

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA AUTONOMÍA DE LA IGLESIA CATÓLICA EN LA DESIGNACIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN*

RESUMEN

Este trabajo aborda la cuestión de la naturaleza del control jurisdiccional de que puede ser objeto la decisión de las autoridades eclesíásticas de proponer —o dejar de hacerlo— a determinada persona para su contratación como profesor de religión católica por la administración educativa competente. Paralelamente, se trata de aportar un criterio para resolver aquellos supuestos en que la motivación religiosa del ordinario del lugar no quede convenientemente explicitada, en garantía de los derechos de las partes implicadas.

SUMMARY

This paper focuses on the nature of the jurisdictional scrutiny over the choice made by religious authorities to designate the appropriate candidate to be hired by the education administration as a teacher of the roman catholic religion subject in the public educational system. It is also aimed to give a solution to the problems that can arise when the religious leaders remove previously selected teachers, lacking the religious motivation required by the Spanish Organic Law on Education.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Libertad religiosa y libertad de expresión», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-05283) También se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación financiado por la Comunidad de Madrid La libertad religiosa en España y derecho comparado y su incidencia en la Comunidad de Madrid (S2007/HUM-0403) y las Ayudas a grupos de Investigación Complutense correspondiente al año 2009.

INTRODUCCIÓN

Entre las dificultades que, en el momento actual, vienen presentando las relaciones entre la Iglesia y el Estado en España encuentra un lugar destacado la cuestión del profesorado de religión católica en los centros educativos públicos. La regulación del estatuto jurídico de estos docentes ha sufrido una continua evolución¹, cuyo último capítulo viene conformado por la nueva regulación contenida en la Disposición Adicional Tercera², de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, de 3 de mayo, y su desarrollo reglamentario, contenido en el Real Decreto 696/2007, de 1 junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión que no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios docentes imparten la enseñanza de las religiones en centros públicos³.

Entre lo más significativo de esta nueva regulación se encuentra, de un lado, la atribución de un carácter indefinido a la contratación de los profesores de religión —consecuencia de la implantación de la Directiva Comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999—⁴ frente al carácter temporal que habían tenido, hasta ahora, en virtud de lo dispues-

1 Sobre la evolución histórica del estatuto jurídico de los profesores de religión puede verse, M. Cardenal Carro, F. J. Hierro Hierro, «La evolución histórica de la regulación de los profesores de religión y moral católica como recurso para el juicio sobre la constitucionalidad de la vigente (A propósito de la STC 38/2007, de 15 de febrero)» en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 73 (2007), pp. 205-246, donde los autores acaban defendiendo la inconstitucionalidad de la asignatura de religión católica en el sistema educativo público, en contra de lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia que comentan. En todo caso, una exposición, menos extensa en el tiempo, sobre esta misma cuestión puede verse en el fundamento jurídico cuarto de la propia sentencia 38/2007, del Tribunal Constitucional. (RTC 2007\38).

2 La vigente Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, aborda la cuestión del profesorado de religión en los siguientes términos:

«1. Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas.

2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos.

En todo caso, la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho.»

3 Vid. *BOE* de 9 de junio de 2007.

4 Vid. Diario de la Unión Europea de 10 de julio de 1999 (LCEur 1999\1692).

to en el artículo III del Acuerdo sobre Enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979 y su normativa de desarrollo. De otro lado, —y como consecuencia lógica de lo anterior— la exigencia de que la remoción de los docentes de la asignatura de religión, por retirada de la propuesta de la autoridad religiosa, sea «ajustada a Derecho».

El objeto de este trabajo, se centrará en analizar la designación de los profesores de religión por parte de la Iglesia católica, si bien, desglosado en dos ámbitos: en primer lugar, la cuestión relativa a la autonomía del Ordinario el Lugar para proponer las personas idóneas para la enseñanza de religión católica en centros públicos, y en particular, en su vertiente negativa, esto es, para dejar de hacerlo que, tal y como se establece en la normativa vigente, se deberá «ajustar a Derecho» y, en segundo lugar, la referente a las características del control jurisdiccional sobre las propuestas de las autoridades eclesiásticas relativas al profesorado de religión.

Conviene aclarar, desde este momento, que la propuesta del Ordinario es el resultado de la concurrencia de la Declaración de competencia Académica y de la Declaración de Idoneidad. La primera de ellas hace referencia, básicamente, a las titulaciones académicas correspondientes. La segunda de ellas, supone la recta doctrina y testimonio de vida cristiana. Está basada, por tanto, en consideraciones de índole moral y religiosa, conforme a criterios cuya definición corresponde al Obispo diocesano⁵.

La propuesta del Ordinario del Lugar, a la luz de lo dispuesto en la normativa vigente, constituye un *prius* para que una persona pueda ser contratada por las administraciones educativas competentes para el desempeño de las funciones de profesor de religión católica en los centros docentes públicos.

A tenor de lo expuesto, no cabe duda de que, desde el punto de vista del Derecho estatal, en la designación por parte de las autoridades religiosas de las personas idóneas para el desempeño de la labor docente, puede haber un *quantum* de discrecionalidad. Quizá por ello, hasta ahora han sido abundantes los conflictos suscitados entre algunas diócesis y los docentes encargados de impartir la asignatura de religión católica cuando la autoridad eclesiástica competente les ha retirado la propuesta para ser contratados por la administración como profesores de esta materia⁶. En

5 Vid. Acuerdo de la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española sobre la regulación de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad para la designación de los Profesores de Religión Católica. (Madrid, 27 de abril de 2007). El texto está disponible en internet en la página: <http://www.conferenciaepiscopal.es/ensenanza/Deca/Acuerdo.html>

6 A modo de ejemplo, pueden citarse, entre otras, de un lado, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 26 de febrero de 2001 (AS 2001\302) y, de otro, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 6 de noviembre de 2008 (JUR 2009\120214).

abundantes ocasiones, estos profesores han considerado que tal decisión —a la que han atribuido un carácter arbitrario— vulneraba sus derechos laborales.

La cuestión está en determinar cuáles son los límites de la autonomía de la autoridad eclesiástica competente en la designación del profesorado de religión y cuál debe ser el papel del orden jurisdiccional en su control, que siempre debe orientarse a asegurar la tutela y protección de los derechos fundamentales de las partes implicadas.

Se trata de una cuestión que todavía no ha entrado a dilucidar el Tribunal Constitucional, al menos con la claridad necesaria. En efecto, sus dos pronunciamientos más recientes sobre el marco jurídico del profesorado de religión, que se concretan en las Sentencias 37/2007, de 15 de febrero⁷, y 128/2007, de 4 junio⁸, abordan, respectivamente, una cuestión de inconstitucionalidad sobre la normativa aplicable al profesorado de religión católica en centros públicos y un recurso de amparo referido a la vulneración de derechos fundamentales —no discriminación, vida privada y libertad de expresión— derivada de la no propuesta, por parte del Ordinario, de un profesor de religión que había hecho pública su condición de sacerdote casado. En ninguna de estas decisiones se expone de forma indubitada —al menos a nuestro juicio— cuál sea el posible ámbito de control de la decisión de las autoridades religiosas en el marco de la propuesta dirigida a las administraciones competentes para la contratación del profesorado de religión.

En todo caso, el objeto de este trabajo se orienta a dar respuesta a esta cuestión, por entender que es necesaria una reflexión urgente que permita normalizar una de las situaciones que, en la actualidad, están generando más conflictos en las relaciones entre Estado e Iglesia en España.

II. LA AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES EN LA DESIGNACIÓN DE LOS DOCENTES DE ENSEÑANZA RELIGIOSA

El derecho de las confesiones religiosas a elegir las personas idóneas para la enseñanza de la religión en los centros educativos públicos tiene, a mi juicio, un doble engarce constitucional. De un lado, en el ejercicio del derecho de libertad religiosa colectiva que les hace acreedoras de un ámbito de autonomía organizativa frente a terceros, y de otro, en el derecho de los padres a proporcionar a sus hijos la formación religiosa que esté conforme con sus propias convicciones.

7 RTC 2007\37.

8 RTC 2007\128.

El artículo 16.1 de la Constitución garantiza la libertad religiosa y de culto «de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Esto implica, según constante doctrina constitucional, el reconocimiento de «un ámbito de libertad y una esfera de «agere licere» con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales»⁹ asumido, en este caso, por el sujeto colectivo.

En desarrollo de este precepto, la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa contempla, en su artículo 2, el derecho de las confesiones a propagar y divulgar su propio credo, añadiendo que para la aplicación real y efectiva de éste y otros derechos allí reconocidos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la formación religiosa en los centros docentes públicos.

No cabe duda de que este derecho de las confesiones se encuentra estrechamente relacionado con el derecho reconocido a los padres, en el artículo 27.3 de la Constitución, a proporcionar a sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Dado que el Estado ha extendido esta posibilidad a los centros educativos públicos, a través de lo dispuesto en el Acuerdo de Enseñanza y asuntos culturales y en la normativa educativa propia¹⁰, el derecho de los padres sólo podrá verse satisfecho cuando las propias confesiones religiosas puedan transmitir libremente a sus hijos su doctrina, a través de los medios materiales y humanos que tengan por conveniente¹¹. Al mismo tiempo, por imperativo del principio de neutralidad religiosa, el Estado debe quedarse al margen de cualquier intento de organizar o de dar contenido a esa docencia, no quedándole otro cometido que el de hacerla posible¹².

Queda claro, por tanto, —como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional—¹³ la conexión entre el derecho de las confesiones religio-

9 Vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico primero (RTC 1982\24) y 166/1996, de 28 de octubre, fundamento jurídico segundo. (RTC 1996\166).

10 Sobre la posible inconstitucionalidad —no compartida por el Tribunal Constitucional— de la enseñanza religiosa en la escuela pública puede verse D. Llamazares, «Contratación laboral de los profesores de religión católica por la Administración Pública. (Comentario a la STC 38/2007 de febrero)», en *Revista española de derecho constitucional*, N° 80, (2007), pp. 267-307.

11 Como se ha dicho, si los usuarios del sistema educativo público solicitan el servicio de «enseñanza religiosa» cualquiera que sea su modalidad, solamente las confesiones pueden garantizar la autenticidad del producto. Vid. J. Otaduy, «Relación jurídica de los profesores de religión en España: la dimensión canónica», en *Ius canonicum*, Vol. 46, N° 92, (2006), pp. 456-457.

12 En este sentido puede verse, J. Otaduy, «Relación jurídica de los profesores de religión en España: la dimensión canónica», cit., pp. 450-451.

13 Vid. Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, fundamento jurídico quinto (RTC 2007\38)

sas a divulgar su propio credo en el marco del sistema educativo público¹⁴, dentro de las coordenadas de libertad antes expuestas, y el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos.

Junto a ello, la citada Ley Orgánica desarrolla un aspecto básico de la libertad religiosa de las comunidades en su artículo 6, cuando reconoce la autonomía de las Iglesias, Comunidades y Confesiones, para establecer sus propias normas de organización y régimen interno y cláusulas de respeto a sus creencias.

Esas normas de organización y régimen interno contienen el carácter diferenciado del grupo, sus fines, así como un conjunto de disposiciones que regulan la vida de la comunidad en sus múltiples y variados aspectos. Dentro de ellas se encuentran las normas para difundir el propio credo a través de diversos medios y entre ellos, el de la enseñanza o el magisterio.

En este punto, la autonomía de las confesiones religiosas se traduce en la facultad, no sólo para definir el contenido, los objetivos y los fines de la enseñanza religiosa, sino también para la elección de los medios materiales y humanos a través de los que se articula la actividad de enseñanza¹⁵. Por tanto, abarca la elección de las personas que, a juicio de los responsables religiosos, sean capaces para la transmisión de estos conocimientos¹⁶.

En lo que se refiere al primero de los aspectos, queda al margen de toda duda que la competencia para definir el credo religioso corresponde exclusivamente a las confesiones religiosas, sin ningún tipo de injerencia por parte de los poderes públicos. Esta exigencia viene determinada tanto por la autonomía de las confesiones como por el principio de neutralidad religiosa del Estado. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, en doctrina consolidada, «el principio de neutralidad del artículo 16.3 de la Constitución, veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y

14 Un estudio sobre este aspecto puede verse en A. López-Sidro, «Dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa en los centros docentes públicos: la designación de los profesores de religión» en Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, nº 14 (2007), en <http://www.iustel.com>

15 Así aparece expresamente reconocido en los artículos III y VI del Acuerdo de Enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979.

16 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, de 15 de febrero, fundamento jurídico quinto.

Por lo demás, se ha apuntado, que «La facultad de elegir el profesorado deriva del carácter confesional de la enseñanza, por lo que no se trata de una prerrogativa concedida a las confesiones, sino de un derecho que les corresponde en virtud de su autonomía y del principio de no confesionalidad». Vid. M. Rodríguez Blanco, «El régimen jurídico de los profesores de religión en centros docentes públicos» en *Il Diritto Ecclesiastico*, 2/2001, p. 563.

estatales¹⁷. De este modo, el credo religioso objeto de enseñanza ha de ser el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido más que el respeto a la decisión de la comunidad religiosa, so pena de vulnerar su derecho de libertad religiosa y el principio de laicidad del estado¹⁸.

Por lo que respecta a la elección de personas capaces para desarrollar la función docente, la normativa interna de la Iglesia católica en materia de enseñanza dispone que será el Ordinario del lugar, dentro de su Diócesis, quien decida sobre el nombramiento de los profesores de religión, así como de su remoción —o exigir que sean removidos— cuando lo requiera una razón de religión o moral. Además, se atribuye al Ordinario la facultad de cuidar de que los docentes destaquen por su recta doctrina, aptitud pedagógica y por el testimonio de su vida cristiana.

En efecto, el Código de Derecho Canónico, dispone en su canon 804 que «depende de la autoridad de la Iglesia la enseñanza y educación religiosa católica que se imparte en cualesquiera escuelas o se lleva a cabo en los diversos medios de comunicación social; corresponde a la Conferencia Episcopal dar normas generales sobre esta actividad, y compete al Obispo diocesano organizarla y ejercer vigilancia sobre la misma. Cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica».

Y el canon 805 viene a disponer que «el Ordinario del lugar, dentro de su diócesis, tiene el derecho de nombrar o aprobar los profesores de religión, así como de remover o exigir que sean removidos cuando así lo requiera una razón de religión o moral»¹⁹.

Nos encontramos ante una norma interna, que se orienta a asegurar que la enseñanza de la religión se haga con respeto a la doctrina de la Iglesia católica y, por tanto, a sus creencias religiosas²⁰, y que es objeto de reconocimiento pleno por parte del Estado con base en la autonomía de las confesiones religiosas en general en el artículo 6 de la Ley Orgáni-

17 Vid. Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, y 340/1993, de 16 de noviembre.

18 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, de 15 de febrero, fundamento jurídico quinto.

19 Un estudio detallado del contenido de estos cánones puede verse en D. Cito, «Comentario exegético al Código de Derecho Canónico, Vol. III/1, Ed. Eunsa, (2002), pp. 251-260.

20 Vid. J. Otaduy, «Relación jurídica de los profesores de religión en España: la dimensión canónica», cit., pp. 465-484.

ca de Libertad Religiosa y de la Iglesia católica, en particular, en el artículo I Acuerdo de asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

Respetando la normativa propia de la Iglesia católica, conviene significar que el vigente sistema de contratación y selección del profesorado de religión católica en los centros de enseñanza pública, confiere al Obispo la propuesta a la autoridad académica, en cada año escolar, de las personas que han de impartirla. Así aparece recogido en el artículo III, párrafos primero y segundo, del Acuerdo sobre Enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, y en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, desarrollada por el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio.

Naturalmente, como ocurre en cualquier asignatura que se integra dentro del currículum escolar, la persona a la que se encomienda la transmisión de los conocimientos que conforman el contenido de la disciplina, debe tener una adecuada preparación sobre la materia a impartir. Sin embargo, mientras en el caso de la biología, la historia, la física, etc., se pueden admitir, desde un punto de vista científico-técnico, diversas conclusiones, no ocurre lo mismo en el caso de la enseñanza de la religión, ya que el objeto de esta asignatura no se orienta a transmitir conocimientos de tipo científico-experimental, sino más bien dogmático-religiosos que han de ser valorados con distinto método de verificación, en tanto se fundamentan en unas creencias determinadas, que han sido previamente fijadas por la autoridad del grupo religioso. Además, el contenido de esta asignatura no se agota en canalizar una serie de conocimientos, sino que se extiende a transmitir una experiencia de fe, y no a exponer de una manera crítica los dogmas y principios de una determinada religión, desde una posición que pudiéramos considerar de neutralidad religiosa, como si se tratara de una asignatura sobre los sistemas religiosos comparados²¹.

De esta manera, cuando hablamos de la figura del profesor de religión, la valoración sobre si una persona reúne la adecuada aptitud para la transmisión de una determinada creencia, al no estar abierto a criterios estrictamente académicos ni al debate público, corresponde únicamente al juicio de la autoridad eclesíástica que, en el caso de la Iglesia católica, se concreta en la persona del Ordinario del lugar, a tenor de lo dispuesto en el Código de Derecho Canónico²². Así fue, por lo demás, reconocido por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, al sostener que «ha de corresponder a las confesiones la competencia

21 En similares términos, Vid. J. Ferreiro, *Profesores de religión de la enseñanza pública y Constitución española*, Ed. Atelier, Barcelona, (2004), pp. 74.

22 Vid. c. 804.º del Código de Derecho Canónico.

para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo», admitiendo que ese juicio «puede extenderse a los extremos de la propia conducta del profesorado, en la medida en que el testimonio personal constituya para la confesión religiosa un elemento definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante para la aptitud o cualificación para la docencia»²³.

III. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA AUTONOMÍA CONFESIONAL EN LA DESIGNACIÓN DE LOS DOCENTES DE ENSEÑANZA RELIGIOSA

Queda fuera de toda duda, por lo apuntado anteriormente, que la elección de las personas idóneas para la impartición de la enseñanza religiosa forma parte del derecho a la libertad religiosa en su vertiente colectiva. La libertad religiosa, en sus dimensiones individual y colectiva, no ostenta un carácter absoluto, quedando su ejercicio sujeto a los límites derivados del orden público al que se refiere la Constitución y que fueron precisados, por el legislador orgánico, en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Precisamente por su relevancia social, las confesiones no pueden actuar al margen del Estado, y por ello encuentran un límite a su actuación, incluso la que realicen de puertas adentro, en el orden público²⁴.

En este sentido, se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado y, en última instancia, del Tribunal Constitucional, para valorar si la decisión del Ordinario del lugar de proponer —o de retirar su propuesta— a una determinada persona como sujeto elegible por la administración educativa para impartir la enseñanza de la religión católica, se ajusta a Derecho, esto es, si responde a razones de índole religiosa o moral y respeta los derechos fundamentales del docente.

En definitiva, una correcta valoración exige aplicar una regla de proporcionalidad entre el derecho de libertad religiosa colectiva de la Diócesis y los demás derechos del trabajador que puedan resultar implicados. Naturalmente la preeminencia en estos casos debe establecerse a favor del derecho de libertad religiosa colectiva, ya que de otra manera se colocaría en una muy difícil tesitura el derecho de la Iglesia a la transmisión de sus creencias a través de la enseñanza, que ha sido calificada, por el propio Tribunal Constitucional, como «contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva»²⁵.

23 Vid. Fundamento jurídico quinto.

24 Vid. J. Mantecón, *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Ed. Eunsa, Pamplona, (1996), p. 93.

25 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, de 15 de febrero, fundamento jurídico quinto.

Por otro lado, en relación con la designación de las personas que han de impartir la enseñanza de la religión católica, la Sentencia 38/2007 del Alto Tribunal, puntualiza que «sin pretensión de ser exhaustivos, resulta claro que, en primer lugar, los órganos judiciales habrán de controlar si la decisión administrativa se ha adoptado con sujeción a las previsiones legales a las que se acaba de hacer referencia, es decir, en lo esencial, si la designación se ha realizado entre las personas que el Ordinario diocesano ha propuesto para ejercer esta enseñanza y, dentro de las personas propuestas, en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad».

De estas afirmaciones cabe extraer la consecuencia de que la revisión jurisdiccional alcanza, de una parte, a los aspectos administrativos de la contratación y, de otra, a la decisión de las autoridades religiosas, en sí misma considerada, de la proposición o no de una persona con determinadas condiciones para el desempeño de la función docente. Naturalmente, la exigencia de que la elección del profesorado se haga con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no viene referida al Ordinario del lugar, que tendrá que elaborar la relación de personas adecuadas dentro de las coordinadas establecidas por el Derecho canónico, esto es, por razones basadas en la religión o en la moral, tal y como prescribe el c. 805. De esta manera, la vinculación con estos principios se produce en el ámbito de la Administración educativa.

De otro lado, en lo que se refiere a la actividad de las autoridades religiosas, los órganos judiciales competentes lo único que podrán hacer es llevar a cabo un control formal o de mera constatación —y no de fondo— acerca de si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral, cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad del Estado. Dicho en otras palabras, lo que no resulta admisible es que los poderes públicos entren a valorar la adecuación de la decisión de fondo del Ordinario. Y mucho menos decidir si hay alguna motivación subyacente por parte de la autoridad religiosa para la no propuesta del profesorado de religión²⁶. Así, lo ha

²⁶ Un ejemplo de esta intromisión puede verse en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 28 de diciembre de 2008, fundamento jurídico sexto, donde se atribuye la falta de propuesta de un docente de religión católica a una represalia por su participación en una huelga. (RJA AS 2008\800) En los mismos términos puede verse la sentencia del mismo Tribunal de 31 de enero de 2008, (RJA AS 2008\958)

En estos casos, a mi juicio, resulta difícil establecer una vinculación entre la falta de propuesta y el ejercicio del derecho de huelga, toda vez que la doctrina social de la Iglesia considera la huelga como legítima cuando constituye un recurso inevitable, si no necesario, para obtener un beneficio proporcionado, después de haber constatado la ineficacia de todas las demás modalida-

entendido el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 128/2007, de 4 de junio, cuando sostiene que «sería contrario al deber de neutralidad del Estado impuesto por el art. 16.3 CE, [...] que el Estado pretendiese negar el carácter religioso de la valoración de unas conductas en el seno intraeclesial, por el hecho de que esas mismas conductas puedan merecer una valoración diferente en un ámbito extraeclesial»²⁷.

En consecuencia, podemos afirmar que los órganos jurisdiccionales simplemente deben constatar si los motivos tienen una naturaleza religiosa o moral, y por tanto, si se encuentran asentados en el ejercicio del derecho de libertad religiosa colectiva. Es así, a nuestro juicio, como debe interpretarse la exigencia contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación cuando dispone que la remoción de los docentes se ajustará a Derecho.

Nuestra afirmación discurre en paralelo con la doctrina sentada por ese mismo Tribunal en su Sentencia 46/2001, de 15 de febrero, cuando, en relación con la inscripción de los grupos religiosos en el Registro de Entidades Religiosas, a los efectos de obtener la personalidad jurídica específica de «confesión religiosa», dictaminó que la Administración Pública no puede entrar a valorar el carácter religioso de una entidad, sino simplemente constatar si es o no religiosa, por referencia a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Esto es, está vedado a los poderes públicos entrar en un juicio de fondo acerca de las cuestiones religiosas propias de un grupo o confesión religiosa. Simplemente les cabe llegar a constatar formalmente su religiosidad²⁸. En este caso, *mutatis mutandis*, se puede sostener que la valoración por parte de los Tribunales de la decisión del Ordinario tiene que ser de carácter formal y no material, constando únicamente si la falta de propuesta responde a motivaciones religiosas o morales, pero sin entrar en el fondo de las mismas.

Esa autonomía religiosa frente a los poderes públicos también se aprecia en otros ámbitos de las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los matrimonios canónicos, donde los poderes públicos no pueden inmiscuirse en valorar la vali-

des para superar los conflictos. De acuerdo con la misma doctrina, la huelga resulta moralmente inaceptable cuando va acompañada de violencias o también cuando se lleva a cabo en función de objetivos no directamente vinculados con las condiciones del trabajo o contrarios al bien común. (Catecismo de la Iglesia católica, apartado nº 2435)

27 Vid. Fundamento jurídico noveno, in fine.

28 Vid. Fundamento jurídico octavo (RTC 2001\46).

Un estudio detallado sobre la doctrina del Constitucional en este punto puede verse en A. Vega, «El Registro de Entidades Religiosas y la promoción de la libertad religiosa colectiva. (A propósito de la STC 46/2001, de 5 de febrero)» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 19 (2002), pp. 25-72.

dez e, incluso, la existencia de estos vínculos, ya que es algo que sólo compete declarar a las confesiones religiosas en virtud de su autonomía. De hecho los Tribunales sólo pueden limitarse a pronunciar —incluso cuando valoran la nulidad civil de un matrimonio religioso— la suspensión de sus efectos civiles, dejando incólume la decisión de fondo —esto es, la posible existencia o validez del matrimonio— adoptada por las autoridades religiosas. Como apuntó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1/1981, de 26 de enero, «en el área intraeclesial, y ordenado a fines espirituales, con fuerza en el fuero interno para los creyentes, lo que resuelven los Tribunales Canónicos no puede tacharse, en modo alguno, de improcedente»²⁹. Y, por aportar otro ejemplo, los Registros Civiles tampoco pueden inscribir matrimonios canónicos cuya existencia no venga acreditada por la propia autoridad de la Iglesia, ya que ello supondría conculcar la autonomía de las confesiones y la neutralidad religiosa del Estado, aparte de que el Estado se arriesgaría a atribuir eficacia civil a unos matrimonios religiosos inexistentes³⁰, vulnerando, no sólo la autonomía de las confesiones religiosas, sino también lo dispuesto en el artículo VI del Acuerdo de Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979.

En fin, creo que estas últimas referencias sirven para corroborar que el control jurisdiccional sobre la decisión de las autoridades religiosas tiene que ostentar un carácter formal, de mera constatación, y que, consecuentemente, debe quedar al margen de cualquier valoración de fondo sobre los criterios religiosos que han llevado a su adopción.

IV. LA MOTIVACIÓN COMO NÚCLEO MATERIAL DEL CONTROL JURISDICCIONAL

Resulta indiscutible que, para que el carácter religioso de la decisión de proponer —o dejar de hacerlo— pueda ser constatado, es necesario

29 Vid. Fundamento jurídico undécimo. (RTC 1981\1).

30 Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de enero de 1978, en cuyo fundamento jurídico primero y primer considerando se dispone: «el camino único legal para obtener tal inscripción [del matrimonio canónico], por cierto, sin necesidad de expediente, es la presentación de la copia auténtica del acta sacramental o de la certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio, como lógica consecuencia de que la admisión de otros medios supondría una intromisión en la competencia exclusiva de la Iglesia católica en el enjuiciamiento de cuándo un matrimonio canónico existe como tal; y por esto la legislación del Registro Civil, cuando se acredita la imposibilidad de expedir la certificación canónica, sólo prevé que pueda declararse con valor de simple presunción el matrimonio que no puede ser inscrito (artículo 339 R. R. e.); (cfr. también artículo 80 L.R.c.), declaración que dará lugar a una anotación (artículo 340 R. R. c.), con valor simplemente informativo y que en ningún caso constituye la prueba que proporciona la inscripción (cfr. artículos 38 L. R. c. y 145 R. R. c.)» (RJ-El Derecho EDD 1978/32).

que la motivación del Ordinario del lugar quede explicitada de alguna manera. A ello parece aludir la actual Ley Orgánica de Educación cuando dispone que la falta de propuesta deberá hacerse conforme a Derecho.

Es oportuno advertir que antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, de 3 de mayo, el régimen jurídico de los profesores de religión católica estaba desarrollado por la Disposición Adicional segunda, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social³¹. Mientras la anterior regulación guardaba silencio sobre la remoción de los docentes, la nueva normativa, matiza lacónicamente en su Disposición Adicional Tercera que «se ajustará a Derecho», incorporando, de esta forma, la necesidad de que la motivación sea explícita. Además, el Real Decreto 696/2007, desarrolla esta previsión al señalar que «el contrato de trabajo se extinguirá [...] b) Por revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la Confesión religiosa que la otorgó».

Como quiera que bajo la normativa anterior, no se podía deducir explícitamente la exigencia de motivación expresa, los referentes jurisprudenciales que han guiado la actuación de las diócesis, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Educación, vienen constituidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2000³², pronunciamiento que afirmaba la no exigencia de motivación alguna en las decisiones de no renovación de las propuestas de contratación, derivado, sobre todo, del carácter temporal que ostentaban los contratos los profesores de religión en centros públicos³³. En efecto, el Tribunal argumentaba que «para la extinción de la relación laboral no era necesario, como la sentencia recurrida da a

31 La aludida Disposición Adicional segunda disponía, en relación con los profesores de religión, lo siguiente: «Los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de funcionarios docentes, impartan enseñanzas de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos, debiendo alcanzarse la equiparación retributiva en cuatro ejercicios presupuestarios a partir de 1999».

32 Vid. Fundamento jurídico séptimo, *in fine*. (RJA 2000\6295).

Esta doctrina se contiene también en otras sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas, en la de 12 de diciembre de 2001, fundamento jurídico segundo *in fine*. (RJA 2002\2977).

33 Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la Ley Orgánica 2/2006, de Educación puede verse R. Rodríguez Chacón, «Los profesores de religión católica en la jurisprudencia» en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, nº XXI, (2005), pp. 243-274.; También puede verse J. Otaduy, «El estatuto de los profesores de religión: la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Actualidad canónica a los veinte años del código de derecho canónico y veinticinco de la Constitución* (XXIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas), Madrid, (2004), pp. 315-362.

entender, exponer las razones por las que el Arzobispado omitió la inclusión del demandante en la propuesta presentada a la autoridad educativa, porque ni existe norma que imponga tal deber, ni era necesario constatar los motivos de tal comportamiento, porque la relación quedaba automáticamente extinguida al finalizar el curso escolar para el que se había producido el nombramiento, que lo era para cada uno en particular, como se deduce de la normativa expuesta»³⁴.

En todo caso, conviene subrayar que la motivación bajo el régimen anterior resultaba, cuando menos conveniente —ahora necesaria— pues, como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de enero de 2009, —en el marco de un conflicto surgido antes de la vigente Ley Orgánica 2/2006, de Educación—, «cuando está en juego la lesión de un derecho fundamental la justificación de que el cese o la no contratación son ajenas a esa lesión tenga que realizarse, porque, como establece la doctrina constitucional en estos casos, si el demandante de tutela acredita la existencia de indicios que ponen de relieve la posible concurrencia de una lesión de este tipo, no estamos ya ante un problema de legalidad ordinaria —la extinción por el cumplimiento de la condición resolutoria de un contrato—, sino ante un problema constitucional de protección de un derecho fundamental, que exige que se produzca esa justificación no en cuanto a la concurrencia de la causa de resolución, sino en cuanto a que la no formulación de la propuesta es una decisión extraña a cualquier propósito lesivo del derecho fundamental en cuestión»³⁵.

Ahora bien, compartiendo esta doctrina en sus líneas generales, habría que plantearse qué ocurre en los casos en que falta, o no puede deducirse fácilmente, la motivación religiosa del Ordinario del Lugar para retirar la propuesta a determinado docente.

A mi juicio, el hecho de que puedan existir defectos en la motivación del Obispo para no proponer a un determinado profesor para la docencia de la asignatura no quiere decir que no exista tal motivación y menos aún que ésta no sea de carácter religioso o moral. Tampoco cabe, ante la referida falta de una clara motivación religiosa, que el Tribunal

34 Vid. A. V. Sempere Navarro, «La «no renovación» del contrato de los profesores de religión», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 7 (2003), pp. 431-432, donde se afirma la necesidad de motivación bajo la normativa de contratación anterior.

En todo caso, creo que del hecho de que la normativa estatal no exigiera explicitar los motivos de la falta de propuesta, no puede deducirse que la motivación no fuera exigible en el ámbito religioso, ya que el Ordinario del lugar quedaba vinculado por las disposiciones del Código de Derecho Canónico —canon 805— que exigen para la remoción de los docentes una razón religiosa y moral.

35 Vid. Fundamento jurídico cuarto, in fine. (JUR 2009\112343).

entre a explicitar la que, a su juicio, constituiría el fundamento de la falta de propuesta, pues ello supondría sustituir el juicio religioso que corresponde en exclusiva a la autoridad diocesana por la valoración del juzgador, determinando una intromisión en un ámbito exclusivo de la confesión religiosa que determina la vulneración de su derecho de libertad religiosa y, además, la conculcación del principio de neutralidad religiosa del Estado.

¿Cuál debe ser entonces la actitud del orden jurisdiccional ante la falta de clara motivación o de motivación expresa? A nuestro juicio, en estas situaciones los jueces y tribunales deben, en todo caso, solicitar del Obispado la motivación explícita o una aclaración de la no propuesta a los efectos únicamente de constatar si responde a una razón de tipo religioso o moral. Pero lo que no cabe —insistimos— es sustituir el juicio de idoneidad del Obispado por el del Juez para concluir, de esta manera, que la falta de propuesta carece de motivación religiosa, porque, en este caso, se estaría produciendo la vulneración de la autonomía de las confesiones religiosas³⁶.

A modo ejemplificativo, y en términos de mera comparación, conviene traer a colación el régimen de acceso a la función docente en el marco del empleo público mediante oposiciones y concursos. En ellos, es habitual reconocer a la Comisión juzgadora que debe asignar las plazas ofertadas, un ámbito de discrecionalidad técnica que debe siempre respetar los principios de mérito y capacidad. En el supuesto de que en el procedimiento de acceso no se hayan respetado estos principios, los tribunales, una vez acreditada su violación, deben acordar la repetición del procedimiento, subsanado aquellas deficiencias que han sido probadas, pero no cabe sustituir la decisión adoptada por la comisión juzgadora por la que consideren que debía de haber sido la adecuada. Dicho de otro modo, en ningún caso los jueces y tribunales pueden suplantar los conocimientos técnicos de la comisión juzgadora —núcleo material de la discrecionalidad técnica— y mucho menos sustituir su fallo, designando por ellos mismos a las personas que deben ocupar las plazas sacadas a concurso³⁷.

³⁶ En este sentido se manifestó también el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su sentencia de 25 de julio de 2009, fundamento jurídico noveno. (RJA-AS 2000\2811). Esta decisión fue recurrida en amparo y confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2007, de 4 de junio.

Un comentario sobre contenido de esta sentencia puede verse en I. Briones, «Profesores de religión católica según el acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto», *Aranzadi social*, N° 5, (2004), pp. 749-788

³⁷ En este sentido puede verse la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril, fundamento jurídico primero, in fine; y la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo en varias decisiones: Sentencias de 22 de diciembre de 1988, 28 de enero de 1992 y 21 de febrero de 1992, entre otras.

A nuestro juicio, la misma interpretación cabe hacer en relación con la propuesta del Ordinario del lugar de los candidatos para impartir la enseñanza de religión católica en el ámbito del sistema educativo público: los jueces no pueden suplantar la motivación de la propuesta (decisión) que corresponde en exclusiva al Ordinario del lugar y que debe ser respetada con base en la autonomía de las confesiones religiosas, por ser la que garantiza que la enseñanza de la religión se haga en los términos que la confesión religiosa considera más adecuados. Lo contrario determina una vulneración de la autonomía de las confesiones religiosas, en tanto el órgano jurisdiccional se inmiscuiría en un ámbito que sólo corresponde a las autoridades religiosas, ya que no se limita a controlar formalmente la decisión de la Diócesis sino a atribuir a la no renovación una motivación no religiosa, suplantando un ámbito de autonomía de las confesiones religiosas que está vedado por imperativo del derecho de libertad religiosa. Además, esta vulneración conculca también el principio de neutralidad religiosa del Estado que la Constitución consagra en el artículo 16.3.

Por último, creo que en este punto, puede arrojar luz la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contenida en las sentencias *Serif v. Grecia*³⁸ y *Hassan y Tchaouch v. Bulgaria*³⁹, donde se dispuso que la intervención estatal en el nombramiento de ministros eclesiásticos entrañaba una vulneración de la autonomía de las confesiones religiosas. Es obvio que la situación de los profesores de religión no resulta equiparable a la de los ministros de culto, pero creo que presentan algunas resonancias, toda vez que, según el Derecho canónico, la designación del profesorado de religión por parte Ordinario supone la atribución de un encargo eclesiástico, con base en las disposiciones canónicas⁴⁰.

V. VALORACIÓN FINAL

Las incertidumbres que acompañan al nuevo marco normativo de la Ley Orgánica de Educación en lo que se refiere a la remoción de profesos-

38 Vid. Sentencia *Serif v. Grecia*, de 14 de diciembre de 1999 (TEDH 1999\70) Una exposición del contenido de esta sentencia puede verse en J. Martínez-Torrón, «Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos» en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 2 (2003), en <http://www.iustel.com>

La misma doctrina contenida en el caso *Serif*, puede verse en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, *Agga v. Grecia*, de 17 de octubre de 2002 (TEDH 2002\55).

39 Vid. Sentencia *Hassan y Tchaouch v. Bulgaria*, de 26 de octubre de 2000. (TEDH 2000\162). Vid. J. Martínez-Torrón, «Los límites a la libertad de religión y de creencias...», cit.

40 Sobre la naturaleza jurídica canónica de este encargo, puede verse J. Otaduy, «La relación jurídica de los profesores de religión en España», cit, pp. 458 y ss.

res de religión católica para su contratación por las administraciones educativas parecen difuminarse, en buena medida, si se ponen a la luz de la autonomía de las confesiones religiosas y del derecho de los padres a proporcionar a sus hijos la formación religiosa y moral —católicas, en este caso— que estén de acuerdo con sus propias convicciones.

En efecto, la referencia «se ajustará a Derecho» contenida en la Disposición Adicional tercera de la citada Ley Orgánica y en su desarrollo reglamentario tiene que ser interpretada a la luz de los acuerdos suscritos entre la Iglesia católica y el Estado el 3 de enero de 1979, señaladamente el de asuntos jurídicos y el relativo a la enseñanza y asuntos culturales, que vienen a desarrollar los apuntados derechos en el marco específico de la Iglesia católica.

El papel de los órganos jurisdiccionales en el control del ámbito de discrecionalidad de las autoridades eclesiásticas tiene que limitarse únicamente a la constatación del carácter religioso de la motivación, sin que quepa extenderlo a valorar el acierto o conveniencia del criterio la autoridad religiosa. Adicionalmente, cuando el control se extiende a suplantarse la decisión de la autoridad religiosa, designando —directa o indirectamente— a la persona idónea, se está produciendo una vulneración de la autonomía de la confesión religiosa.

En realidad la nueva Ley Orgánica de Educación no viene a agravar la actuación del Ordinario del Lugar, sino a precisar la necesidad de motivar explícitamente la falta de propuesta que necesariamente se vinculará con lo dispuesto en el Código de Derecho Canónico en materia de enseñanza de la religión. En este sentido, nada nuevo bajo el sol. Junto a ello, la garantía de la libertad religiosa colectiva exige que el control jurisdiccional de la decisión de las autoridades eclesiásticas quede circunscrito a valorar si la propuesta —o remoción del docente— se funda en motivos de índole exclusivamente religiosa, que encuentran su raíz en el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 16 de la Constitución. Sólo cuando la falta de propuesta no responda al libre ejercicio de la religión, habrá que considerarla no ajustada a Derecho, con el consiguiente restablecimiento de los derechos del trabajador.

En muchos casos de nuestra experiencia jurídica se ha sostenido que la no propuesta del Ordinario del Lugar entrañaba a una vulneración de la libertad sindical, por responder a represalias como consecuencia de haber participado en actos de conflictividad laboral. La doctrina del Tribunal Constitucional en estos casos es abundante y creo que se puede aplicar, con carácter general a todos aquellos supuestos en que la falta de propuesta responda —a juicio del profesor— a motivos distintos de los religiosos. En este sentido, y siguiendo la doctrina uniforme del Tribunal Constitucional, es necesario puntualizar, en primer lugar, que el profesor

debe aportar un indicio razonable de que la falta de propuesta, por parte de la autoridad religiosa, lesiona sus derechos laborales⁴¹. Este principio de prueba viene dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto —de naturaleza no religiosa— que ha justificado la falta de propuesta. Este indicio, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido⁴². En segundo lugar —y una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto— recae sobre las autoridades eclesiásticas la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión de no proponer al docente, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales de suerte que quede patente —esto es, suficientemente motivado— que la decisión de la autoridad religiosa responde a causas que se explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador⁴³.

Dicho en términos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, y del Tribunal Constitucional en su sentencia 128/2007, de 4 de junio, los derechos fundamentales de los profesores no pierden vigencia por el mero hecho de que la prestación de servicios se desarrolle en el marco de una relación como la del profesorado de religión, sin perjuicio de que en determinados supuestos —en particular en lo que afecta al derecho de las confesiones religiosas de organizar la enseñanza de su doctrina— los eventuales conflictos hayan de resolverse mediante la ponderación de las circunstancias del caso, reconociendo una posición prevalente al derecho de libertad religiosa de las confesiones, ya que, en otro caso, se colocaría en difícil tesitura el derecho de la Iglesia a la transmisión de sus creencias a través de la enseñanza, contenido nuclear —en palabras del propio Tribunal Constitucional— de la libertad religiosa en su dimensión colectiva.

Santiago Cañamares Arribas

Prof. Titular Universidad Complutense

41 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1986, de 20 de marzo, fundamento jurídico segundo. (RTC 1986\38).

42 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1995, de 6 de junio, fundamento jurídico cuarto. (RTC 1995\85).

43 Vid, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre, fundamento jurídico tercero. (RTC 1981\38) y la sentencia 17/1996, de 7 de febrero, fundamento jurídico quinto (RTC 1996\17).