

LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO¹

Adoración Castro Jover

Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco.

Resumen: La vertebración del texto constitucional en torno a la persona y el desarrollo de su personalidad a cuyo servicio se colocan los poderes públicos incide en la comprensión del empleado público que por serlo no deja de ser persona como cualquier otra y, en consecuencia, goza también del reconocimiento de los derechos fundamentales. Transformándose, así, la consideración del funcionario como un servidor del Estado y su identificación con el Estado mismo que le sometía a un régimen de sujeción especial que justificaba la limitación de sus libertades. Hoy en día la fuerza expansiva de los derechos fundamentales ha superado esta concepción al considerar al funcionario como cualquier ciudadano más. Desde este planteamiento he estudiado un derecho básico para la persona como la libertad de conciencia, íntimamente vinculado con la dignidad, en el ámbito del empleo público con el objeto de delimitar el ejercicio de este derecho y en caso de conflicto con la función pública que se desempeña establecer los criterios de solución.

Abstract: The configuration of the constitutional text around the person and the development of its personality, whose service the public authorities are placed, affects the understanding of the public employee who by being it does not stop being person like any other and, consequently, also has the recognition of the fundamental rights. Becoming, thus, the consideration of the civil employee like a servant of the State and his identification with the same State that put under to him a regime of special subjection that justified the limitation of its liberties. Nowadays, the expansive force of the fundamental rights has surpassed this conception when considering the civil employee like any other citizen more. From this exposition, I have studied a basic right for the person like the freedom of

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I+D SEJ 2006-08623/JÚRI financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

conscience; intimately tie with the dignity, in the scope of the public employment with the intention of delimiting the exercise of this right and, in case of conflict, with the public function that evolves to establish the solution criteria.

Palabras Clave: empleo público, libertad de conciencia, objeción de conciencia, signos de identidad religiosa.

Keywords: public employment, freedom of conscience, conscientious objection, signs of religious identity.

Sumario: 1. Introducción. 2. Constitución y empleo público en España. 3. Derechos fundamentales y función pública. 4. El derecho de libertad de conciencia y la objeción de conciencia en el empleo público. 4.1. El derecho de libertad de conciencia. 4.2. La objeción de conciencia. 5. Manifestaciones de la libertad de conciencia en la función pública. 5.1. El juramento o promesa en la toma de posesión. 5.2. Fuerzas armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado. 6. Utilización de signos de identidad religiosa en el empleo público. 7. La objeción de conciencia en el empleo público. 8. Síntesis conclusiva.

1. INTRODUCCIÓN.

Es un hecho incontestable que la sociedad en la que vivimos está cambiando de forma vertiginosa. Cada vez es menos homogénea. La diversidad de códigos de valor fruto del ejercicio de la libertad de las personas, valor supremo garantizado en el artículo 1 de la Constitución, se proyecta en diversos ámbitos de la vida de las personas, el privado, el laboral, sexual...planteando, en no pocas ocasiones, conflictos que requieren la elaboración de depurados criterios de solución.

Hay acuerdo en la doctrina en sostener que los derechos fundamentales en cuanto eje vertebrador del Estado Constitucional se reconocen a todas las personas cualquiera que sea su situación. De ahí se deriva que el personal al servicio de las instituciones y Administración del Estado también goza de estos derechos. Superándose de este modo, en gran medida, la teoría de las relaciones especiales de sujeción. aunque como tendremos ocasión de comprobar determinadas limitaciones a los

derechos fundamentales de determinados funcionarios sólo se explican por la pervivencia, en parte, de dicha teoría.

Es precisamente en el ámbito del empleo público en el que quiero plantear los conflictos que pueden derivar del ejercicio de la libertad de conciencia, entre ellos la utilización de signos de identidad religiosa. Los cambios que en la sociedad se están produciendo como consecuencia, fundamentalmente, de las migraciones, pero también de los avances en tecnología y la pluralidad de códigos de valor que surgen y se desarrollan al amparo de un texto constitucional que propugna como valor supremo la libertad anuncia que no tardaremos mucho en tener que resolver problemas como en qué casos un funcionario puede ejercitar su libertad de conciencia como cualquier otro ciudadano y en qué casos el ejercicio de una función pública puede limitar el ejercicio de la libertad religiosa de los empleados públicos.

La aproximación a este tema exige con carácter previo aclarar algunas cuestiones esenciales que permitan acotar y comprender en su globalidad el ámbito en el que nos movemos. La primera afirmación que nos parece importante hacer es la de determinar cuál es la relación jurídica entre el empleado público y la Administración, hasta dónde esta relación puede limitar sus derechos. En esta tarea tendremos que tener en cuenta el concepto de Estado vigente dado que esta relación no ha sido siempre la misma en España, los cambios se han producido con el cambio del modelo de Estado. Es imprescindible, asimismo, deslindar los distintos tipos de empleo público que existen, así como su correspondiente función ya que la solución a cada caso puede requerir respuestas diferentes.

He distinguido dos situaciones: la del ejercicio legítimo de la libertad de conciencia y la de la objeción de conciencia. La primera nos permite delimitar el ejercicio de la libertad de conciencia en el ámbito del empleo público. La segunda de las situaciones, más compleja, incide en la función que desempeña el funcionario y, en consecuencia, afecta a los administrados, me refiero a aquellos supuestos en que el empleado público se niega,

en ocasiones puntuales, a cumplir con la función asignada por razón del puesto que ocupa por razones de conciencia.

De gran ayuda en el tratamiento de este tema, dada la ausencia, hasta el momento, de conflictos en nuestro Derecho, será acudir al derecho de otros países europeos con experiencia y elaborados criterios de solución. Si bien hay que tener presente las diferencias que existen entre España y los demás países. Cada uno está vinculado a su historia y no siempre el modelo que nos ofrecen es un modelo moderno adaptado a los cambios sociales y a los cambios que las instituciones del Estado van experimentado.

2. CONSTITUCIÓN Y EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA.

Tradicionalmente se entiende por función pública² en sentido amplio el conjunto organizativo compuesto por las instituciones públicas y de forma particular las Administraciones públicas. Las personas encargadas de hacer funcionar este engranaje institucional se agrupan en categorías muy diversas. Dejando a un lado las tareas públicas de carácter político asignadas a quienes han sido elegidos directa o indirectamente por los ciudadanos, me centraré en aquella parte del personal, la mayoría, que trabaja al servicio de las instituciones o Administraciones públicas en el ejercicio de su profesión u oficio. Este colectivo conforma lo que se conoce con el nombre de empleo público. Así pues, "en el empleo público se integran

² En España existe un sistema mixto de función pública en el que coexisten elementos del modelo francés de Cuerpos y anglosajón basado en los puestos de trabajo y de las tareas concretas a desempeñar. Este sistema diseñado por la Ley de Bases de 20 de julio de 1963, desarrollada por un texto articulado aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964 (Ley de Funcionarios civiles del Estado) se mantiene por la reforma que realiza la Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública que consagra un sistema global de empleo público mixto en el que coexisten funcionarios y trabajadores aunque con un predominio de los primeros y en el que se realiza una profunda laboralización del régimen de funcionarios públicos cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., en Principios de Derecho Administrativo, Volumen I 3ª ed., ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid 2000 p. 676.

también otras personas, con vínculo normalmente funcional, que desempeñan sus funciones profesionales al servicio de órganos públicos, previstos en la Constitución o en los estatutos de Autonomía, que no forman parte de la Administración pública en sentido estricto. Es el caso de los funcionarios y otros empleados de las Cortes Generales, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas e instituciones análogas a estas dos últimas existentes en las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial y de la Administración de Justicia. Por último, se integran también ciertos funcionarios públicos que no forman parte de la organización administrativa, sino que actúan a la manera de profesionales libres, recibiendo sus retribuciones no de los presupuestos públicos sino de los ciudadanos que requieren sus servicios, son los Notarios y los Registradores de la propiedad y Mercantiles"³. Esta diversidad de situaciones ofrece un mapa del empleo público enormemente heterogéneo que exige ir separando los diversos tipos de situaciones para analizar el problema que nos ocupa. Pero antes de proceder a la necesaria clasificación y diversificación de situaciones con el objeto de elegir aquellas que interesan al objeto de este estudio me referiré a las bases constitucionales del empleo público aplicables a todas las situaciones.

De la lectura del artículo 103.1 y 3 de la CE se desprende que "el estatuto de los funcionarios públicos" debe ser regulado por ley, precisando el texto constitucional los requisitos que inciden en el modo de acceso y en el desempeño de la función.

En lo que se refiere al acceso se establece que debe regirse por los principios de mérito y capacidad, afirmación que también se encuentra en el artículo 23.2 de la CE en el que se garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. La lectura conjunta de las citadas normas permite afirmar

³ SANCHEZ MORÓN, M., Derecho de la función pública, 4ªed, ed. Tecnos, Madrid 2004, p.76.

que "la legislación reguladora de la función pública debe regular las garantías de acceso de los ciudadanos a los cargos y empleos públicos en condiciones de igualdad y sobre la base de los criterios de mérito y capacidad, tanto si se trata de empleos reservados a funcionarios como si pueden ser ocupados por personal contratado"⁴. Hay que destacar que quienes acceden a las funciones públicas son ciudadanos y, en consecuencia, poseedores de derechos fundamentales. La vinculación que el artículo 23 de la CE realiza entre ciudadanos y función pública aporta un soporte normativo constitucional que apoya la afirmación de que los funcionarios en cuanto ciudadanos gozan de derechos fundamentales perdiendo, así, vigencia la teoría de la relación especial de sujeción.

Lo cual no quiere decir que el ejercicio de los derechos fundamentales de los funcionarios no pueda sujetarse a peculiaridades en su ejercicio y, en ocasiones, no pueda limitarse en atención a la función que se desempeña. Así, el artículo 103.3 reconoce el peculiar ejercicio del derecho de sindicación que deberá ser regulado por ley.

La función que realizan los funcionarios está sujeta a las siguientes características: 1. servir con objetividad los intereses generales, 2. actuar con imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (artículo 103.1.3.)

Así pues, el contenido de la función pública según se desprende de las garantías establecidas por los artículos 103.3 y 23.2 de la CE debe ser entendido en atención a la función que se desempeña y no a la naturaleza del vínculo jurídico que se establece entre el empleado y la administración⁵. Dicho de otra forma con independencia de que el vínculo jurídico sea funcional o contractual los requisitos de acceso a la función pública y desempeño en las tareas asignadas deben ser los mismos.

⁴ *Ibidem* p. 64.

⁵ *Loc. ult. cit.*

Las características particulares del régimen jurídico especial de la función pública presentes no sólo en el empleo público que tiene por soporte un contrato laboral sino también en la relación funcional son de derecho público: legalidad, igualdad, imparcialidad e interdicción de arbitrariedad etc...y no sólo las de eficacia, eficiencia y productividad propias de la empresa privada. Estos elementos de derecho público que tiñen las relaciones de la Administración con sus empleados están presentes en los procesos de selección y en los deberes que derivan del acceso al puesto de trabajo o de la función encomendada⁶.

Los requisitos exigidos por las normas citadas han sido concretados por la doctrina jurisprudencial del siguiente modo⁷:"

1. los requisitos que la Administración establezca deben contener referencias abstractas y generalizadas, quedando excluidas aquellas referencias individualizadas que puedan excluir de forma directa o indirecta a determinadas personas (SSTC 42/1981, 50/1986, 18/1987, 67/1989, 47/1990, 27/1991, 23/1998, 48/1998). 2. Deben guardar relación directa con los criterios de mérito y capacidad y no con otras condiciones personales o sociales, como la residencia o el lugar donde adquirió el título requerido (SSTC 42/1981, 148/1986, 193/1987, 206/1988, 215/1991. También la STS 7 de noviembre de 1994). 3. Tener una justificación objetiva y razonable en conexión con las funciones a desempeñar, en términos absolutos y relativos (SSTC 75/1983, 76/1986, 15/1988, 198/1989 etc)".

De estos requisitos consolidados por la jurisprudencia se desprende que la selección debe ser realizada en atención a la función que se desempeña. La capacidad y el mérito determinan la competencia para desempeñar la función del puesto al que se pretende acceder.

De modo que quedan fuera de la valoración cualidades personales que no afecten a la función siendo discriminatorios los

⁶ *Ibidem* p. 23.

⁷ *Ibidem* p. 131.

requisitos que supongan discriminación por razón de nacimiento, sexo (STC 216/1991, de 14 de diciembre) raza, vecindad, creencias u opiniones personales y la pertenencia o no a partidos, sindicatos u otras asociaciones ya que ninguna de estas situaciones incide en el mérito y la capacidad⁸, asimismo, serían discriminatorios aquellos requisitos que tuvieran en cuenta las creencias religiosas.

Si tenemos en cuenta que las características de la función que realizan los funcionarios, servir con objetividad los intereses generales y actuar con imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, se puede afirmar que el ejercicio de los derechos fundamentales del funcionario vendrá delimitado por las características de la función.

Queda superada, de este modo, en gran medida la teoría de las relaciones de sujeción especial, elaborada por la doctrina alemana, cuya aplicación en España ha sido escasa pero cuya vigencia todavía se sostiene por la doctrina. Esta concepción partía, según un esquema clásico, de la distinción entre Estado y la sociedad, y la consiguiente distinción entre funcionarios y trabajadores pertenecientes a esferas distintas y sometidos a regímenes jurídicos diversos. La citada teoría concebía al funcionario como un servidor del Estado, identificado con él, de ahí derivaba un incremento de deberes funcionales y una limitación de derechos que en ocasiones se traducían en su negación⁹.

⁸ Loc.ult.cit.

⁹ *Ibidem* pp. 61 y 62. Una explicación del origen y desarrollo de la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción y su penetración en España se encuentra en LÓPEZ BENITEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Ed. Civitas, Madrid 1992, pp.45 a 157.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y FUNCIÓN PÚBLICA.

La vertebración del texto constitucional en torno a la persona y el desarrollo de su personalidad a cuyo servicio se colocan los poderes públicos incide en la comprensión del funcionario que por serlo no deja de ser persona como cualquier otra y, en consecuencia, goza también del reconocimiento de los derechos fundamentales¹⁰. Con anterioridad, la consideración del funcionario como un servidor del Estado y su identificación con el Estado mismo le sometía a un régimen de sujeción especial que justificaba la limitación de sus libertades¹¹. Hoy en día la fuerza expansiva de los derechos fundamentales ha superado esta concepción transformando su situación al considerar al funcionario como cualquier ciudadano más.

Esto quiere decir que la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la CE para limitar los derechos fundamentales se extiende también a los derechos de los funcionarios, no pudiendo la Administración apelar a la relación de sujeción especial para limitar a través de los reglamentos independientes las libertades y no sólo las fundamentales de los funcionarios¹². Sin embargo, en

¹⁰ Vid. SANCHEZ MORÓN, M., op. cit. p.227; también LOPEZ BENITEZ, M., en op.cit., p.446, en relación con los militares SERRANO ALBERCA, J.M., La protección de las libertades públicas del militar, en Revista de Administración Pública, núm. 103, 1984, pp. 47-87; GUAITA MARTORELL, A., Los derechos fundamentales de los militares, en Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, ed Civitas, Madrid 1989, pp. 577-589 esp. p. 582.

¹¹ SANCHEZ MORÓN, op. cit. p. 227.

¹² En este sentido GARCIA DE ENTERRIA, E., Curso de Derecho Administrativo 5ª ed. Madrid 1989 pp. 216-217; en la misma dirección se pronuncia SANTAMARIA PASTOR, J.A., en Principios de Derecho Administrativo, Vol. I 3ªed, ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid 2000, pp. 93 y 94, el citado autor sostiene que "el régimen de vinculación positiva o de previo apoderamiento legal afecta a todas las actuaciones de la Administración de eficacia ablatoria; esto es, que inciden en cualquier situación jurídica de los sujetos(privados o públicos) en forma limitativa o extintiva; en las restantes, la regla general es la de la vinculación negativa" esta última se refiere a aquellas materias respecto de las que la Administración puede regular sin necesidad de ley previa. LÓPEZ BENITEZ, M.,op. cit. p.330.

relación con aquellas actuaciones que no limiten derechos la Administración tiene potestad normativa a través de los reglamentos independientes de regular aquellos ámbitos para los que no necesita autorización legal ya que tienen que ver con su capacidad de organizar los servicios que dirige, comprendiéndose aquí tanto "los aspectos organizativos propiamente tales y aun los que derivativamente cabe incluir en este sector, como son las denominadas relaciones de supremacía o de sujeción especial...estas relaciones pueden caracterizarse como de funcionamiento o instrumentales..."¹³

Pero la delimitación de un derecho fundamental no siempre es fácil. En muchas ocasiones muy probablemente la Administración se encontrará con que la organización de los servicios y las relaciones de funcionamiento inciden en algún tipo de manifestación de algún derecho fundamental. Así por ejemplo, en la determinación de horarios de trabajo y días de descanso o en la utilización de signos de identidad, en este último caso de forma especial en los cuerpos uniformados. En estas ocasiones, la delimitación del ámbito de ejercicio del derecho fundamental deberá determinarse teniendo en cuenta el fin típico de la función que se desempeña¹⁴, y en todo caso las limitaciones de los derechos incluso en este ámbito estarán sujetas a la reserva de ley¹⁵. Una muestra de esta afirmación se encuentra en las normas que regulan uno de los supuestos tradicionales de relación de sujeción especial como es el ejército, así en la Ley Orgánica 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, pues bien, la Disposición final tercera recoge un mandato legislativo dirigido al Gobierno para que en el plazo de tres meses remita al Congreso

¹³ STS de 27 de marzo de 1985 F.J. 2.

¹⁴ LÓPEZ BENITEZ, M., op. cit. p. 342.

¹⁵ En sentido contrario entiende LÓPEZ BENITEZ, M., op. cit. p. 343 que "Si las medidas que tratan de imponerse se atemperan y adecuan al fin de la relación y limitan su eficacia al estricto ámbito de ésta, no será necesaria ninguna autorización legal para que se impongan tales restricciones. La Administración se mueve, en estos casos, dentro de su propio ámbito doméstico, y en él encuentra el título necesario para imponer tales limitaciones."

de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales. Esta norma separa el ámbito de organización y el de los derechos fundamentales, estableciendo, asimismo, en el artículo 20.1 que "Mediante ley, de acuerdo con la Constitución, se establecerán las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando militar."

Establecidos los parámetros en que, con carácter general, deben delimitarse el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la función pública. Se trata ahora de reducir el ámbito de estudio a uno de los derechos fundamentales el derecho reconocido en el art. 16.1 de la CE.¹⁶

El ejercicio de este derecho, al igual que ocurre con los demás derechos fundamentales puede ser modulado en atención a la tarea que desempeñe el funcionario, Así pues, las limitaciones deberán ser establecidas por la ley y deben venir determinadas no por sus condiciones personales sino en función de las necesidades del servicio público, de las exigencias de imparcialidad, eficacia y jerarquía (art. 103.1 y 3 CE) y de otros principios y preceptos constitucionales. Ahora bien estas limitaciones no afectan por igual a todos los empleados públicos habrán de determinarse teniendo en cuenta la función que desempeñan y la posición que ocupan en la Administración. En todo caso no hay que olvidar que siempre debe hacerse la interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, de modo que las normas que los limitan deben interpretarse restrictivamente.

He seleccionado una serie de supuestos que me permiten delimitar el ámbito de ejercicio del derecho de libertad de conciencia que no debería ser limitado por ninguna norma cualquiera que sea su rango, asimismo, me referiré a los supuestos que entrarían dentro de lo que se conoce como objeción de conciencia con el objetivo de verificar si en estos momentos

¹⁶ Ha considerado este derecho entre los que no se pueden limitar LOPEZ BENITEZ, M., en op.cit, pp. 448 y ss.

cabe la objeción de conciencia en el empleo público y en que supuestos.

4. EL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO.

4. 1. EL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA.

Cualquiera que sea la posición que se adopte respecto a si existe en el artículo 16.1 de la CE uno o más derechos¹⁷, hay que decir que el ámbito de protección al que se extiende esta norma no puede ser distinto tanto si hablamos de derechos distintos como de modalidades del mismo derecho. Las diferencias, en el caso en que las haya, vendrán determinadas por las exigencias de los derechos o modalidades ante las que estemos. De forma que en lo que se refiere a la determinación del contenido las diferencias entre unas y otras posiciones no deberían ser demasiadas, salvo que se utilice la teoría de la existencia de varios derechos para acentuar la existencia de un derecho especial y diferenciado el de la libertad religiosa, en ocasiones, más allá de lo necesario.

Partiendo de la posición que sostiene la existencia de un único derecho se puede afirmar que forma parte del ámbito de protección de este derecho el pensamiento, que vendría a ser la modalidad más genérica, las ideas, creencias, los sentimientos, elementos todos ellos a partir de los que se forman la ideología, la religión y la libertad de conciencia como núcleo duro en el que se encuentran las convicciones, esto es, las ideas, creencias y sentimientos profundamente arraigados en la persona. De modo que el contenido de ese derecho debe proteger de forma igual

¹⁷ Sobre este punto se puede ver más ampliamente CASTRO JOVER, A., en Libertad de conciencia y laicidad positiva en la Constitución Española de 1978 y legislación de desarrollo, en Constitución y Democracia. 25 años de constitución Democrática en España, Vol. I, Ed. Miguel A. García Herrera, Bilbao 2005, pp. 277-307, esp. pp. 278 a 288.

(igualdad formal y material) las distintas modalidades en que se manifiesta, reconociendo las diferencias allí donde se encuentren.

De las distintas modalidades del derecho reconocido en el artículo 16.1 de la CE he elegido la libertad de conciencia como perspectiva desde la que analizar los problemas que se plantean o pueden plantearse en el ámbito de la función pública. Distinguiré entre el concepto de conciencia, el derecho de libertad de conciencia y su contenido.

a) El concepto de conciencia.

La primera construcción doctrinal que existe en España del concepto de libertad de conciencia es la de Llamazares¹⁸, este autor parte de una comprensión de la libertad de conciencia en sentido amplio, en la medida que esta definición comprende los pensamientos, ideas y creencias, define la conciencia¹⁹ como "... la capacidad o facultad para percibir (o la percepción misma) la propia esencia como persona y como radical libertad, para sentirse uno mismo (vivencia de la propia identidad); para percibirse como distinto de "lo otro" y de "los otros", como sujeto único al que han de referirse todos los cambios, transformaciones y acciones (lo que hace y lo que le pasa o acontece), dando así unidad a la propia historia". Implícitamente contenida en esta definición está la conciencia ética.

De esta definición de conciencia son de destacar los siguientes aspectos: en primer lugar, la capacidad o facultad del sujeto para percibirse o la percepción misma como persona, de esta afirmación se desprende que la libertad de conciencia se podría predicar de toda persona por el simple hecho de tener la capacidad de percibirse aunque no la ejercitara. Esa percepción de uno mismo y su diferencia con todo lo demás es lo que marca sus signos de identidad. La libertad de conciencia se confunde con la identidad de la persona singular²⁰. En segundo lugar, así

¹⁸ LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en Derecho de la libertad de conciencia, Vol. I. 2ª ed, ed. Civitas, Madrid 2002.

¹⁹ *Ibidem* p.17.

²⁰ *Ibidem* pp. 23 y 31.

entendida la conciencia está íntimamente vinculada con las convicciones que forman parte del núcleo de nuestra cosmovisión y de la comprensión de nuestra identidad²¹. En tercer lugar, se desprende de esta definición que la coherencia de nuestro comportamiento con nuestra identidad se convierte, así, en norma de su conducta (ética autónoma)²². De esta forma, se puede decir que esta manera de entender la libertad de conciencia es amplia si atendemos al proceso, puesto comprende los pensamientos, ideas, creencias y sentimientos y al mismo tiempo es restringido en cuanto al objetivo que se consigue: la determinación de las convicciones que nos identifican y nos hacen diferentes.

Sobre la base de esta construcción se ha matizado, unas veces, el alcance de su significado, otras veces, se han aportado elementos nuevos en su configuración²³. La conciencia, se ha dicho, supone un proceso de reconocimiento de carácter reflexivo a través del que el individuo descubre los rasgos que considera parte indispensable de su propia identidad. Frente a este proceso el derecho debe asumir dos funciones: por un lado, tutelar los elementos constitutivos de la identidad personal, aún con independencia de que estos elementos se hayan formado en nosotros al margen de nuestra voluntad; por otro, garantizar la existencia del pluralismo moral y cultural, única condición de la libre formación de las convicciones en libertad, minimizando, de esta forma las limitaciones que tales singularidades pueden entrañar para el libre desarrollo de la personalidad²⁴.

El reconocimiento recae en sus atributos esenciales, en los rasgos de su identidad, en este sentido, la conciencia está configurada por las convicciones, con independencia de que estén

²¹ *Ibidem* p. 21, en p. 22 se refiere a los distintos niveles de la conciencia identificando conciencia con convicciones.

²² *Ibidem* p. 18.

²³ Un análisis pormenorizado de la definición de conciencia se encuentra en TARODO SORIA, S. *Libertad de conciencia. y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Servicio editorial de la UPV, Bilbao 2005, pp. 37 a 81.

²⁴ *Ibidem* pp. 68-69.

fundadas en motivos de carácter ético, que se distinguen por estar tan arraigadas en el sujeto que éste las siente y las vive como parte irrenunciable de su identidad²⁵, adecuando su vida y comportamiento a estas convicciones. De aquí se desprenden dos afirmaciones que interesa resaltar y es que no todo comportamiento se rige exclusivamente por normas de conducta de carácter ético, puede moverse también, por ejemplo, por motivos estéticos;²⁶ y, que el sentimiento de uno mismo es el elemento determinante del arraigo de las convicciones²⁷.

b) El derecho de libertad de conciencia.

Así entendida la conciencia se puede decir que la libertad de conciencia constituye el núcleo duro del derecho reconocido en el art. 16.1, con ello se quiere decir que en la conciencia se encuentran las ideas, creencias²⁸ y sentimientos²⁹ (elementos que también se encuentran en el pensamiento, la ideología y la religión) más profundamente arraigados en el sujeto y sólo los profundamente arraigados (las convicciones), desde esta comprensión de la libertad de conciencia se puede decir que es un derecho fundamental básico, ya que se encuentra en la base de los demás derechos fundamentales.

Sobre esta base conceptual se ha dicho³⁰ que la libertad de conciencia comprende el derecho a tener unas u otras convicciones que incluye el derecho a formar libremente la propia conciencia, a expresarlas, a comportarse de acuerdo con

²⁵ *Ibidem* p. 62.

²⁶ *Ibidem*, en pp. 47 y 48 explica la diferencia entre conciencia y conciencia ética.

²⁷ *Ibidem* pp. 55 a 59.

²⁸ Para LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en Derecho de la libertad de conciencia, Vol. I... cit. p. 21, las convicciones están formadas por las ideas y creencias inseparables de ellas.

²⁹ TARODO SORIA, S. Libertad de conciencia... cit. p. 55-59 añade los sentimientos como elemento a partir del que también se forma la conciencia, es más destaca este elemento como el decisivo en la conformación de las convicciones.

³⁰ LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en Derecho de la libertad de conciencia, Vol. I... cit. p. 22.

ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con las mismas.

En el primer nivel, la protección se extendería al ámbito interno de la persona garantizando que la formación de su pensamiento, ideas, creencias, opiniones, libertad ideológica, libertad religiosa, libertad de conciencia, se realizara en libertad. La formación de este ámbito interno se concreta en otros derechos reconocidos en la Constitución como el derecho a la educación cuyo objeto, según establece el art. 27.2 CE, es el pleno desarrollo de la persona... La educación se concibe como integral, no sólo transmisora de conocimientos sino también de valores, también en el ámbito formativo de la persona cabría incluir el derecho a la información, garantía de una opinión pública libre.

En el segundo nivel, la protección de este precepto comprendería la manifestación externa de las distintas modalidades allí comprendidas. Una concreción de la manifestación de las distintas modalidades del art. 16.1. encuentra en la libertad de expresión y la libertad de cátedra a las que se hace referencia en el art. 20.1. a y c.. El derecho reconocido a las personas físicas y jurídicas de crear centros docentes. El derecho de información.

En el tercer nivel, se protegería el comportamiento de acuerdo con la conciencia, este nivel supone la manifestación más radical de la conciencia, en este nivel la persona lleva sus convicciones hasta sus últimas consecuencias. Algunos supuestos se encuentran protegidos de forma expresa en la Constitución, así, los supuestos de la cláusula de conciencia (art. 20 1.d) CE) y la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30 CE).

La dimensión colectiva de este derecho se protege en el art. 22 CE en el que se reconoce el derecho de asociación. Pero cuando el fenómeno asociativo encuentra su base en una ideología (es el caso de los partidos políticos) o en una religión (confesiones religiosas) se somete a un régimen especial.

En definitiva, en la mayor parte de las ocasiones la dimensión interna (ámbitos de formación de la persona) y externa (manifestación y comportamiento) del derecho reconocido en el art. 16.1 encontrará una protección específica en otro derecho, pero su fundamento se encontrará en el 16.1.

4. 2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

En sentido estricto sólo se puede hablar de objeción de conciencia cuando el comportamiento de acuerdo con la conciencia colisiona con una norma jurídica cuyo incumplimiento lleva consigo una sanción legal de tipo penal o administrativo, es decir, sólo la llamada objeción de conciencia *contra legem* es auténtica objeción de conciencia. Así pues, la objeción de conciencia vendría a ser la manifestación más radical de la libertad de conciencia en cuanto que en ella el sujeto se dispone a enfrentarse a la norma (estatal o contractual) que le impide actuar en conciencia a pesar de las consecuencias que se deriven de ese comportamiento. La objeción de conciencia se distingue de la desobediencia civil en que, en el primer caso el sujeto pretende resolver un problema personal, en el segundo caso pretende con su actuación cambiar el sistema, (es el caso de la insumisión).

En sentido impropio, se habla también de objeción de conciencia en aquellos casos en que la ley ampara, como excepción, comportamientos que de otra forma serían sancionados. La doctrina ha denominado a este tipo de objeción, objeción *secundum legem*, sin embargo, en estos casos más que ante una verdadera objeción de conciencia estamos ante una modalidad de ejercicio del derecho de libertad que permite al sujeto con el fin de salvaguardar su conciencia optar por una forma distinta de cumplimiento del deber,³¹ solución que se

³¹En este sentido cfr. NAVARRO VALLS R.-MARTINEZ TORRON J. en *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*. Torino 1995 p.19-20. En estos casos entiende SOUTO PAZ, J.A. en *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*. 2ª ed. revisada Madrid 1993 p. 129 que "(...) cuando el derecho positivo reconoce y legitima un supuesto concreto de objeción

encuentra en consonancia con los valores que informan nuestro sistema normativo. Como ejemplo podríamos citar aquí la objeción de conciencia al servicio militar. Sin embargo, a pesar de que la Ley prevé vías que permiten evitar el conflicto de conciencia, éste se puede dar en aquellos casos en que se cuestione el deber general, por ej: la insumisión.

Así pues, la distinción entre libertad de conciencia y objeción de conciencia³² se puede resumir así:

La libertad de conciencia, entendida como la libertad de tener unas u otras convicciones, manifestarlas y comportarse de acuerdo con ellas encuentra su protección en el ordenamiento jurídico como núcleo duro del derecho reconocido en el art. 16.1. Goza, en consecuencia, de todas las garantías previstas por el ordenamiento para este tipo de derechos. En nuestra opinión quedarían incluidos aquí los supuestos denominados de objeción de conciencia "secundum legem". Es verdad que el legislador, en ocasiones, utiliza la acepción "derecho de objeción de conciencia", así lo hace cuando se refiere al servicio militar. Sin embargo, estos supuestos, en puridad, lo son de libertad de conciencia, ya que ha sido precisamente el respeto a la actuación en conciencia la razón y el fundamento de la exención al cumplimiento del deber.

de conciencia este supuesto deja de ser objeción de conciencia -desaparece el conflicto entre conciencia y ley- para convertirse en un deber alternativo". En el mismo sentido se manifiesta GONZALEZ DEL VALLE, J.M^a. en Derecho Eclesiástico español, 4^a ed. Oviedo 1997 p. 350. También GARCIA HERRERA, M.A. en La objeción de conciencia en materia de aborto, Vitoria 1991 p. 31 sostiene que "Cuando se puede decidir en cada caso la aceptación o no del mandato externo, difícilmente se llegará a producir ninguna violencia sobre la conciencia del individuo pues basta simplemente que se acoja a una de las posibilidades que están a su alcance".

³² Una mayor profundidad se encuentra en CASTRO JOVER, A., en La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española, en La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional ed. Martínez-Torrón, J., ed. Comares Granada 1998, pp. 134-186.

El concepto de objeción de conciencia aquí propuesto lo es en "sentido propio", esto es, designa aquellos supuestos en que el sujeto se ve constreñido a actuar en contra de su conciencia por la existencia de una norma imperativa que no prevé la excepción para esos supuestos.

5. MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.

5. 1. EL JURAMENTO O PROMESA EN LA TOMA DE POSESIÓN.

El acceso a la función pública culmina con el acto de nombramiento y toma de posesión que comienza con la invocación de una fórmula de origen confesional, adaptada al marco constitucional, en la que se respetan las creencias o no creencias. Así, en el RD 707/1979 de 5 de abril se establece que en el acto de toma de posesión de cargos o funciones públicas quien haya de dar posesión formulará al designado la pregunta del siguiente modo:

"¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo.... con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado?"

La fórmula utilizada vincula el juramento, a través del que se pone a Dios por testigo del compromiso de cumplir con las obligaciones que deriven del cargo, con la conciencia. La promesa es la manifestación de voluntad en la que de forma solemne, en este caso, se compromete a cumplir las obligaciones asumidas y se vincula con el honor, que define el diccionario de la real academia como "la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos".

En el ámbito militar la fórmula del juramento o promesa adquiere un valor jurídico reforzado al configurarse como un deber y requisito previo e indispensable para adquirir la

condición de militar de carrera, de complemento y militar profesional de tropa o marinería³³.

Con la utilización de estas fórmulas se pretende obtener de la persona una garantía más allá de las contenidas en las leyes de que cumplirá las obligaciones que conlleva las funciones derivadas del cargo o puesto al que accede vinculando esta manifestación de voluntad con su conciencia ética como una dimensión de la libertad de conciencia³⁴, sea esta religiosa o no, de modo que si lo incumpliera estaría poniendo en entredicho los aspectos más valiosos de su persona. Sin embargo, este intento de comprometer la dimensión ética de la persona en el cumplimiento de las obligaciones que derivan de su función, es de imposible sanción en caso de incumplimiento por el ordenamiento estatal. Al incumplimiento de estas obligaciones el Estado puede imponer sanciones disciplinarias o penales pero de ninguna manera sanciones morales. Es más cabe incluso en un marco jurídico como el vigente que el empleado público se encuentre en el cumplimiento de sus obligaciones con un dilema moral al estar en contra de sus valores el cumplimiento de sus obligaciones y que ante este tipo de situaciones el Estado deba crear las condiciones que permitan la actuación conforme a la conciencia siempre que se garanticen los derechos de terceros, un ejemplo lo podemos encontrar en la objeción de conciencia al aborto planteada por gran parte del personal sanitario que atiende el servicio de ginecología en los centros públicos, pues bien, en estos casos, con

³³ Artículo 3 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del régimen del personal de las Fuerzas Armadas

³⁴ La distinción entre conciencia y conciencia ética como una dimensión de aquella ha sido explicada por TARODO SORIA, S., en *Libertad de conciencia ...cit.*, pp.45 a 52. "El objeto de protección jurídica de la conciencia son las convicciones personales con independencia de que estén fundamentadas en motivos de carácter ético o en otro tipo de motivos que no sean, estrictamente hablando, de carácter moral" p. 47. Por conciencia ética entiende la ética individual en cuanto "...reflexión que tiene lugar en el seno íntimo del individuo y está orientada a la búsqueda del fundamento de la actuación moral. En este sentido ética es sinónimo de moral crítica", p. 49.

el fin de preservar la libertad de conciencia del personal sanitario y al mismo tiempo garantizar el ejercicio del derecho al aborto en los términos establecidos por la ley, se desvía este tipo de prestación médica a las clínicas privadas, soportando el Estado el coste de esta prestación³⁵.

Extender el alcance del compromiso que se adquiere al ámbito moral sólo se entiende como un residuo de la confesionalidad precedente que en ese contexto garantizaba la adhesión del funcionario no sólo a los principios políticos sino también religiosos del régimen. Un Estado laico no debería utilizar fórmulas que extiendan el compromiso que se pide a la persona que accede a un puesto al ámbito religioso y moral de la misma. Este debe ser un ámbito de libertad en el que el Estado no debe entrar, su deber es el de respetar y garantizar el libre ejercicio de la libertad de conciencia con los límites establecidos en la ley.

5. 2. FUERZAS ARMADAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO.

Uno de los ámbitos de empleo público donde se pueden plantear más problemas en el ejercicio de la libertad de conciencia es en las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Estos problemas tienen su origen en una doble causa: en primer lugar por el tradicional fervor religioso de los cuerpos del ejército manifestado en la patrona y las ceremonias religiosas en las que participan como tales cuerpos y en segundo lugar por ser cuerpos uniformados. En el primer caso se plantean dos cuestiones, una la de si como tal cuerpo puede profesar fervor religioso a una patrona en un Estado laico y segunda el respeto de la libertad religiosa de las personas individuales que forman parte del ejército conduce a no obligarles a formar parte de las manifestaciones religiosas del ejército. En el segundo caso el

³⁵ Vid. artículo 8 del Real Decreto 2409/1986 de 21 de noviembre.

problema que se plantea es el de si la exigencia de uniformidad impide la utilización de signos de identidad de la persona.

a) Libertad religiosa, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Las Fuerzas Armadas forman parte de los cuerpos de seguridad del Estado. Como cuerpo del Estado debe ser un reflejo de lo establecido en el art. 16.3, esto es debe ser laico y ello supone la separación del Estado de las confesiones religiosas que se muestra en que las funciones religiosas no se articulen estructuralmente como servicios prestados por órganos integrados en el organigrama del Ministerio de Defensa y en sus actuaciones deben ser neutrales ante el fenómeno religioso, en su vertiente negativa ello supone que no deben participar como tal cuerpo en ceremonias religiosas porque esta actuación supondría una confusión entre el Estado y la Iglesia y en su vertiente positiva deben intervenir para remover los obstáculos que impidan y crear las condiciones que permitan el ejercicio de la libertad religiosa.

Pues bien, en las distintas disposiciones normativas que rigen en el ámbito militar se recoge que el ejército tributa honores al Santísimo Sacramento, asiste a la Santa Misa y participa en celebraciones de carácter religioso³⁶. Admitiéndose que las ceremonias militares puedan ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan.

La vigencia de estas normas pone de relieve que la secularización no ha llegado a las Fuerzas Armadas y sólo se entiende por el hecho de mantener tradiciones fuertemente arraigadas cuya erradicación podría crear un malestar no deseable.

No obstante lo cual los mandos militares deben garantizar el respeto y la protección de la libertad religiosa de los subordinados, así como facilitar el cumplimiento de los deberes

³⁶ Artículos 2, 3,59 y 60 del Real Decreto 834/1984 por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares.

religiosos³⁷. Este compromiso se recoge en los Acuerdos firmados con las minorías religiosas (artículo 8 de los respectivos Acuerdos) en el que después de reconocer el derecho de los militares que pertenezcan a las confesiones minoritarias que han firmado acuerdo a participar en las actividades religiosas y ritos propios de las confesiones a las que pertenecen en los días y horas de precepto de las distintas confesiones, recoge el compromiso de la autoridad competente a dar la autorización y procurar que sean compatibles con las necesidades del servicio facilitando los lugares y los medios adecuados para su desarrollo.

La participación del ejército como tal en actos religiosos exige extremar las garantías de que no se obligará a participar en dichos actos a aquellas personas que no sean creyentes o profesen otras religiones, dispensándoles de asistir al acto religioso³⁸

Es precisamente en la participación del ejército o fuerzas de seguridad en actos religiosos y en el hecho de no respetar la voluntariedad a la asistencia por parte de los subordinados donde se han planteado los conflictos. Las cuestiones a analizar aquí son dos: 1. La libertad religiosa de los militares profesionales o policías y 2. La profesión por parte de las fuerzas de seguridad del Estado de sentimientos religiosos que se traducen en la devoción del cuerpo a una Virgen o la participación como hermano en una cofradía.

En relación con la primera de las cuestiones el Tribunal Constitucional se ha manifestado de forma clara sosteniendo que "el derecho de libertad religiosa en su vertiente negativa garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea

³⁷ Artículo 150 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas; artículos 234 y 235 del Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra; artículos 289 y 290 del Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire; artículos 432 y 433 del Real Decreto 3024/1984, de 23 de mayo por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Armada.

³⁸ Artículo 423 del Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra.

tomar o no parte en actos de esta naturaleza."³⁹ y reconociendo "el derecho a no participar, si ese es su deseo, en actos de contenido religioso"⁴⁰.

En lo que se refiere a la segunda cuestión, se advierte una evolución en la posición del Tribunal Constitucional. Así en la sentencia de 1996 afirma, bien es verdad que "obiter dicta" que "el artículo 16.3 no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza". En la sentencia de 2004 se responde a la petición de nulidad del vínculo que une al Cuerpo Nacional de Policía con la Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús El Rico de Málaga diciendo que el vínculo se ha establecido de acuerdo con el derecho canónico y esta disposición no es imputable a un poder público "por lo que nada puede pretenderse contra ella a través de un recurso de amparo (art. 41.2 LOTC), independientemente de que el eventual acto de aceptación pueda ser impugnado en la vía procedente", hay que señalar que, en esta ocasión, lo afirmado por el Tribunal Constitucional forma parte de la "ratio decidendi"

Así pues, al considerar que el acto de aceptación del Cuerpo de formar parte de la Cofradía es susceptible de impugnación, deja abierta la posibilidad de considerar este acto contrario al principio de separación entre el Estado y las confesiones que propugna el 16. 3. Esta afirmación es objeto de un voto particular concurrente que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel en el que considera que se debería haber reiterado la posición sostenida en la anterior sentencia en lo que se refiere a que no es contraria al 16.3.

b) Uniforme y derecho a la imagen.

La misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, según se establece en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades

³⁹ STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ.10.

⁴⁰ STC 101/2004, de 2 de junio, FJ 4.

Autónomas y de las Policías Locales, es la de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, de modo que todas sus funciones van dirigidas a este objetivo. Las sanciones previstas en la citada ley son una consecuencia del incumplimiento de las funciones asignadas.

Los mencionados cuerpos son cuerpos uniformados. El uniforme cumple la función de identificar a los agentes y responde al principio de seguridad. Sin embargo, es cuestionable que la exigencia de uniformidad pueda llevarse a la persona, obligándola a una determinada largura de pelo o a que se le prohiban determinados signos que sirvan para identificar sus creencias. La ocasión para reflexionar sobre estos temas nos la proporciona la STC 120/1996 de 8 de julio en dicha sentencia se conoce del siguiente supuesto de hecho: un agente de la Policía Local del Ayuntamiento de Fuengirola es sancionado por incumplir las normas de uniformidad establecidas en el Decreto núm 3460/1991, de 14 de noviembre de la Alcaldía de Fuengirola regulador de la uniformidad y del deber de saludo de la Policía Local, en el artículo 14 se dice que "el corte de pelo dejará ver la totalidad de los pabellones auditivos y no ocultará el cuello de la camisa, cazadora o prenda de abrigo" y que "el peinado del personal femenino no podrá impedir el que la cara esté completamente despejada o visible".

El recurrente considera lesionados varios de sus derechos entre ellos nos interesa destacar el de la propia imagen y la igualdad, al permitir a las mujeres llevar el pelo largo siendo de menor interés a los efectos de este estudio otros derechos alegados como el del honor, porque los comentarios realizados los interpreta el recurrente en el sentido de que cuestionan su hombría.

Es de interés el informe del Ministerio Fiscal en lo que se refiere a la vulneración del principio de legalidad por el acto que le sanciona por defecto de uniformidad. La falta de cobertura legal viene determinada, de un lado, por la falta de competencia del Alcalde para dictar normas de esta naturaleza y, por otro lado,

"la falta de cobertura viene dada por el propio contenido del Decreto de la Alcaldía. Tanto la Ley 1/1989, del Parlamento Andaluz, como el Decreto y orden citados, regulan los aspectos de uniformidad circunscritos a la vestimenta y distintivos, sin entrar en aspectos de imagen personal, que, en consecuencia, no parece puedan ser regulados desde esta perspectiva de la uniformidad, aunque tal vez si desde otras (higiene, etc.)".

Es relevante a mi modo de ver la distinción que el Ministerio Fiscal realiza entre uniformidad, concepto que circunscribe a la vestimenta y distintivos, e imagen personal. Esta distinción debería conducir su argumentación a sostener la vulneración del derecho a la imagen. Sin embargo, con posterioridad cuando se plantea si se ha vulnerado o no el derecho a la imagen, sostiene que "debe recordarse la jurisprudencia de este Tribunal relativa a que "no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula" (STC 170/1981). En suma: o bien ha existido infracción del principio de legalidad, o bien ha de entenderse que dichas normas entran dentro de la capacidad de autoorganización de la Administración Pública y de regulación de un aspecto del Estatuto de los Funcionarios". Afirmación que en los mismos términos encontramos en la delimitación del objeto del recurso de amparo realizada por el tribunal.

El Tribunal Constitucional delimita las alegaciones con relevancia constitucional a la vulneración del principio de legalidad por el acto que le sanciona por defecto de uniformidad y al principio de igualdad en su comparación con respecto a las funcionarias de la Policía de dicha localidad ya que "no se observa una razón justificativa de la diferencia normativa que supone el Decreto de la Alcaldía de Fuengirola, ya que como se ha indicado, la sanción no es por falta de higiene, sino por "incumplimiento de las normas de uniformidad" del Ayuntamiento, y las restricciones a la longitud del cabello

corresponderían en otro caso a (...) razones de operatividad y seguridad (haciendo desaparecer un medio que facilita la agresión de terceras personas)...". Considera el citado tribunal como subsidiaria del principio de legalidad y de igualdad la alegación de la vulneración del derecho al honor, intimidad y propia imagen, centrándose en el derecho a la imagen. Ya que según recuerda el propio tribunal "no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se imponga limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula"⁴¹. Así pues, sostiene que "o bien ha existido infracción del principio de legalidad, o bien ha de entenderse que dichas normas entran dentro de la capacidad de autoorganización de la Administración Pública y de regulación de un aspecto del Estatuto de los Funcionarios", reiterando, así, el argumento del Ministerio Fiscal.

Desde mi punto de vista esta afirmación necesita ser matizada. A estos efectos recuerdo, lo ya sostenido con anterioridad, la limitación de un derecho fundamental está sometida a reserva de ley. Esta limitación del derecho fundamental debe ser una exigencia de la función que se desempeña. De modo que de acuerdo con estos criterios la Administración no puede limitar derechos fundamentales a través de Reglamentos independientes que son los que desarrollan la facultad de autoorganización de la Administración. No se estaría respetando el principio de legalidad si esta limitación del derecho fundamental se hiciera a través de un reglamento independiente.

Considerado, así el derecho a la imagen como subsidiario del principio de legalidad e igualdad afirma el Tribunal Constitucional que "el vicio más radical que se imputa a la sanción leve impuesta (dos días de suspensión de funciones) el de legalidad. El comportamiento sancionado ("llevar el pelo más largo de lo correcto e incluso recogido habitualmente en forma de "coleta") no quedaría comprendido en el precepto sancionador (art. 8.6 del Real Decreto 884/1989); ..."incumplimiento de

⁴¹ STC 170/1981

normas de uniformidad..." añade "El principio de legalidad no somete al ordenamiento sancionador administrativo sólo a una reserva de ley, sino que conlleva igualmente una garantía de orden material y de alcance absoluto que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa".

El amparo se otorga por vulneración del principio de legalidad al no estar tipificado el comportamiento descrito. Así pues, si tenemos en cuenta la norma y la interpretación que realiza el tribunal hay que afirmar que el uniforme no comprende aspectos referentes a la imagen personal.

La falta de tipicidad es sostenida también en un supuesto semejante por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 7 de abril de 2000. En esta ocasión el sujeto sancionado era un ertzaintza el motivo llevaba el pelo largo y la norma aplicable "incumplimiento de normas de uniformidad o de apariencia personal, así como el descuido en el aseo".

6. LA UTILIZACIÓN DE SIGNOS DE IDENTIDAD RELIGIOSA EN EL EMPLEO PÚBLICO.

Hasta el momento no se han planteado en España problemas por el hecho de que los funcionarios utilicen signos de identidad religiosa. No es infrecuente, aunque cada vez menos, que un clérigo ostente la condición de funcionario sobre todo en el ámbito de la enseñanza tanto pública como privada, no universitaria como universitaria y que acuda al aula con signos que identifiquen su condición religiosa. No se sabe si se observaría con la misma naturalidad el hecho de que una persona perteneciente a la religión islámica o judía apareciera con signos de identidad de su religión. Este problema ya ha surgido en otros

países europeos y también en EE.UU.⁴². En este último país el problema de los signos de identidad religiosa se plantea en el ámbito del empleo público, en la escuela y en los cuerpos uniformados como el ejército y la policía.

Si este tipo de conflictos se planteara en España debería resolverse, desde mi punto de vista, del siguiente modo: Ante todo no debe olvidarse que la regla general es la de que hay un reconocimiento de los derechos fundamentales de los funcionarios. Estos derechos pueden ser limitados como todos los derechos aunque en este caso la limitación puede venir determinada también por la función que se desempeña. No olvidando este punto de partida debe procederse, después, a determinar los derechos y bienes en conflicto.

Así pues, de un lado, se encuentra la utilización de signos de identidad religiosa como una manifestación de la libertad religiosa. El signo religioso es un signo de pertenencia con el que la persona se identifica con el que vincula sus convicciones. La persona ejercita, así, dos derechos el de libertad religiosa y el derecho a la propia imagen que garantiza el art. 18 CE.

El art. 18 consagra un doble ámbito de protección: 1) defensa y protección frente a la reproducción y utilización por terceros, previa su captación, de la imagen de una persona sin su consentimiento y 2) libertad de la persona para elegir los elementos simbólicos o vestidos que integran su imagen externa⁴³. Me detendré en este último ámbito de protección de la

⁴² Un estudio más profundo se encuentra en CASTRO JOVER, A., La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de Estados Unidos, ed. Universidad Complutense de Madrid. Madrid 2005.

⁴³ LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en Derecho de la libertad de conciencia, Vol. II, 2ª ed, ed. Civitas, Madrid 2003, pp. 26 y 38 ha señalado que aunque la doctrina y la jurisprudencia se refieren siempre a la imagen en el primer sentido, porque a ese ámbito circunscribe la ley su protección, lo cierto es que este ámbito del derecho a la propia imagen es "...inseparable y tiene fundamento en el previo derecho a y sobre esa exterioridad, de manera que desde el punto de vista lingüístico el término imagen se refiere originariamente a ella y sólo derivadamente a su reproducción." . De esta afirmación se desprende que el art.

imagen por su vinculación con la libertad de conciencia⁴⁴ en la medida en que expresa signos con los que el individuo se identifica como tal individuo o como individuo que forma parte de un determinado grupo sea éste religioso o no⁴⁵.

Este derecho puede en determinadas circunstancias verse limitado cuando entra en conflicto con otros bienes o derechos. Elegiremos aquellos ámbitos en que entendemos se pueden producir conflictos a la vista de lo que nos muestra el derecho comparado.

En el ámbito de la escuela el supuesto de hecho más frecuente se plantea por la utilización del velo por profesoras pertenecientes a la religión musulmana. La primera cuestión que hay que abordar es la del acceso a la función pública, como hemos visto en el epígrafe correspondiente toda persona tiene derecho a acceder a una función pública en condiciones de igualdad atendiendo al mérito y a la capacidad y queda excluida

18.1 de la CE consagra el derecho a la imagen distinguiendo un doble ámbito de protección.

⁴⁴ La libertad de conciencia se encuentra implícitamente reconocida en el art. 16.1 de la CE. La construcción dogmática se debe a LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. I, ...cit., pp.21 y ss. El citado autor identifica conciencia con convicciones y sostiene que "...el derecho subjetivo individual de libertad de conciencia protege las siguientes facultades: a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho, a la libre formación de la conciencia, a mantener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas o a silenciarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas cuando se trata de auténticas convicciones". El ámbito del derecho a la imagen que aquí estudiamos se situaría en la última de las facultades indicadas. Sobre el concepto conciencia y el derecho de libertad de conciencia se puede consultar también TARODO SORIA, S., en *Libertad de conciencia...cit.*, el autor ha realizado en este trabajo un minucioso y detallado análisis del concepto de conciencia utilizando instrumentos conceptuales filosóficos y jurídicos que ha contribuido a enriquecer los estudios existentes sobre esta materia pp. 37a 93.

⁴⁵ El Tribunal Constitucional en sentencia 156/2001 de 2 de julio, ha sostenido que con el derecho a la imagen se protege la dimensión moral de la persona y con él se preserva también una esfera de libre determinación.

toda discriminación. En lo que se refiere al desempeño de su función, ésta debe regirse por los principios de objetividad e imparcialidad. Esto quiere decir que en el desempeño de su función no deben seguir un código de valor particular.

El TC ha delimitado el ejercicio de la libertad de cátedra en centros docentes públicos y privados del siguiente modo:

1. "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. Libertad de cátedra es, en ese sentido, incompatible con la existencia de una ciencia o doctrina oficiales"

2. La libertad de cátedra tiene también un amplio contenido positivo en el nivel superior de la enseñanza. Sin embargo, en los niveles inferiores ese contenido va disminuyendo al determinar la autoridad educativa tanto los contenidos mínimos de la enseñanza fijados por los planes de estudio, como el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor. Asimismo, se dice que "no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones", lo que supone "una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico". Esta exigencia "es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro" y una consecuencia de la neutralidad que debe guiar la actuación de las instituciones públicas y muy especialmente de los centros docentes.

De lo dicho por el TC se desprende, como no podía ser de otra manera, que la neutralidad se predica de la función que desempeña el empleado público y se concreta, en el ámbito de la educación no universitaria, en la renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico. Las manifestaciones individuales del derecho a la imagen que no trasciendan en la función no pueden limitarse tomando como fundamento la neutralidad que debe caracterizar a la Instituciones públicas. Dicho de otra manera "no puede adoctrinar" pero si puede, con carácter general, manifestar

sus convicciones a través de la palabra, imagen etc..., un límite a estas manifestaciones puede constituirlo la repercusión negativa que pueda tener en el alumnado, sin embargo, la repercusión negativa como potencial peligro no puede utilizarse para limitar un derecho⁴⁶.

Precisamente este ha sido el argumento utilizado en contra de la utilización de este signo, se ha dicho que podría producir efectos negativos en la educación de los menores fácilmente influenciables sin que se concreten esos efectos negativos, y sin que se pruebe que realmente se producen, basándose en un potencial peligro⁴⁷. Por el contrario, si tenemos en cuenta los valores y principios que deben regir la educación recogidos en el art. 2 b) la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio reguladora del derecho a la educación y reiterados en el art. 2.1. b) c) y e) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación nos damos cuenta que entre los fines que se deben perseguir con la actividad educativa se encuentra "la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia". La actividad educativa tiene entre sus fines no sólo el de enseñar sino también educar en los valores constitucionales. En este marco normativo me pregunto qué efecto tendría para el alumnado en formación que se impidiera a una profesora el uso de un signo ostentorio de la religión a la que pertenece siendo una buena profesional y ejerciendo su función docente con absoluto respeto de los derechos de los demás. En mi

⁴⁶ El Tribunal Constitucional en sentencia 46/2001 de 15 de febrero ha sostenido con respecto al orden público que "...no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad..." "...sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para "la seguridad, la salud, y la moralidad pública" tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa y de culto".

⁴⁷ En este sentido argumenta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de febrero de 2001 en el caso Dahlab v. Switzerland.

opinión, prohibir a las profesoras llevar signos de identidad ostentorios, transmite al alumnado que hay religiones buenas y malas y esa educación es contraria a los valores constitucionales por discriminatoria.

Si observamos lo que ocurre en nuestro entorno advertimos que se parte de un concepto de neutralidad que se diferencia en su aplicación del aquí utilizado. El país más radical en Europa es, sin duda, Francia⁴⁸ en donde la utilización del velo islámico por los agentes públicos se rige por los siguientes principios:

1. Los principios de libertad de conciencia, de laicidad del Estado y de neutralidad se aplican al conjunto de los servicios públicos. No hay lugar para establecer distinciones entre la escuela y otros servicios públicos o según las actividades o el estatuto del agente.

2. La libertad de conciencia de los agentes públicos les protege contra las discriminaciones, pero no les autoriza a manifestar sus creencias en el marco del servicio público.

3. El hecho de que un agente público lleve un signo destinado a marcar su pertenencia a una religión constituye una falta a sus obligaciones.⁴⁹

⁴⁸ La defensa de la laicidad guía las decisiones tomadas para prohibir la utilización a los alumnos de signos religiosos ostentorios en la escuela en el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 1989, en el Informe Stasi (elaborado por la *Commission de reflexion sur l'application du principe de Laïcité dans la République* el 11 de diciembre de 2003) y que se concretarán normativamente en la Ley nº 2004-228 de 15 de marzo de 2004 y la Circular que la desarrolla de 18 de mayo de 2004. Acerca de este problema MARGIOTTA-BROGLIO, F., en *Nuove dimensioni del fattore religioso nella Francia di Chirac. Crisi o rinnovamento dello Stato laico?*, en *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Anno LXXI (2004), n.281, pp. 57-62, esp. en p. 62. ha sostenido que una ley que prohibiese llevar signos o símbolos religiosos (tanto en una escuela privada como pública, laica o confesional) podría tener efectos negativos al ser instrumentalizado por grupos fundamentalistas que, por el momento, son marginales.

⁴⁹ Principios recordados por el Consejo de Estado en un dictamen de 3 de mayo de 2000, JO de 23 de junio de 2000. Una referencia se encuentra en PRELOT,

En aplicación de estos principios el Tribunal administrativo de París el 17 de octubre de 2002 considera válida una negativa a renovar el contrato de trabajo de una asistente social en un centro de acogida y de cuidados hospitalarios porque la trabajadora se había negado *d'enlever le voile qu'elle portait à la suite de plaintes formulées par certains patients (...) et en dépit des mises en garde réitérées de sa hiérarchie et des conseils amicaux de ses collègues de travail*. El Tribunal subraya que la prohibición de llevar signos religiosos *concerne tous les services publics et pas seulement celui de l'enseignement*, además, añade *que cette obligation trouve à s'appliquer avec une rigueur particulière dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance*.⁵⁰

Asimismo, el principio de neutralidad en la escuela se encuentra en la base de la promulgación de la ley nº 2004-228 de 15 de marzo de 2004, cuyo contenido se refiere expresamente a los alumnos. Dicha ley ha sido desarrollada por una Circular de 18 de mayo de 2004 en ella se establece en el punto 2.3 que la citada ley no modifica las reglas aplicables a los agentes del servicio público y a los padres de los alumnos. En lo que se refiere a los agentes que contribuyen al servicio público de la educación, cualquiera que sea su función y su estatuto, están sometidos a un estricto deber de neutralidad que prohíbe el uso de signos de pertenencia religiosa incluso discreta. Deben, asimismo, abstenerse de toda actitud que pudiera ser interpretada como una marca de adhesión o al contrario como una crítica hacia una creencia particular.

Así pues, la exigencia hacia los agentes públicos es mayor que en relación con los alumnos, extendiéndose hacia la utilización de cualquier signo religioso incluso los discretos y a

P.H. en Droit français des religions. Chronique juin 1999-sep.2001, en European Journal for Church and State Research, 2001, vol. 8, pp. 165-204, esp. p. 197.

⁵⁰ Vid. PRELOT, P.H. en Droit français des religions. Chronique 2002, en European Journal for Church and State Research 2002, vol. 9, pp.45-76, esp. p. 49 y 50.

cualquier función que estos desempeñen y estatuto al que se hallen sometidos.

Esta forma de entender la neutralidad en Francia tiene como resultado que los agentes públicos no tienen derecho a manifestar de ninguna forma sus creencias, incluso cuando esta no afecta al ejercicio de su función. Esta limitación de derechos fundamentales a los agentes públicos cualquiera que sea la función que desempeñen sólo se puede explicar sobre la base de una concepción de la función pública anclada en el modelo liberal según la que los agentes públicos son servidores del Estado más que ciudadanos y en cuanto tales sometidos a un régimen especial en el que la limitación de derechos está justificada por el puesto que desempeñan. Esta concepción del funcionario público está claramente superada en nuestro ordenamiento.

Menor radicalidad muestran otros Estados europeos. Así en Suiza se permite a los enseñantes la utilización de signos discretos como pequeñas piezas de joyería, sin embargo, el Tribunal Federal Suizo en sentencia del 12 de noviembre de 1997, ha considerado que expresar las creencias religiosas a través de la vestimenta puede dar lugar a un peligroso conflicto religioso ya que la vestimenta, dejando de lado la intención de la demandante comunica un mensaje religioso suficientemente fuerte como para trascender la esfera de lo personal. La neutralidad se dice en la citada sentencia, evita ese conflicto, de ahí que su respeto se convierta en una obligación para los profesores. La neutralidad es entendida como "obligación del estado de permanecer neutral lo que quiere decir que en toda relación oficial tiene que abstenerse de realizar cualquier consideración religiosa que ponga en peligro la libertad de los ciudadanos en una sociedad pluralista. En este sentido el principio del secularismo preserva tanto la libertad religiosa como el mantenimiento de la armonía religiosa en un espíritu de tolerancia". "Este principio tiene particular importancia en el ámbito de la escuela porque la educación es obligatoria para todos sin distinción entre diferentes creencias. La actitud de los profesores por su influencia en los menores es decisiva".

Queda por determinar, manifiesta el Tribunal, si la orden impugnada observa el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad ha conducido al gobierno cantonal a permitir a los profesores llevar discretos signos religiosos a la escuela, tales como pequeñas piezas de joyería. Sin embargo, se podría poner en peligro la armonía religiosa si se permitiera a la demandante llevar pañuelo ya que ello probablemente provocaría reacciones o conflictos que deben ser evitados. En este caso, el principio de proporcionalidad justifica la limitación de la libertad religiosa a favor de la preservación de un bien superior como sería la armonía que debe presidir la escuela.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho español en el que la neutralidad se concreta en el ámbito educativo en la prohibición de adoctrinamiento al profesor y, por tanto es la función que desempeña la que tiene que ser neutral, en la sentencia del tribunal suizo la neutralidad se extiende a la persona, no sólo a la función. Extendiéndose de esta forma la limitación de sus derechos. La proporcionalidad de esta medida se justifica, en la sentencia, en la preservación de un bien superior como es la paz en la escuela. Lo curioso es que ese bien superior que se intenta proteger es una hipótesis no verificada en el caso concreto como lo avalan algunos hechos: en primer lugar, la demandante comienza a llevar el pañuelo islámico en clase hacia final del curso 1990-91 y se permite esta situación por el inspector de la escuela hasta 1995, en segundo lugar nunca se han recibido comentarios por parte de los padres sobre este tema. Esto indica que la comunidad escolar no ha visto atacados sus derechos y no se ha producido en la escuela ninguna alteración del orden. En consecuencia, el bien que se entiende lesionado y que se intenta preservar, no es real.

Esta decisión fue recurrida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁵¹ alegando la vulneración del artículo 9 y 14 de la Convención

En lo que se refiere al art. 9 el Tribunal europeo se mueve en los mismos parámetros establecidos por el Tribunal suizo y afirma que aunque es difícil valorar el impacto que un poderoso símbolo externo como el pañuelo puede tener en la libertad de conciencia y religión de los niños lo cierto es que la ponderación de los dos bienes en conflicto el Tribunal considera que en las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la edad de los niños de los que la demandante era responsable como representante del Estado, las autoridades de Ginebra no se han excedido en su margen de apreciación y que la medida que han tomado es razonable. Así pues, está justificada en principio y proporcionada al objetivo de proteger los derechos y libertades de otros. El Tribunal considera que la medida que prohíbe a la demandante llevar pañuelo mientras enseña es necesaria en una sociedad democrática.

Considera que tampoco hay vulneración del art. 14 en cuanto que la medida que se ha tomado no va dirigida a ella en cuanto mujer sino para perseguir el legítimo objetivo de asegurar la neutralidad del sistema de educación primaria del Estado. Tal medida puede ser también aplicada a un hombre, que, en similares circunstancias vistiera ropas que claramente le identificaran como miembro de una fe.

Así pues, de la lectura tanto de la sentencia del Tribunal federal suizo como de la sentencia del TEDH se desprende que la limitación del derecho fundamental de libertad religiosa se realiza sobre la base de evitar un potencial peligro: la lesión de la

⁵¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones acerca de este asunto. La primera vez en el caso mencionado Dahlab v. Switzerland una decisión de 15 de febrero de 2001, en esta ocasión la demanda se plantea por una enseñante musulmana de nacionalidad suiza contra Suiza. La segunda ocasión en el caso Leyla Sahin c. Turquía el 29 de junio de 2004, pero esta vez el caso se plantea en relación con una estudiante universitaria y el país contra el que se interpone la demanda es Turquía.

libertad religiosa de padres y alumnos y la paz de la escuela. La necesidad de una medida tan grave como es la limitación de un derecho fundamental no queda justificada por el objetivo que se pretende alcanzar (juicio de necesidad): la lesión de la libertad religiosa de padres y alumnos y la paz de la escuela, ya que como demuestran los hechos no ha habido adoctrinamiento por parte de la profesora y tampoco ha habido quejas por parte de los padres o alumnos, es más algunos padres también utilizaban esta prenda, de modo que de hecho no se ha roto la paz escolar. En consecuencia, de la medida adoptada se derivan más perjuicios que beneficios ya que se ha producido un daño: la limitación del derecho fundamental sin que ello haya evitado un mal mayor ya que este mal mayor que se intenta evitar en realidad no se ha producido, este resultado convierte la medida adoptada en desproporcionada (juicio de proporcionalidad).

En Alemania⁵² donde el debate se ha centrado desde hace algunos años en el uso por las profesoras del pañuelo islámico, el Tribunal Constitucional ha indicado el 24 de septiembre de 2003⁵³ que la ausencia de prohibición legislativa explícita permitía llevar el pañuelo a las profesoras. El art. 11.1 de la, en este caso, aplicable Ley de Funcionarios de Baden-Württemberg en su redacción de 19 de marzo de 1996 determinaba que el nombramiento, tras la calificación y habilitación, debe efectuarse sin discriminación por razón de sexo, origen, raza, fe, ideas políticas o religiosas. Con posterioridad, el 1 de abril de 2004⁵⁴, se ha producido una modificación de esta Ley según la cual se añaden al art. 38 los apartados 2 a 5⁵⁵. En el párrafo primero se

⁵² En Alemania la competencia sobre educación corresponde a los *Länder*.

⁵³ El texto de la sentencia se puede encontrar en www.olir.it

⁵⁴ El texto de este artículo de la ley se puede encontrar en www.olir.it

⁵⁵ 2. En las escuelas públicas, según el art. 2.1 no pueden realizar ningún tipo de manifestación política, religiosa, de concepción del mundo o análoga que pueda comprometer o perturbar la neutralidad del *Land* frente a los alumnos, a los padres o la paz escolar en el ámbito político o religioso o de concepción del mundo. En particular, no se permitirá una conducta externa que pueda producir en los alumnos o en los padres la impresión de que un docente se posiciona contra la

amplían los sujetos afectados por la norma al sustituirse la palabra *Lehrer* (profesor) por *Lehrerkraft* que incluye a todos los que desarrollen alguna función docente.

El apartado 2 del citado artículo recoge dos tipos de prohibiciones: La primera incide en manifestaciones políticas, religiosas, de concepción del mundo o análogas que puedan comprometer o perturbar la neutralidad del Land frente a padres o alumnos o la paz escolar.

La segunda prohibición se refiere a aquellas conductas externas que puedan producir la impresión a padres o alumnos que con ellas el docente se posiciona contra los valores constitucionales (dignidad humana, igualdad entre el hombre y la mujer...).

Los dos supuestos contemplados por la norma describen situaciones de peligro utilizando expresiones demasiado genéricas, que no describen de forma precisa qué acción es necesario que se produzca para justificar la necesidad de limitar

dignidad humana, la igualdad de los seres humanos según el art. 3 de la Ley Fundamental o el orden fundamental de libertades democráticas. El cumplimiento del encargo de educar según los arts. 12,15 y 16.1 de la Constitución del Land de Baden-Württemberg y la correspondiente exhibición de imágenes y valores culturales cristianos y occidentales no entra en conflicto con la conducta exigible según la sección primera. La exigencia de neutralidad religiosa de la primera sección no afecta a la enseñanza de la religión según el art. 18.1 de la Constitución del Land de Baden-Württemberg.

3. El nombramiento, según el art. 9 de la Ley de la Función Pública del Land, de un aspirante al puesto en una escuela pública según el art. 2.1 presupone como sea la aptitud personal que el candidato ofrezca la garantía de la observancia del apartado 2 durante todo su tiempo de servicio. Para el traslado de un docente de otro empleador en el sistema educativo de Baden-Württemberg vale lo establecido en el apartado 1.

4. Para el cumplimiento del servicio preparatorio para un puesto docente puede en casos particulares establecerse bajo petición excepciones a los apartados 2 y 3, en la medida en que lo exija forzosamente el ejercicio de derechos fundamentales y no sean contrarias al interés público en la preservación de la neutralidad funcional y la paz escolar.

5. Los apartados 2 a 4 valen igualmente para el personal docente sometido a relación laboral.

un derecho fundamental, "manifestaciones...que puedan comprometer o perturbar..." o "conductas externas...que puedan producir la impresión..." en este último caso ni siquiera es necesario la existencia de elementos objetivos que pongan de manifiesto el peligro, basta el subjetivismo de la "impresión" que puede no tener ningún fundamento racional.

Estas prohibiciones tienen una excepción cuando lo que se transmitan sean imágenes o valores cristianos y occidentales. En estos casos no se entra en conflicto con la conducta exigible.

La preservación de la neutralidad con esta excepción queda en entredicho al permitir sólo unos signos religiosos, los cristianos, y no otros. La formulación de este precepto normativo supone, en mi opinión, un atentado a la igualdad material que es justamente lo que debe garantizar la neutralidad y convierte la norma en discriminatoria.

7. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO.

En el ámbito del empleo público los supuestos de objeción de conciencia son, hasta el momento muy escasos. Los conflictos de conciencia se han producido sobre todo en el ámbito de la sanidad, entre el personal sanitario perteneciente al servicio de ginecología con ocasión de la práctica del aborto. Más recientemente, la reforma del código civil en materia de matrimonio en la que se elimina el requisito de la heterosexualidad, permitiéndose, en consecuencia, el matrimonio de homosexuales, ha dado lugar a que desde el empleo público se nieguen algunos a asistir a la celebración de este tipo de matrimonios⁵⁶. Analizaré estos dos supuestos.

⁵⁶ El malestar de la Iglesia Católica queda patente en las manifestaciones de los Obispos que en una nota de su comité ejecutivo, recuerdan a los parlamentarios que no pueden votar a favor de esta ley y llama a los funcionarios a la objeción de conciencia. Noticia de El País 7 de mayo de 2005.

7.1. En el ámbito hospitalario es una práctica habitual en los hospitales públicos que el personal sanitario que integra la unidad de ginecología se declare objetor cuando se trata de practicar abortos. Esta actitud constituye un supuesto clásico de objeción de conciencia en la medida en que la persona se encuentra ante el conflicto de un lado de cumplir con los deberes que como sanitario adscrito a ese servicio tiene y de otro lado cumplir con las normas que le dicta su conciencia. El cumplimiento de estas últimas supone el incumplimiento de las funciones asignadas como empleado público. Para evitar este conflicto y las eventuales sanciones que derivarían del incumplimiento de sus tareas así como para evitar futuros problemas, en especial el que pudiera derivarse de la imposibilidad de la mujer a interrumpir legalmente su embarazo al encontrarse con la negativa de todo el personal sanitario de centros públicos a practicar el aborto, el art. 8 del RD 2409/1986 de 21 de noviembre establece que

"En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria competente garantizará que en sus dependencias públicas y centros sanitarios esté disponible y actualizada una relación de centros o establecimientos públicos o privados acreditados para la práctica legal del aborto."

Esta norma evita el conflicto de conciencia que puede plantearse al personal sanitario y garantiza el ejercicio del derecho de la mujer al aborto.

La flexibilidad organizativa de los centros hospitalarios públicos para evitar conflictos de conciencia a su personal sanitario no ha podido evitar el descontento de quienes han visto lesionada su libertad ideológica por el hecho de que, ante la alegación de motivos de conciencia para negarse a practicar el aborto, se les trasladase del servicio de ginecología a otros servicios del mismo centro.⁵⁷

⁵⁷ En este sentido cabe citar la STS de 20 de enero de 1987 (CONT.-ADMVO, Sala 3ª) Ar. 18, de objeción de conciencia al aborto. El supuesto de hecho se refiere al traslado de varias enfermeras del servicio de ginecología en el que prestaban sus servicios a otros servicios dentro del mismo centro médico sin que

7. 2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS JUECES.

Los jueces y magistrados, integrantes del poder judicial, administran en nombre del Rey la justicia que emana del pueblo, sometidos en su función únicamente al imperio de la ley. (artículo 117 de la CE y artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (artículo 1.7. del Código civil). Existen, sin embargo, algunas excepciones a este deber establecidas por la ley:

1. en aquellos casos en que "...considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley" (artículo 35.1. de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional)

2. cuando tenga un interés directo o indirecto en el asunto que debe resolver (artículo 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En el primer caso los jueces y magistrados realizan un control de constitucionalidad de las leyes, en el segundo caso garantizan la imparcialidad que es una característica esencial de su función de administrador de justicia. De modo que las excepciones contempladas en la norma al cumplimiento del deber inexcusable de aplicar las normas tienen como objetivo garantizar el adecuado cumplimiento de su función. No están contemplados los motivos de conciencia de forma expresa y tampoco existen formulas amplias que permitan comprender estos motivos implícitamente.

Así pues, en aquellos casos en que el Juez se encontrase en una situación en la que el contenido de una ley que tiene que

ese traslado afectara a la categoría profesional, salarios o sueldos. El T.S. considera que no hay vulneración del derecho fundamental

aplicar va en contra de las normas de su conciencia, no podría alegar la objeción de conciencia en cuanto que el ejercicio legítimo de la objeción de conciencia requiere de la "interpositio legislatoris" y como hemos visto las excepciones contempladas en la ley al deber inexcusable no contemplan ni de forma explícita ni implícita las razones de conciencia.

La posibilidad de que los jueces puedan oponer su conciencia se ha planteado con ocasión de la promulgación de la Ley 13/2005 de 1 de julio que reforma el código civil eliminando el requisito de la heterosexualidad y ampliando la noción de matrimonio a las parejas homosexuales. En estos casos los jueces actúan no como poder jurisdiccional sino como encargados del registro. La negativa a asistir a la celebración de los matrimonios homosexuales tiene su base, por el momento, en una consideración puramente jurídica y es la de entender que la mencionada ley es inconstitucional. Esta apreciación ha dado lugar a que se hayan presentado dos cuestiones de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional ha inadmitido en dos Autos dictados el 13 de diciembre de 2005 al considerar que los jueces encargados del Registro civil "no desarrollan una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio..." como consecuencia de lo anterior llega a la siguiente conclusión "no están facultados para promover la presente cuestión de inconstitucionalidad, en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea...".

8. SÍNTESIS CONCLUSIVA.

Es opinión común en la doctrina que los empleados públicos como cualquier ciudadano más gozan de los mismos derechos que cualquier persona. Entre estos derechos el derecho de libertad de conciencia forma parte de los derechos más estrechamente unidos a la dignidad de la persona.

El ejercicio de este derecho, al igual que ocurre con los demás derechos fundamentales puede ser modulado en atención a la tarea que desempeñe el funcionario, las limitaciones deberán ser establecidas por la ley y deben venir determinadas no por sus condiciones personales sino en función de las necesidades del servicio público, de las exigencias de imparcialidad, eficacia y jerarquía (art. 103.1 y 3 CE) y de otros principios y preceptos constitucionales. Así pues, la función que desempeñe el empleado público se convierte en el elemento que sirve para modular el ejercicio del derecho de libertad de conciencia. En todo caso no hay que olvidar que siempre debe hacerse la interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, de modo que las normas que los limitan deben interpretarse restrictivamente.

Con carácter general, según se pone de relieve en el estudio de los casos, queda claro que las distintas manifestaciones de la libertad de conciencia como derecho individual gozan de las garantías del ordenamiento jurídico, así se advierte en los ámbitos en que este derecho se manifiesta, de forma especial en las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Asimismo, cabe afirmar que la utilización de signos de identidad es posible en el ámbito del empleo público, siempre que no interfiera con la función que desempeña el empleado público y con el límite del orden público constitucional, que "no puede ser utilizado como cláusula preventiva frente a eventuales riesgos" (STC 46/2001 de 15 de febrero).

No goza, en cambio, de la protección del ordenamiento jurídico la objeción de conciencia, por tal entiendo aquel supuesto

en el que la persona se encuentra en el dilema de tener que obedecer las normas estatales o las normas que le dictan su conciencia, decidiendo seguir las normas de la conciencia, asumiendo las consecuencias que derivan del incumplimiento de las normas estatales. No existe un derecho general a la objeción de conciencia. El conflicto entre el desempeño de la función que tenga asignada el empleado público y las normas de su conciencia sólo pueden ser resueltas a favor de la conciencia si la norma así lo prevé.

