**Coa liberdade relixiosa topamos, opositores**

**JR Chaves (contencioso.es – 23/10/015)**

A recente Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo de 6 de Xullo de 2015 (rec.1851/2014) recoñece o dereito dunha opositora, aspirante a praza de corpo docente da Xunta de Galiza, membro da Igrexa Cristiá Adventista do Sétimo Día, a ser examinada do coñecemento de lingua galega nun momento non comprendido entre a posta de sol da sexta-feira e a posta de sol do sábado,

A sentenza revoga unha sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galiza e está formulada con lóxica e sensatez, aínda que se impoñen unhas reflexións críticas sobre a situación e implicacións. Sei que xerará debate mais tamén creo que a luz nace da discusión sá, así que benvidos os comentarios respectuosos, veñan da dirección que viñeren.

1. En primeiro lugar, ouzamos o resumo de antecedentes que ofrece a Sentenza do Supremo: "*A Sra. Ramona que, ao presentar a súa solicitude para participar no proceso selectivo fixo constar a súa condición de membro comungante da Igrexa Cristiá Adventista do Sétimo Día e que o sábado era dia de preceito relixioso para ela, solicitou o 13 de xuño de 2011 que lle fose realizada noutra data a proba de coñecemento da lingua galega. Entón recordou o seu anterior escrito e invocou o artigo 12.3 da Lei 24/1992, de 10 de novembro, pola que se aproba o Acordo de Cooperación do Estado coa Federación de Entidades Relixiosas Evanxélicas de España, A Dirección Xeral de Centros e Recursos Humanos desestimou, en resolución de 15 de xuño de 2011, a petición da Sra. Ramona argumentando que, conforme ás bases, tratábase dunha proba de chamada única a realizar en unidade de acto. Neste sentido, débese ter presente que foron chamadas outro corenta e oito persoas á mesma.*

*A Sra. Ramona non concorreu á realización desta proba e, en consecuencia, foi excluída do proceso selectivo. Por iso, interpuxo o recurso contencioso-administrativo desestimado pola sentenza obxecto deste recurso de casación*."

2. A sentenza galega desestimaba o recurso contencioso-administrativo nos seguintes termos: *"No entanto, a Sala da Coruña falla en contra das pretensións da recorrente polas seguintes razóns: (i) o dereito de liberdade relixiosa (...) "non pode alcanzar a obrigación de que a Administración, nun Estado laico e aconfesional, se absteña de realizar a convocatoria neses dias porque, como sinala o T.C., non inclúe que o Estado veña obrigado a outorgar prestacións facilitadoras do cumprimento dos preceitos dunha confesión relixiosa J'; (ii) o artigo 123 da Lei 24/1992 condiciona o sinalamento dunha data alternativa a que non concorra causa que o impida e a Administración sinala que a convocatoria e realización do exercicio en unidade de acto, así como a garantía de transparencia do proceso, impedían acceder á petition, decisión esta motivada e conforme ás bases; (iii) o dereito á liberdade relixiosa non só esta limitado por razóns de orde pública senón tamén polo debido respecto a dereitos de terceiros e tamén por outros bens xurídicos protexidos constitucionalmente ( STC 154/2002 ) e, neste caso, á proba de acreditación de coñecemento do idioma estaban convocados, polo menos, outros 48 participantes, de maneira que se se lles realizasen exames separados e/ou distintos veríase afectado o dereito á igualdade na realización da proba e no acceso aos cargos públicos garantido no artigo 23 da Constitución e podería empanar a transparencia do proceso e incrementar o risco de filtracións;"*

*3.* O Supremo, nesa recente sentenza, parte do art. 12 da Lei 24/1992 pola que se aproba o acordo de cooperación do Estado coa Federación de entidades relixiosas evanxélicas de España que dispón, en relación cos“fieis da Unión de Igrexas Adventistas do Sétimo Día e doutras igrexas evanxélicas que*:*

*3. Os exames, oposicións ou probas selectivas convocadas para o ingreso nas Administracións Públicas, que tiveren de ser celebradas dentro do período de tempo expresado no número anterior (desde a posta do sol da sexta-feira até a posta do sol do sábado), serán sinalados nunha data alternativa para os fieis das Igrexas a que se refire o número 1 deste artigo, cando non houber causa motivada que o impida".*

E acrescenta como argumentación:

*Os criterios de interpretación admitidos en Dereito axúdannos a concluír que a regra nestes casos debe ser o uso dunha data alternativa e a excepción a negativa, e que, como todas as regras excepcionais, ha de ser obxecto dun entendemento restritivo. Así mesmo, sabendo que a doutrina do Tribunal Constitutional ten reiteradamente informado o maior valor dos dereitos fundamentais e chamado a interpretar o ordenamento xurídico da maneira mais favorábel á súa efectividade, postulados estes tan consolidados que escusan a cita de sentenzas que os proclamen, esa anterior conclusión vese reforzada e converxe coas razóns anteriores cara á ulterior afirmación de que a causa que impida celebrar en data alternativa a proba ou exame ha de ter entidade suficiente e que a Administración ha de a pór de relevo con precisión*.

*Chegados a este punto, non cabe senón dicir que, neste singular caso, a Xunta de Galiza non identificou unha causa que posúa a entidade necesaria para impor a solución que o lexislador considerou como excepción. Non o fixo porque, tal como resulta dos elementos presentes no proceso, é evidente que existen solucións alternativas que permiten conciliar os dereitos en conflito: a práctica seguida pola UNED de ofrecer a posibilidade de examinarse en datas distintas e con exames diferentes, mostra que poden avaliarse os coñecementos aínda con probas distintas do mesmo nivel de esixencia, práctica que é tecnicamente viábel e unha realidade admitida legalmente e utilizada en todos aqueles procesos selectivos en que, por exemplo, se prevén probas orais consistentes na resposta a temas elixidos. Ou a observada polo Ministerio de Sanidade.*

*Aliás, acontece que en ocasións en que se expuxo o conflito entre a situación persoal concreta dun aspirante que non lle permitia realizar en condicións de igualdade unha determinada proba, esa Sala non achou obstáculo para acceder á súa solicitude de a efectuar nun momento distinto ao inicialmente previsto na unidade do acto nin no chamamento único ( sentenzas de 14 de marzo de 2014 (casación 4371/2012 ) e 27 de abril de 2009 (4595/2005 )]. E aínda que esas sentenzas consideraban supostos relacionados coa maternidade inminente ou con impedimentos fisicos derivados dunha intervención cirúrxica, non hai obstáculo para as ter en conta aos efectos indicados porque mostran que a unidade do acto ou o chamamento único en procesos selectivos non posúen por si sós entidade bastante para prevaleceren fronte a un dereito fundamental”*

En consecuencia, estima o recurso e recoñece "*á recorrente o dereito a proseguir o proceso selectivo e a que, de superalo cunha puntuación igual ou superior á do ultimo dos aspirantes que lograron praza, sexa nomeada funcionaria do Corpo de Mestres na especialidade de Educación Infantil con efectos desde que se produciron para os demais nomeados*."

4. Como toda sentenza do Supremo debe ser acatada, mais iso non exclúe expor unha reflexión personalísima.

Vexamos onde ao meu xuízo poderia radicar o calcañar de Aquiles da argumentación do Supremo. Afirma o Supremo, e por iso subliñei a chave das súas tres alegacións encadeadas: que debe prevalecer un dereito fundamental (liberdade relixiosa), que non se identificou causa prevalente de entidade necesaria e que existían alternativas como nos exames da UNED.

Sen parar moito a pensar, ocórreseme:

A) Por suposto que a liberdade relixiosa ten rango de dereito fundamental (art J 6 CE) mais agora non se enfronta a un dereito consuetudinario nin regulamentar, senón a outro dereito fundamental de rango constitucional (art.23.2 CE: dereito de igualdade no acceso ao emprego público). E este dereito prevalente é manexado pola Xunta e pola sentenza de instancia, ademais de que o *iura novit curia* cubriria o seu identificación. Ese dereito á igualdade vincúlase ao art. 103 da propia Constitución (mérito e capacidade, o que exclúe consideracións que os menoscaben) e aos ''requisitos que sinalen as leis", concretamente o Estatuto Básico do Empregado Público vixente en 2007 (con posterioridade á Lei 24/1992), cuxos artigos 55.1 e 61.1 non deixan físgoa para quebrantar o principio de igualdade de oportunidades alén da discriminación positiva por razón de sexo ou adaptación por discapacidade.

É curioso que a sentenza do Supremo cita ese art.23,2 ao fío de resumir a sentenza de instancia, mais entérrao na súa argumentación ulterior deixándonos sen saber a razón pola que se debilita ese dereito fundamental de acceso ao emprego público en condicións de igualdade. Asi resume o Supremo o criterio da Sala galega, que por certo - e discúlpeseme a franqueza- creo que se expresa en roman paladino: “á proba de acreditacion de coñecemento do idiorna estaban convocados, polo menos, outros 48 participates, de maneira que se se lles realizasen exames separados e/ou distintos veríase afectado o dereito á igualdade na realización da proba e no acceso aos cargos públicos garantido no articulo 23 da Constitución e poderia empanar a transparencia do proceso e aumentar o risco de filtracións”.

B) Por outra banda, o Supremo aduce que existian altemativas como nos exames da UNED. Novamente sinto a falta dunha precisión ao meu xuízo fundamental. Unha cousa son os procedementos non competitivos como os exames da UNED (en que non está en xogo o dereito de acceso ao emprego público e en que a nota dun non prexulga a doutro alumno) e outra cousa moi diferente son os procedementos competitivos selectivos para emprego público (onde son moitos os chamados e pouco os elixidos, e ademais a orde de puntuación importa). Esta singularidade é chave porque evidentemente cando non está en xogo a limitación de prazas, cando non importa ter mellores ou maiores calificacións, ha de garantirse a solicitude amparada na liberdade relixiosa porque é indiferente a data de realización. En troca, se hai fins constitucionais lexítimos como son a igualdade no acceso ao emprego público, é medida proporcionada a implantación do principio de unidade de acto do exame.

C) Finalmente, é certo que cando se dan emerxencias sanitarias ou perigo de saúde, os Tribunais relativizan loxicamente o principio de exame en único acto e permiten o seu exame ao opositor doente ou accidentado, noutra data. Mais: C.I- Este criterio, aqui si, responde a unha excepción, que como tal ha de ser restritiva (doenza incompatíbel na data sinalada de exame) ; C.2- Non depende da vontade, gusto ou sentimento senón que responde ao caso fortuíto ou forza maior da doenza, institutos coñecidos no noso Ordenamento Xuridico; C.3- Aplícase por igual a todos, sexa cal for a confesión relixiosa.

En troca, o criterio da confesión relixiosa é aplicado exclusivamente a quen a profesa, e neste punto hai que evitar algo parecido ao "*forum shopping*” ou abuso de dereito. E por iso creo que o seu seria que quen pretende beneficiarse dunha excepción acredite a súa condición de practicante asi como o carácter nuclear, troncal ou capital que reviste o sábado para a confesión e a súa incompatibilidade coa data sinalada.

5. Insistirei en que considero que o dereito fundamental á liberdade relixiosa de toda persoa inclúe a protección de gardar un dia de descanso para culto ou adoración a Deus, cando esta constitúa un elemento fundamental da relixión que se profesa e a crenza da persoa é seria e non acomodaticia nin lesiva dun dereito fundamental de terceiros de idéntico rango.

Isto levaríanos a un xuízo de razoabilidade caso a caso, onde se analice se a limitación do dereito fundamental responde a un fin lexítimo, perseguido por un medio adecuado que, ademais, *prima facie* non revele a afectación de ningún outro dereito constitutional de maior importancia. E acudindo ao caso concreto, creo persoalmente que non deberia admitirse que se sacrifique o dereito fundamental á igualdade dos demais aspirantes por tutelar a liberdaderelixiosa na súa vertente formal (acto de culto rutineiro, non acto solemne fundamental da mesma que se afecte por unha proba académica de idiomas).

E con respecto á confesión relixiosa, e con aproximación curiosa con todas as reservas, molesteime en acudir ás propias fontes (fhttp://esxatholic.net/op/articulos/1097/cat/17/informe-sobre-a-igrexa-adventista-do--septimo-dia.html) da Igrexa adventista e leo: “*A súa principalinnovación refírese ao rexeitamento da celebración dominical (á que consideran a principal mentira de Babilonia, é dicir, a Igrexa Católica), substituíndoa pola observancia do sábado como día sétimo, recuperando deste xeito a práctica xudia. En xeral, o culto celébrase os sábados entre as 9 e as 11 hs. É un rito moi sinxelo, ao uso das Igrexas da Reforma. É presidido polo Pastor, e consta dunha invocación a Deus, un canto de encomio (doxoloxía), lecturas das Escrituras, oracións, predicación, lavatorio dos pés, reconciliación pública, o rito da cea (que realizan só 4 veces ao ano) e unha doxoloxia final*."

Mais é mais, basta seguir as fontes da propia confesión para decatarse de que a prohibición do sábado é para traballar mais, que eu saiba, facer un exame de coñecemento de idioma, non o é; asi deriva do libro sacro: *«En seis dias Yahvé fixo o ceo e a terra, o mar e todo canto hai en deus, mais o sétimo dia Yahvé descansou, e por iso bendiciu o sábado e fíxoo sacro*». (Ex. 20, 11). «*Seis dias traballarás e farás as túas obras, mais o sétimo é sabado de Yahvé o teu Deus*» (Deut. 5, 13-14).

Neste punto é importante ter presente que a prohibición do sábado para os xudeus especifícase nunha listaxe de 39 labores, encanto para os adventistas non existe tal afán senón que se mantén a prohibición xenérica de traballar en sábado e dedicalo ao culto, o que deixa subsistente a dúbida razoábel da razón pola que unha sinxela e breve proba de coñecementos dun idioma é incompatíbel ou lesiva do seu mandato relixioso. Por iso, asistia á recorrente a carga de acreditar e demostrar este extremo, que resulta crucial para verificar a proporcionalidade da medida en relación coas súas crenzas.

Por tanto, que desde os relixiosos adventistas se pretenda estender a prohibición relixiosa de “traballar” a realizar unha valoracion de coñecementos, unha proba deportiva ou ver un filme, por exemplo, paréceme un abuso de dereito, que non ten amparo no que a liberdade relixiosa quere tutelar. De feito a web da propia Igrexa Adventista do Sétimo Dia (Oittp://www,adventistas.org/é/institucional/organizacion/doficiais/observancia-do-sabado/), en relación a probas de exames afirma literalmente sobre a observancia do sábado: "*O cuarto mandamento do Decálogo (Exo. 20:8-11) desacredita a realización de actividades seculares no sábado, que xeren lucro ou beneficio material. Involucrados en tales actividades están os programas de planificación e preparación para a vida profesional, incluíndo a asistencia a clases e a participación en prácticas, simposios, seminarios e relatorios de índole profesional, concursos públicos e probas selectivas. En caso de confinamento para render exames, despois de terminar o sábado, as horas deste día deben ser investidas en actividades espirituais*”. Vaia! Non hai penas do inferno por conculcar o sábado co estudo ou realización de exames, senón que debe compensarse con tarefas espirituais ao dia seguinte.

6. Esa extensión da liberdade relixiosa até o punto de dobregar principios constitucionais (singularmente o de igualdade en relación co mérito e capacidade) resulta sumamente perigosa, Que eu saiba, as eleccións celébranse en domingo e dada a maioria católica en España confio en que ninguén escuse a súa participacion nas tarefas públicas das mesas electorais a base de invocar o seu dereito ao descanso en domingo, dia de culto (cuxa orixe bíblica de descanso é a mesma que o sábado xudeu ou dos adventistas).

7. En fin, creo que se o art. 12 da Lei 14/92 excepciona do seu dereito a expresa circunstancia de “salvo causa motivada que o impida”, no presente caso existía causa motivada pois nada menos que 46 aspirantes debían realizar a proba en unidade de acto e sob idéntica esixencia de nivel. Unha motivación formal (as bases da convocatoria consentidas e firme contemplaban a unidade de acto da proba) e unha motivación substancial (garantir a igualdade de oportunidades dos aspirantes, mérito e capacidade). E ademais, cunha Lei que ampara a decisión administrativa, cuxa constitucionalidade non está comprometida. Branco e en tetrabrik!

8. De feito, o Tribunal Supremo dos Estados Unidos analizou en infinidade de ocasións o alcance do descanso do sábado para os xudeus en relación coas súas obrigacións laborais e precisou que: a ponderación inquebrantábel en favor dos observadores do sábado sobre todos os demais intereses contravén un principio fundamental da garantia da liberdade relixiosa, tan ben articulada polo xuíz Learned Hand: “*A Primeira Emenda... non dá a ninguén o dereito a insistir en que, na busca dos seus propios intereses, outros deben conformar a súa conduta ás súas propias necesidades relixiosas*." (Thornton v. Caldor, Inc. -472 Ou.S. 703, 1985).

E de ahi constrúe a teoria da "'carga significativa” , isto é, que debe harmonizarse o interese relixioso na medida en que non prexudique terceiros ou supoña unha carga onerosa para eles.

9. Por iso comparto plenamente e resúltame certeiro o razoamento perante caso similar de adventista diante de proba selectiva que utilizou a Corte Constitutional de Perú na súa sentenza de 22 de Maio de 2013 (http: //www, tc. Gob .pe/xurisprudencia/2013/02430-2012- AA.html) onde conclúe literalmente o seguinte:

*A este propósito, faise necesario distinguir dous supostos. O primeiro é referido aos exames correspondentes a unha materia conducentes á aprobación desta. En tal caso, asiste ao alumno o dereito de solicitar unha troca de data do exame e á entidade educativa estatal, realizando un esforzo de acomodación ou adaptación razoábel que permita harmonizar (cfr. artigo 3Q, inciso /Jff/, da Lei de Liberdade Relixiosa) ou conciliar a data de realización do exame co respecto da liberdade relixiosa do alumno, deberia brindarlle unha data alternativa para render o exame.*

*Un segundo suposto é referido a exames de admisión a entidades educativas estatais (por exemplo, universidades), como é o caso de autos, convocados no día de descanso relixioso de algún concursante. En tales casos, o respecto ao dereito-principio de igualdade esixe que o exame teña lugar simultaneamente para todos os concursantes, pois desta forma garántese que haxa unha igual comparación das capacidades e méritos de todos eles, a fin de obter, en igualdade de oportunidades e condicións, unha puntuación que lles permita alcanzar unha praza e a orde da súa adxudicación. Nestas circunstancias, un exame realizado a algún postulante en data distinta á dos demais, acarretaria o risco de romper inxustificadamente esa igualdade na avaliación da capacidade e méritos de todos os concursantes, sexa que o contido do exame fose o mesmo ou diferente en ambas as datas. Por estas razóns, a entidade educativa non está obrigada neste caso a sinalar unha data alternativa de exame para o concursante que, por razóns de conciencia, solicite render o exame en data distinta á convocada. Sen prexuízo diso, conforme ao citado articulo 7º do Regulamento da Lei de Liberdade Relixiosa, as entidades educativas estatais deben procurar convocar os seus exames de admisión en datas que non entren en colisión co día de descanso relixioso dos concursantes.*

*Por estes fundamentos, o Tribunal Constitutional, coa autoridade que lle confire a Constitución Politica do Perú*

*RESOLVEU: Declarar 1NFUNDADA a demanda no que respecta á ameaza de afectación dos dereitos á liberdade relixiosa e á educación, de acordo co artigo 2° do Código Procesual Constitutional*

Comparto plenamente esa afirmación e creo que teria sido a tese a seguir polo noso Tribunal Supremo.

E asi no caso que nos ocupa dáse o paradoxo de que para protexer a posíbel discriminacion por razóns relixiosas provócase a discriminación nos que a profesan xa que todos farán o mesmo exame no mesmo acto e data e outra persoa o realizará de forma e en data distinta.

Ademais, para mais *inri*, se como parece non existiu suspensión da proba para a aspirante, gozou de tres anos para perfeccionar o idioma galego. Cousas veredes, amigo Sancho.

NOTA.- A sentenza íntegra que revoga a sentenza galega (que coincidia por certo coa Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Murcia do 27 de abril de 2015frec,6/2013) está aquí:

httvs://kontenciosoMes.wordvressxom/2015/08/stS'adventista.vdf

Orixinal: contencioso.es (23/10/2015)