iglesia siempre que no contradiga a la propia laicidad.

Dos son las funciones fundamentales que cumple la laicidad: ser garantía de la libertad de conciencia, también como libertad religiosa, y ser uno de los fundamentos del pluralismo y de la democracia (24).

La separación y la neutralidad, componentes de la laicidad, son exigencias del principio de no confusión entre Estado y Religión.

Resultado de una lenta y larga decantación histórica, la *laicidad* tiene

(22) Utiliza por primera vez ese término en la STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ. 4, pár. 2.

(23) Así lo viene haciendo desde la STC 46/2001, de 15 de febrero.

(24) SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ. 5, pár. 2, y 20/1990, de 15 de febrero, FJ. 3.

como primera exigencia la *no confusión entre religión y Estado*, y al servicio de ese principio de no confusión están sus dos componentes: la separación y la neutralidad.

La *separación* implica tres fundamentales consecuencias:

1.^a) Completa independencia del Estado y de su ordenamiento con respecto a la Iglesia, de manera que ninguna norma de un ordenamiento confesional tiene eficacia en el ámbito del estatal y lo mismo puede decirse de los negocios jurídicos nacidos al amparo de esas normas, salvo por decisión del ordenamiento del Estado

2.^a) No confusión de sujetos de tal manera que el Estado se prohíbe a sí mismo «cualquier concurrencia junto a los ciudadanos, en calidad de sujetos de actos o actividades religiosas» (25), y el art. 16.3 «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales» (26) y «cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y fines estatales» (27). De todos estos tipos de confusión, las más graves son las últimas, confusión de funciones y fines. La confusión de sujetos si se da sin la presencia de ninguna de estas, ensombrece la separación sin confusión, pero deja a salvo la neutralidad que es el valor y el objetivo final de la laicidad. Su choque con la laicidad se suaviza aún más si es puramente instrumental para otros fines seculares, como una mejor defensa y cobertura de los derechos del trabajador, quedando muy claro que la actividad religiosa la realiza la iglesia y no la Administración Pública que se limita a facilitar a la iglesia que realice esa tarea. En este caso ya no hay «concurrencia en calidad de sujetos de actos y actividades religiosas», ya que el profesor no actúa como agente público y su contratación laboral por AP es puramente instrumental para fines seculares.

3.^a) No equiparación de las entidades eclesíásticas con las entidades públicas «de manera que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios, ocupando una igual posición jurídica» (28), sin que pueda encontrarse para ello justificación alguna en el principio de cooperación (29): cooperación del art. 2.3 de la LOLR.

La *neutralidad*, por su parte, es una exigencia del respeto de la libertad de todos los ciudadanos por igual sin que las diferencias de creencias entrañen diferencia alguna ante el Estado e implica:

1.^a) Autonomía de las iglesias y confesiones con respecto al Estado.

(25) STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ. 1 par. 2.

(26) *Ibidem*, pár. 1.

(27) STC 46/2001, FJ. 4, pár. 2.

(28) STC 340/1993, de 16 de noviembre, FJ. 4, D.

(29) *Ibidem*, FJ. 4, E.

Aquí tiene su fundamento el grado de «autonomía plena» que se reconoce a las confesiones en el art. 6.1 de la LOLR para regir sus propios asuntos.

2.^a) Que el Estado no se identifica, ni hace suyas, ni dispensa protección especial alguna a los contenidos de las diversas creencias de sus ciudadanos (30): ni el budismo, ni el cristianismo, ni el islamismo, ni el ateísmo, ni al agnosticismo en cuanto tales, son valores constitucionales, lo que no quiere decir que todos ellos participen de valores comunes que el derecho acoge en la moral pública que el propio TC define como «mínimo común ético acogido por el derecho» (31).

3.^a) Que los principios y valores religiosos en cuanto tales no son parámetros de la justicia o de la legitimidad de las decisiones de los poderes públicos: el art. 16.3 impide que «los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos» (32).

4.^a) Que, consecuentemente, los poderes públicos no pueden tomar sus decisiones en base a creencia concreta alguna, o a los valores derivados de ella, de entre las múltiples seguidas por sus ciudadanos, ni pueden condicionar el desempeño de sus funciones públicas a sus creencias particulares. Las autoridades y los funcionarios, así como todos cuantos ocupan un puesto público y una función pública, vienen obligados en el ejercicio de su libertad de conciencia, cuando actúan como tales autoridades, como funcionarios o como agentes públicos, por lo que los franceses llaman el «deber de reserva», ya que, en un Estado pluralista todas las instituciones públicas son neutrales, ideológica y religiosamente neutrales (33).

La *cooperación* del Estado con las confesiones religiosas, aunque expresamente formulado en el segundo inciso del art. 16.3, es un principio derivado de la combinación de los principios de igualdad en la libertad y del principio de laicidad. El primero es su fundamento, no sólo lógico sino también jurídico y como ha dicho el TC «hunde sus raíces en el art. 9.2» (34) que, a su vez, es una consecuencia de la igualdad y de la libertad.

La actitud positiva del Estado que la cooperación entraña tiene, en todo caso, como límite la laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y fines estatales» (35), tanto en su componente de

(30) ATC 617/1984, de 31 de octubre, FJ. 5, párr. 1.

(31) STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ. 5, párr. 5.

(32) STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ. 1, párr. 1.

(33) STC 5/1981, de 13 de Febrero, FJ. 9, párr. 6

(34) STC 46/2001, FJ. 6, párr. 2.b).

(35) STC 46/2001, FJ. 4, párr. 2.

abstención o neutralidad como en su componente de separación, ya que la confusión de sujetos, funciones o fines atenta contra ambas.

La actitud del Estado ante las confesiones religiosas se mueve entre dos coordenadas: la laicidad del art. 16.3 y lo dispuesto en el art. 9.2 CE que el Tribunal constitucional convierte en criterio hermenéutico del segundo inciso del 16.3 referido a la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas (36).

Tiene dos manifestaciones *prestacional o asistencial* y *prestacional*.

La primera es obligada para los poderes públicos siempre que sea necesaria para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas o para remover los obstáculos que impidan su plenitud; es, por tanto, «creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido» (37). En estos casos convierte el derecho de libertad religiosa que es un derecho libertad, como es el derecho consagrado en el art. 16 CE (38), en un derecho prestación.

La segunda simplemente facilita las condiciones de ejercicio de esos derechos en los casos en que lo que está en juego no es ningún elemento que forme parte del contenido esencial del derecho fundamental, descrito en el art. 2 de la LOLR, (reconocimiento de efectos al matrimonio celebrado en forma religiosa o protección penal especial) y tiene su fundamento próximo más bien en el Estatuto especial que el art. 6.1 de la LOLR les reconoce a las confesiones (39), sin carácter prestacional, por supuesto, ya que de las obligaciones del Estado inscribibles en el marco del principio de cooperación «y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias» (40). La libertad de conciencia y en concreto la libertad religiosa no es un derecho prestación (41), salvo por vía de excepción cuando la cooperación de ese tipo es absolutamente necesaria para el ejercicio real y eficaz de ese derecho o para eliminar los obstáculos que impiden su plenitud.

En ambos casos el fundamento último hay que buscarlo en el derecho mismo de libertad de conciencia o de libertad religiosa, si se prefiere, por

(36) STC 46/2001, FJ. 6, párr. 2, a) y b).

(37) STC 46/2001, FJ. 4, párr. 2 y FJ. 6, párr. 2.b).

(38) STC 47/1985, de 27 de marzo, FJ. 5, párr. , *in fine*.

(39) STC 46/2001, FJ, 6, párrs. 3 al 5.

(40) STC 166/1996, de 28 de octubre, FJ. 3, párr. 5.

(41) STC 47/1985, de 27 de marzo, FJ. 5, párr. 1, *in fine*.

cuanto la cooperación pretende, bien *hacer posible* que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas o *eliminar los obstáculos* que se oponen a su plenitud, bien *facilitar* ese ejercicio aunque no sea absolutamente necesaria, cuando no está comprometido ningún elemento integrante del contenido esencial del derecho.

En ambos casos la cooperación tiene su límite en la laicidad *como no confusión, como separación y como neutralidad*. En el segundo de ellos en cuanto al sí y en cuanto al cómo. En el primero, obligada para los poderes públicos, sólo en cuanto al cómo. Desde la perspectiva de la laicidad, no es indiferente el modelo de prestación.

En ambos casos la cooperación del Estado con la Iglesia en la realización de actividades y fines religiosos, tiene que dejar siempre a salvo que quien realiza la actividad es la Iglesia no el Estado, no la autoridad pública, el funcionario o quien hace sus veces vinculado al Estado. Tiene que dejar a salvo la distinción también entre actividades y fines religiosos y estatales.

El art. 16. 3 en su segundo inciso se refiere únicamente a la cooperación obligada en las circunstancias del art. 9.2, de ahí las expresiones imperativas del texto. El texto constitucional no alude, al menos expresamente, a ningún otro tipo de cooperación no prestacional ni asistencial, aunque tampoco la prohíbe. Por eso el TC llama a la laicidad descrita en el art. 16 laicidad «positiva», para diferenciarla de la francesa (en versión de la Ley de Separación de 1905) que no sólo no considera obligada la cooperación en ningún caso, ni siquiera en las circunstancias de nuestro 9.2, sino que establece una norma general que la prohíbe, salvo de los casos de cooperación prestacional o asistencial que nuestro texto constitucional configura como obligada (42).

Tiene razón la sentencia cuando dice que la *presencia* de la enseñanza confesional en la escuela es una forma de dar satisfacción al deber de cooperación de los poderes públicos con las confesiones y así está configurada en el art. 2.3 de la LOLR, en respuesta a la solicitud de satisfacción de un derecho individual. Como hemos dicho, el art. II del AEAC parece ir más allá, insertando esa enseñanza en el sistema educativo público.

Hecha esa opción, en contra de lo que se afirma reiteradamente en la

(42) Esta referencia a la laicidad francesa la hace expresamente el Voto Particular encabezado por el Magistrado y entonces Presidente del Tribunal Prof. Jiménez de Parga, pero leído ese voto *a sensu contrario*, muestra que es modelo no ha estado ausente del razonamiento de la sentencia y da una explicación plausible y congruente del adjetivo «positiva» con el que se califica a la laicidad; lo que se pretende poner de relieve es la diferencia entre el modo de concebir esa cooperación el sistema francés y la Constitución española, no afectando esas diferencias, en cambio, a los dos subprincipios de la laicidad: separación y neutralidad.

sentencia, no es indiferente el modelo de ejecución de la prestación. De los tres que ha aislado la doctrina, *integración orgánica*, *libertad de acceso* y *libertad de salida*, solo los dos últimos son, desde la perspectiva de la laicidad, irreprochables.

Excluido el modelo de libertad de salida por el art. 2.3 de la LOE, quedaban los otros dos: el de *integración orgánica* o el de *libertad de acceso*. El primero implica la integración del personal encargado de impartirla en la organización del Estado, bien como funcionarios, bien como personal laboral, como agentes públicos que ocupan un puesto y ejercen funciones y competencias públicas; se parte de la idea de que esa es *una función que ha de realizar el Estado aunque para ello necesite de la ayuda de la iglesia orgánicamente incorporada a él*. Adecuada a la inserción de la enseñanza confesional en el sistema educativo, pero que participa de su inconstitucionalidad (43).

Se trata de una fórmula propia de los Estados en los que rige el principio de confesionalidad y entraña una evidente confusión entre lo estatal y lo religioso, sin separación entre Iglesia y Estado y sin neutralidad de la enseñanza pública, necesaria en los casos de inserción de la enseñanza en el sistema educativo: el modelo mixto, que aúna integración orgánica en la Administración Pública y dependencia funcional de la Iglesia, es una exigencia de esa inserción y tiene como consecuencia la inoculación del virus de la confesionalidad en la enseñanza pública que pierde su neutralidad.

La *libertad de acceso*, más adecuada a la fórmula de la inserción de la enseñanza confesional en la escuela pública, pero no en el sistema, es una fórmula que parte de la idea de que esa es *una actividad religiosa que le corresponde realizar a la Iglesia, limitándose el Estado a facilitar las condiciones del ejercicio del derecho* de las Iglesias a impartir su credo en la escuela, pero en función de la satisfacción de los derechos individuales, en este caso de padres y alumnos libremente expresada. Las personas encargadas de impartirla ni son agentes públicos ni ejercen funciones o competencias públicas. De ahí que en este caso ese personal siga dependiendo de la Iglesia a todos los efectos.

(43) Se salvaría esa inconstitucionalidad si la contratación laboral por la Administración Pública tuviera como única finalidad la financiación de esos servicios espirituales, obligada en razón del art. 2.3 LOLR, sin convertir al trabajador en un agente público con funciones y competencias públicas, quedando clara la tipificación de la iglesia como una empresa de servicios. Eso es lo que acontece con el sacerdote contratado por un establecimiento hospitalario público exclusivamente para la atención espiritual y religiosa de los internos que lo soliciten (Orden de 20 de diciembre de 1985 por la que se dispone la publicación del Acuerdo sobre Asistencia religiosa Católica en Centros hospitalarios públicos, art. 7, BOE de 21 de diciembre).

El Estado se limita a autorizar y a facilitar que esa labor la haga la Iglesia en la escuela, pero evitando cualquier confusión entre lo que uno y otra hacen, entre la enseñanza pública y la enseñanza religiosa. Para el Derecho del Estado la relación de servicios de estas personas es una *relación laboral con la Iglesia*, salvo que se trate de alguno de los supuestos excluidos de la cobertura del Derecho laboral y de la jurisdicción estatal por el art. 6.1 de la LOLR.

Es verdad que una interpretación sistemática del acuerdo tiene sus dificultades, dado que parece haber dos interpretaciones posibles. El art. II aporta datos que favorecen una interpretación que sería más congruente con la fórmula de la integración orgánica, al integrar en el sistema educativo la enseñanza confesional de la religión, obligatoria su oferta para los centros, aunque sea voluntaria para los alumnos. Con el art. III en relación con el VI, en cambio, parece más congruente el modelo de libertad de acceso.

Según el Tribunal es perfectamente razonable que la confesión religiosa decida sobre su propio credo y sobre los criterios de idoneidad a los que han de responder los profesores que han de explicar ese credo. Lo absurdo sería otra cosa. «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, como hemos dicho, de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y de principios constitucionales». Es una «garantía de la libertad de las iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público» (FJ. 9, pár.4), y una exigencia de la neutralidad, añadiría yo.

Nada que decir, en principio, con respecto a lo primero. Es de sentido común, a parte de una consecuencia obligada de la laicidad como hemos visto, tanto si se trata de enseñanza confesional de la religión como si se trata de formación y asistencia religiosas. Pero *sólo a efectos internos* que es a lo que se refiere la «autonomía plena» que les reconoce el art. 6.1 de la LOLR. Hay que añadir una vez más que eso deja de ser verdad si esa declaración tiene efectos civiles.

La *idoneidad* implica algo más que la mera *competencia* como capacidad para hacer algo. Y es razonable que se exija *ad intra* además de los conocimientos dogmáticos y aptitudes pedagógicas del personal docente, tanto la fe como una conducta acorde con las exigencias morales de esa fe (FJ. 5, pár. último). También aquí el problema vuelve a plantearse si la exigencia de esos requisitos tiene eficacia civil. La «plena autonomía» se refiere únicamente a sus asuntos meramente internos.

El problema que se plantea el Tribunal podría formularse así: ¿«El recurso a la contratación laboral y el que esa contratación se lleve a cabo por la Administraciones educativas, constituyendo empleo público» condicionando

«el acceso al empleo público y el mantenimiento en el mismo en base a criterios de índole religiosa y confesional», vulnera lo dispuesto en la Constitución? (FJ. 6. párr. 1).

Por tanto, «se trataría de determinar si la contratación laboral por las Administraciones educativas de los profesores de religión, al venir condicionada por la previa declaración eclesial de idoneidad, vulneraría el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, discriminando a los posibles candidatos en función de criterios religiosos» (FJ. 8, párr. 3).

Dos son, por tanto, las cuestiones a las que hay que contestar: La contratación de los profesores y los principios de igualdad (art. 23.2 CE), mérito y capacidad (art. 103. 1 CE) de un lado y, de otro, la relación entre el modelo de contratación elegido y el principio de aconfesionalidad o laicidad.

4.1. *Proceso de contratación: los principios de igualdad, mérito y capacidad*

La respuesta del Tribunal constitucional es clara e inequívoca. No se da tal vulneración. También es clara su argumentación centrada en torno a la preservación del principio de igualdad del art. 14 y que se apoya en dos razones fundamentales: la desigualdad sólo se excluye si no es razonable (FFJJ. 8, párrs. 2, y 9, párr. 3) y el «amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección» (FJ. 9, párr. 2) del que goza la Administración.

Conviene no olvidar que esto último puede predicarse de la *designación*, de competencia de la Administración, pero no de la *propuesta*, de competencia de la iglesia que gozará de esa discrecionalidad *ad intra* pero no *ad extra*.

Siguiendo con su razonamiento, el Tribunal, sobre la base de la distinción entre *propuesta* que teóricamente puede ser plural y *designación*, esta última de competencia de la Administración educativa, afirma que el art. III de AEAC con la Santa Sede no es obstáculo para que «continúe rigiendo plenamente en el proceso de designación el derecho de los ciudadanos a la igualdad en el acceso al empleo público en base a criterios de mérito y capacidad» (FJ. 9, párr. 5).

Ahora bien, no es la *designación* por sí misma el problema, ni para la igualdad, ni para los criterios de mérito y capacidad. El problema es su condición *sine qua non*, la *propuesta* y los requisitos a los que se subordina, sin los que no es posible la designación que queda esencialmente contaminada. Porque la propuesta es un negocio jurídico canónico destinado a producir efectos civiles y su causa no puede ser una causa (motivos) contraria al orden

público o a los derechos constitucionales o incluso los principios generales del Derecho estatal laboral en el caso de que sean aplicables las cláusulas de salvaguarda.

La sentencia sigue argumentando, ahora ya en relación con la *propuesta*, que la exigencia del requisito «de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la declaración eclesial de idoneidad no puede considerarse arbitraria e irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica discriminación por motivos religiosos» (FJ. 9, pár. 3), porque posee una «justificación *objetiva y razonable* y resulta *proporcionada y adecuada* a los fines perseguidos por el legislador —que poseen igual relevancia constitucional— sin que pueda, por tanto, ser tachada de discriminatoria» (FJ. 9, par. últ.). Eso es lo que dice la sentencia. Sin más fundamentación y sin contrastar esas afirmaciones con las exigencias derivadas de la laicidad.

Se supone que esos fines de relevancia constitucional son la cooperación del Estado con la iglesia y la satisfacción del derecho de la iglesia como derecho de libertad religiosa colectiva.

Pues bien, ni la cooperación obliga a aceptar los criterios confesionales del Derecho canónico (44), ni la libertad religiosa colectiva puede violar los derechos fundamentales de los ciudadanos, ni los cánones 804 y 805, como garantías de salvaguarda, pueden tener como efectos civiles la violación, ni de los derechos fundamentales, ni de los derechos meramente constitucionales (art. 6.1 LOLR), ni el presupuesto consiente la homologación civil de un negocio jurídico canónico con esos resultados.

El razonamiento del Tribunal parece no haber reparado en que no es lo mismo *racionalidad confesional* (ordenamiento canónico) y *racionalidad constitucional* (ordenamiento estatal); no es lo mismo lógica confesional y lógica aconfesional.

Tiene razón el Alto Tribunal cuando afirma que «resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza 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 quieren realizar esa actividad» (FJ. 12). Pero esta afirmación *sólo tiene validez en tanto que esa enseñanza sea un asunto puramente interno*; pero la pierde desde el momento en que esa formación o esa enseñanza se inserta en el sistema educativo o esas motivaciones eclesialísticas (causa) tienen alguna eficacia civil, aunque sea como contenido de las cláusulas de salvaguarda.

Es razonable que la Iglesia elija a quienes impartan sus doctrinas en la

(44) ATC 617/1984, de 31 de octubre, FJ. 5, pár. 1.

escuela o fuera de ella y que lo haga con arreglo a sus propios criterios en garantía de la ortodoxia doctrinal y de la ortopraxis. El problema surge como consecuencia de que lo razonable desde el punto de vista interno, como asunto interno de la iglesia, no lo es desde el punto de vista constitucional y, en concreto, desde la perspectiva del principio de laicidad, cuando esas decisiones eclesíásticas producen algún tipo de efectos jurídico-civiles. El verdadero nudo gordiano está en que el modelo por el que se ha optado implica a la Administración pública en la impartición de esa enseñanza, siendo un servidor o agente público quien la realiza desde su puesto público, ejerciendo competencias públicas como si de una función pública se tratara y que esa enseñanza se inserta en el plan oficial de estudios, es decir en el sistema educativo.

No se me alcanza que se pueda afirmar que una selección hecha por la Iglesia, que la Administración hace suya, con criterios tales como tener o no tener fe, o tener o no tener un comportamiento acorde con la moral católica, pueda decirse que no implica discriminación alguna y que no rechina con la lógica constitucional de la igualdad del art. 14 en relación con el 9.2, al *atribuírsele efectos civiles*. La «plena autonomía» se convertiría así en una especie de patente de corso para la violación impune de derechos fundamentales y constitucionales.

Todavía me parece más incomprensible, por lo que tiene de evidente contradicción con lo anterior, la afirmación que hace la sentencia de que tanto la determinación de los contenidos de la enseñanza religiosa como de los requisitos exigibles a los profesores se han de hacer «dentro de la observancia... de los derechos fundamentales, de las libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales» (FJ. 9, par. 5). ¿En qué quedamos?

Respecto al derecho de la Iglesia, ¿Se está sacrificando aquí el derecho individual al colectivo? ¿Quién es límite de quién? ¿Quién está al servicio de quién desde el punto de vista del ordenamiento estatal?

Y en cuanto al derecho de los padres, hay que decir que encuentra plena satisfacción con el modelo de libertad de acceso sin poner en riesgo, desde el punto de vista constitucional, la libertad de conciencia de los profesores, la igualdad y la laicidad, resultando responsable de la supuesta violación el Estado.

El derecho de las iglesias, parte integrante del derecho individual (LOLR, art. 2.1, d, de cuyo contenido esencial no forma parte la «autonomía plena» del art. 6.1 de la LOLR) ha de compatibilizarse con los derechos fundamentales y constitucionales de las personas singulares, en este caso de los profesores de religión y no a la inversa; no son los derechos individuales los que tienen su límite en los derechos de la iglesia, sino todo lo contrario, si tenemos en cuenta lo que dice expresamente el art. 6.1 de la LOLR.

Dejando a un lado las exigencias de mérito y capacidad que, según la sentencia, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado en ocasiones anteriores que se refieren únicamente al acceso a la función pública por la vía del funcionariado, lo que no se sortea es la colisión con la *igualdad y no discriminación* al introducir como requisitos con eficacia civil los de tener fe y un comportamiento adecuado a la correspondiente moral. Es más, esto entrañaría una clamorosa violación de la *libertad de conciencia y de su garantía la laicidad*.

En resumen, la designación es de competencia exclusiva de la autoridad académica, pero su presupuesto, la propuesta, puede contaminarla de su confesionalidad, ya que la designación implica asumir como correctas, desde la perspectiva del Estado laico o aconfesional y para la obtención de un puesto en la Administración pública, las motivaciones confesionales que fundamentan esa propuesta o esa falta de propuesta en su caso.

4.2. *Modelo de contrato: contenido y laicidad*

La obligación de cooperación del Estado para facilitar la formación religiosa tiene su fundamento en el art. 16.3, como enseñanza *en la escuela*, no *por la escuela*, a tenor de lo dispuesto en el art. 2.3 de la LOLR. Con dos aclaraciones añadidas. El art. 2.3 de la LOLR se refiere únicamente a los centros docentes públicos, en tanto que el Acuerdo y la DA 2.^a de la LOGSE generalizan esa obligación a todos los centros. En los supuestos en que sean necesarias para facilitar el ejercicio de ese derecho, según el art. 2.3 LOLR, estaríamos ante una cooperación prestacional, pero sólo en ese caso. En todo caso, ni el art. 16.3, ni el art. 27.3 ambos de la Constitución, dan pie ni para el carácter prestacional de esa cooperación ni para la inserción de esa enseñanza en el sistema educativo.

Lo ha expresado con acierto el TS cuando afirma que el derecho garantizado por el art. 27.3 «no es un *derecho de protección directa*, porque, como se comprenderá, los poderes públicos no pueden garantizar que en todos y cada uno de los puntos del territorio nacional existan colegios o centros de enseñanza que respondan a las preferencias religiosas y morales de todos y cada uno de los padres españoles pues eso sería tanto como exigir la existencia de cientos, miles o millones de colegios, tantos cuantos progenitores con ideas religiosas o morales distintas existan en una localidad determinada». «Se trata, en consecuencia de un *derecho de protección indirecta*, que se consigue a través del establecimiento y protección de otros derechos constitucionales, como el derecho a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), el derecho de creación de centros docentes (art. 27.6 CE), el derecho a la libertad de cátedra

(art. 20.1 CE), y la neutralidad ideológica de los centros públicos (art. 18.1 LO 87/1985 de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación). Es a través de estos preceptos como se hace efectivo el derecho reconocido en el art. 27.3 CE, sin necesidad, por tanto, de que exista una regulación propia, específica y concreta del mismo» (45).

La afirmación de la sentencia, que estamos comentando, de que esa ejecución, «se articule o no mediante contratos laborales y que tales contratos, en su caso, se celebren por las autoridades eclesiásticas, o se realicen directamente por las administraciones públicas pagadoras, constituyen decisiones de política legislativa relevantes a diferentes efectos, entre ellos, y muy significativamente, al del reconocimiento y mejor protección de los derechos económicos y sociales de los profesores, pero que, en principio, *resultan irrelevantes en términos de constitucionalidad del sistema*» (FJ. 11, pár. 3), es sólo una verdad a medias.

Afirmar, como hace la sentencia en su FJ. 11, pár. 2 que el modelo de contratación elegido (contratos laborales con la Administración) es uno de los posibles para cumplir con el mandato de cooperación y, al mismo tiempo, asegurar la «máxima equiparación del estatuto jurídico y económico de los profesores de religión con respecto al resto de los profesores, sin perjuicio de sus singularidades específicas», parece reflejar la idea de que el modelo elegido satisface al mismo tiempo esos dos objetivos y no es verdad ni lo uno ni lo otro.

En todo caso, como reconoce la propia sentencia, la dependencia laboral de la Administración pública no es la única fórmula posible de cooperación, ni por tanto es exigida por ella. También la dependencia de la iglesia en el modelo que hemos descrito como modelo de libertad de acceso asegura esa cooperación. Lo que hay que examinar es si ambas fórmulas se armonizan con las exigencias de la laicidad. La primera de esas fórmulas no supera el contraste ni con la separación sin confusión, ni con la neutralidad exigida a las Administraciones públicas, a la función pública y a sus servidores.

En efecto, en el modelo de integración orgánica la actividad religiosa de asistencia es realizada por quienes ostentan la cualidad de funcionarios del Estado o de trabajadores por cuenta del Estado que, aunque no sean funcionarios, han accedido a un puesto público y a la función pública. Es inevitable que se de aquí una fuerte confusión entre lo estatal y lo religioso. Si el trabajador actúa por cuenta del Estado a quien compromete con su actividad es al Estado, de manera que muy bien puede afirmarse que el Estado co-reliza una actividad estrictamente religiosa, con la consiguiente confusión de sujetos. Esto

(45) SSTS, Sala 3.ª, de 24 de junio de 1994, FJ. 7 y de 30 de junio de 1994, FFJJ. 7 y 9.

es evidente en el caso del funcionario, pero debe tenerse en cuenta que el trabajador por cuenta del Estado ocupa su mismo lugar, la única diferencia es que su vínculo jurídico con él es diferente. También él ejerce competencias públicas como agente público; y esto es lo constitucionalmente más grave. El profesor de religión actúa por cuenta del Estado bajo la dirección de la Iglesia realizando simultáneamente una actividad pública y una actividad estrictamente religiosa a tenor de los cánones 804 y 805. Hay evidentemente una confusión de sujetos, de funciones y de fines, algo que según el TC es incompatible con la aconfesionalidad o laicidad. ¿Es que la actividad religiosa es el contenido de la función pública y el fin religioso un fin del Estado?

Se están violando dos exigencias inseparables de la aconfesionalidad. Con esa fórmula se está dotando de coactividad estatal a normas confesionales y consecuentemente, no sólo se desnaturaliza a esas normas, sino que se cercena la libertad de conciencia de los obispos y de los profesores de religión. El Derecho estatal aconfesional no puede respaldar una obligación aconfesional intraeclesial. Y esto es lo que ocurre en el caso de la contratación laboral de los profesores de religión por la Administración pública.

En esa fórmula el Estado correaliza la actividad de la enseñanza de la religión en «conurrencia» con la Iglesia como sujeto de una actividad religiosa, con la consiguiente confusión de sujetos, actividades y fines estatales y religiosos. El Estado acoge y hace suyos criterios inconstitucionales, incorporando al currículo criterios confesionales con patente violación de la neutralidad ideológica y religiosa de la enseñanza pública, al ser personas que ocupan un puesto público, que, aunque sea en calidad de contratados laborales no pierden su condición de agentes públicos, para realizar una actividad pública. ¿Es la enseñanza religiosa y la formación religiosa parte integrante de la función pública?

Porque la neutralidad ideológica y religiosa «es una *característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro*, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente. La *neutralidad ideológica* de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de *renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico*, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita» (46).

(46) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 6, p. 3

Esas personas ejercen simultáneamente, dada su doble cara, de contratados de la Administración y de fieles al servicio de la realización de una misión eclesial no sólo en la escuela, sino en el marco del sistema educativo, verdaderas funciones públicas en relación con la enseñanza, como la evaluación, o el formar parte del órgano claustro de profesores a todos los efectos, por ejemplo. Y para que la incongruencia sea más palmaria, esa evaluación académica se hace de una actividad que tiene su fundamento en la fe, es decir, de una asignatura confesional y de una actividad religiosa.

Los profesores de religión católica ¿son o no son profesores si la disciplina que imparten forma parte del currículo? ¿Ocupan o no un puesto docente en el centro? ¿son o no son profesores de un centro público y por cuenta de la Administración pública? ¿No evalúan académicamente a los alumnos? ¿No forman parte del claustro del centro a todos los efectos? ¿No ocupan un puesto público y no ejercen funciones públicas? ¿No les son aplicable los deberes de neutralidad y de reserva que sí obliga al resto del profesorado? La contradicción me parece clamorosa.

Las autoridades académicas están realizando directamente funciones esenciales en relación con esa asignatura confesional: organizan la actividad como parte de la organización general docente, controlan la asistencia y respaldan la evaluación del profesor de una enseñanza que no imparten ellas y cuyo objetivo final y directo es uno de carácter religioso: la evangelización, el adoctrinamiento y el proselitismo.

Por último, ¿quién es jurisdiccionalmente responsable de los «hipotéticos despidos» en el caso de los profesores de religión, la Iglesia que ha aportado los criterios de decisión con su propuesta o falta de propuesta, o la Administración pública que «designa»? La Iglesia condiciona radicalmente las decisiones del Estado, la causa que fundamenta la propuesta, o la falta de ella, es inconstitucional por violar derechos constitucionales que el Estado debe proteger, y el responsable de esa violación ante su propia jurisdicción es el Estado.

¿También con respeto de los derechos fundamentales de libertad de conciencia y de libertad de cátedra de los profesores de religión? ¿También con respeto de valores constitucionales como la laicidad, la no confusión, la separación y la neutralidad? ¿Es neutral la enseñanza confesional de la religión? ¿Respeto la neutralidad el profesor al enseñarla? La respuesta no puede ser menos contradictoria con esa afirmación cautelar.

El profesor de religión forma parte del claustro de profesores a todos los efectos (AEAC, art. III, último párrafo), están sometidos «al régimen general de disciplina de los centros (ibídem, art. VI, pár. 2) y sus calificaciones tienen valor académico, de acuerdo con la interpretación que se viene

haciendo de la expresión «en condiciones equiparables» (*ibidem*, art. II, párr. 1) (47).

El trenzado de vaivenes no queda ahí. La sentencia afirma expresamente que en esa fórmula de la contratación laboral por la Administración pública no hay violación de la libertad religiosa de los profesores, ya que sólo se vería afectada «en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de 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» (FJ. 12).

¿Dónde queda la libertad de cátedra de los profesores de religión como profesores del sistema de enseñanza pública? Porque es un derecho constitucional de los profesores al servicio de la Administración pública para ejercer una función e impartir una enseñanza integrada en el sistema educativo público que también hay que defender. ¿Dónde queda esa libertad desde el punto de vista de su obligación de ortodoxia doctrinal y del control de esa ortodoxia por las autoridades eclesiásticas, según el art. VI? ¿Cómo se compone la confesionalidad, el adoctrinamiento y el proselitismo con las limitaciones que le impone el «deber de reserva», según el TC, porque «en los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible. Libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales» (48). ¿Lo es la doctrina católica confesionalmente transmitida? En efecto, «la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos (.....) impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita» (49).

Es verdad que el TC ha dicho en el párrafo anterior que la libertad de cátedra es «una libertad frente al Estado o, más generalmente, frente a los poderes públicos». A lo que caben dos respuestas. En primer lugar que quien respalda el control doctrinal realizado por la Iglesia es el Estado en virtud del acuerdo.

(47) SSTS de 9 de junio de 1994, FJ. 7, y de 30 de junio de 1994, FJ. 5.

(48) STC 5/1981, FJ. 9, par. 4

(49) STC 5/1981, FJ. 9, párr. últ., *in fine*.

En segundo lugar que la libertad de cátedra también puede ejercerse frente a los particulares y frente a los idearios de los centros privados cuyos titulares no pueden exigir al profesor que se convierta en apologista del mismo ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor» (50), quedándole prohibidos los ataques abiertos o solapados contra él, de manera que no bastan «las simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario del centro al filo de sus actividades escolares, siempre que las manifieste razonadamente, con oportunidad y en forma adecuada a la edad y grado de conocimiento y madurez de sus alumnos» (51).

No les sería aplicable, en cambio, la doctrina del TC sobre posibilidad de despido, por actividades extraescolares con posible influencia negativa en las enseñanzas (52). No estamos ante el despido de profesores de un centro escolar privado, sino de un centro público. Y, de otra parte, lo que estamos poniendo en discusión es la legitimidad del despido sobre la base de motivaciones que son contradictorias con valores fundamentales de la Constitución, que serían aplicables a ambos casos.

La situación se enmaraña aún más y se muestra sin disimulos la contradicción en el caso de los profesores de EGB *funcionarios* que, previa solicitud, hayan sido propuestos y designados para impartir estas enseñanzas (AEAC, art. III, pár. 2). Cuestión a la que el TC no hace referencia alguna. ¿Tampoco aquí hay confusión? ¿Tampoco aquí hay contradicción entre la función pública neutral y función confesional, realizadas ambas, simultáneamente por un funcionario? Ya sé que su acceso a la función pública ha sido constitucionalmente impecable, pero ¿su desempeño de este tipo de enseñanza confesional como funcionarios en un centro público que ha de ser neutral, no acumula contradicción sobre contradicción en el modelo de inserción de esa enseñanza confesional en el sistema educativo?

Ya hemos puesto de relieve como este sistema de contratación choca tanto con la separación sin confusión como con la neutralidad como exigencias de la laicidad, tal como la entiende el propio Tribunal Constitucional. No es constitucionalmente necesario para cumplir ese mandato de cooperación, ni tampoco es verdad que se asegure mejor, como parece suponer la sentencia, la equiparación del estatuto de estos profesores con el del resto con este sistema que con el otro. De otro modo dicho, se acepta el posible choque con la laicidad sin necesidad, ya que se podrían conseguir los mismos objetivos con sólo autori-

(50) STC 5/1981, FJ. 9, pár. 4

(51) *Ibidem* FJ. 10, pár. 3

(52) *Ibidem*, pár. 11.

zar a la iglesia la realización de esa actividad en la escuela pública, financiándola con fondos públicos incluso, de acuerdo con el art. 2.3 de la LOLR.

Las cosas cambiarían esencialmente si cambia sustancialmente el modelo de ejecución, pasando a ser el modelo de libertad de acceso, aunque fueran contratados laboralmente por la Administración pública, con tal que esta contratación cumpla una función puramente instrumental al servicio de la realización de la cooperación prestacional del 2.3 LOLR y de una más eficaz cobertura de los derechos de los profesores, excluida en términos absolutos la participación del profesor de religión, como agente público, en el ejercicio de funciones o competencias públicas al servicio del fin religioso de sus actividades. Quedaría un tanto empañada la imagen de separación sin confusión, pero no quedaría frontalmente comprometida la laicidad. Claro que esta solución sólo sería posible si la presencia de la enseñanza confesional de la religión se quedara en eso y no implicara su inserción en el currículo y en el sistema educativo público.

La pregunta es: ¿Realmente es esto necesario para la mejor defensa de los derechos de los trabajadores?

¿No están suficientemente asegurados los derechos económicos y sociales de los profesores contratados por los colegios concertados mediante la fórmula del pago delegado? ¿No sería más limpia constitucionalmente la fórmula de la configuración de la Iglesia como empresa de la que dependen, tanto por los lazos de la fe, como por la relación laboral, los profesores de religión?

Esa relación laboral es una relación calificada como tal por el Estado, justamente para proteger los derechos del trabajador, que no traduce automáticamente al ámbito estatal y con eficacia estatal los contenidos, ni de requisitos ni de efectos, de la relación confesional que esas personas en cuanto fieles tienen con su Jerarquía. Es una exigencia elemental de la aconfesionalidad.

Las afirmaciones de que «el sistema de contratación establecido no implica la conversión de las Administraciones públicas en una empresa de tendencia, lo que, efectivamente, resultaría incompatible con el art. 103.1 CE» y de que la Administración Pública «a través de la contratación de los profesores de religión no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno, sino que ejecutan la cooperación con las Iglesias en materia de enseñanza religiosa en los términos establecidos en los acuerdos» (FJ. 10, pár. 4) me parece a mí que niegan la evidencia.

Decir que la configuración como empresa de tendencia sólo es aplicable en el campo de las relaciones privadas es verdad, pero no contesta a la cuestión de fondo. Es más, mucho me temo que el Tribunal incurre en una contradicción, porque según él, la debilitación de los derechos del trabajador y el incremento simultáneo de los de la empresa (la Iglesia) es aún mayor en el caso de los profesores de religión que en el caso de la empresa de tendencia.

La pregunta es: ¿Configurar la Administración como empresa de tendencia sería inconstitucional, y no lo es que la Administración pública realice una actividad a través de sus servidores, desde un puesto público y ejerciendo una función pública con consecuencias negativas, superiores a las que se dan en una empresa de tendencia, para los derechos de los trabajadores, incluidos sus derechos fundamentales y constitucionales?

No son las Administraciones públicas, sino la Iglesia, empresa privada, la que debería ser tipificada como empresa de tendencia, si no fuera que van más allá y rebasan el status de las empresas de tendencia, tanto las consecuencias derivadas de su «plena autonomía», como de las hipotéticas cláusulas de salvaguarda, con el límite, lo reiteramos una vez más, de los derechos fundamentales y constitucionales del profesor de religión. Téngase en cuenta que en este caso lo primero que deberá decidir el órgano jurisdiccional estatal competente es si estas cláusulas son adecuadas y proporcionales a la finalidad de «salvaguardar su identidad y carácter propio, así como el debido respeto a sus creencias». Algo que evidentemente refuerza la posición jurídica de la Iglesia. Aquí es donde tiene cabida la ponderación judicial a la que se refiere la Sentencia (FJ. 7, pár. 9, *in fine*).

La sentencia intenta salvar la posible inconstitucionalidad del modelo de contratación pública en el marco de la inserción de la enseñanza confesional en el sistema educativo, recurriendo a dos principios, el de *neutralidad* y el de *cooperación*, pero olvidando que el de cooperación está al servicio de los derechos individuales y que el de neutralidad, no sólo funda la «autonomía plena» de las Iglesias y confesiones en sus asuntos internos, sino que también es garantía de la libertad de conciencia de todos los ciudadanos, afectando a todo puesto público, a toda función pública y a todos sus titulares, quienesquiera que sean ¿Cómo puede considerarse constitucional que alguien que ocupa una función pública realice una actividad confesional al servicio de una confesión y con objetivos confesionales de transmisión de la fe que reclama la adhesión personal y que va acompañado como su sombra del proselitismo y el adoctrinamiento?

Y no se diga que el fin perseguido por el Estado es un fin secular y constitucional: La cooperación como deber constitucional para facilitar el ejercicio del derecho de libertad religiosa de una parte de sus ciudadanos, porque aunque así fuera (creo haber mostrado que no lo es), hay otra opción para conseguir ese mismo objetivo, la no inserción de la enseñanza confesional de la religión en el sistema educativo público y la dependencia laboral de sus profesores de la Iglesia; algo que no entraña la violación, ni de la separación sin confusión, ni de la neutralidad. Otra cosa es arriesgar diafanidad constitucional sin necesidad.