

# SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

ABRAHAM BARRERO

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y ACTUACIÓN DE LA IDEA.—II. DIALÉCTICA DE PODERES: NEGACIÓN DE LA LIBERTAD: 1. *Arranque constitucional: la religión católica como ley fundamental de la Monarquía.* 2. *Doctrinarismo político y conservadurismo religioso. Regresión constitucional.* 3. *La hipócrita tolerancia canovista.*—III. TIEMPO DE DERECHOS: INDICIOS DE LIBERTAD: 1. *El nuevo espíritu público.* 2. *La cuestión religiosa en las Constituyentes de 1869: un cambio político.* 3. *Laicismo y separación en la Constitución republicana de 1931. Entre la dialéctica de poderes y el principio de libertad.*—IV. DICTADURA Y DOGMATISMO RELIGIOSO: 1. *Negación constitucional: prevalencia concordataria.* 2. *La modificación del artículo 6 FE como exigencia de la confesionalidad sustancial del Régimen Franquista.*—V. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. NUEVAS PERSPECTIVAS.

## I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y ACTUACIÓN DE LA IDEA

La historia constitucional española, en conjunto, no se aparta de la línea general que han seguido las demás naciones europeas, pero, desde luego, tiene sus rasgos específicos. Uno de ellos es la estrechísima vinculación entre el Estado y la Iglesia católica. En España durante siglos la confabulación entre el poder político y el poder religioso silenció a quienes discrepaban de la verdad oficial. La Inquisición es la forma española de una intolerancia desgraciadamente común a toda Europa, pero aquí se hizo especialmente difícil defender, sin peligro, ideas propias y personales, sobre todo si no se expresaban a través de las plantillas de la religión establecida. La dialéctica Estado-Iglesia ha sido un problema constante en la historia de nuestro constitucionalismo, al punto de que el reconocimiento constitucional de la libertad religiosa y, por ende, el desarrollo y consolidación del sistema constitucional del Estado se ha visto condicionado por las vicisitudes de esa relación entre poderes. Como ha escrito recientemente Javier Pérez Royo:

«Si la libertad religiosa ha sido tan importante en el proceso de imposición primero y de afirmación después del Estado Constitucional, ha sido por su carácter problemático durante los siglos que van de la Reforma y Contrarreforma a las Revoluciones americanas y francesa. La libertad religiosa ha sido importante para el devenir del Estado Constitucional por su no reconocimiento durante todo ese período. La lucha por su reconocimiento y garantía ha sido el motor que acabaría desembocando en el Estado Constitucional. Durante la primera fase de afirmación del Estado Constitucional en el continente europeo la libertad religiosa continuó siendo un problema importante y un obstáculo significativo en el proceso de afirmación del Estado. En unos países más y en otros menos. En España, entre los países europeos, de los que más» (1).

Históricamente, la idea de la autonomía de la conciencia individual en asuntos de religión surge en la Europa de la Reforma, dividida por agudas controversias y luchas religiosas. Las corrientes económicas y sociales de la época crearon las condiciones necesarias sin las cuales no podría explicarse dicho resurgimiento religioso y la sorprendente rapidez de su expansión (2). Muchos teóricos de la política de los siglos XVI y XVII —como Erasmo, Bodino, Castellón, Milton, Spinoza, Thomasius— desarrollaron argumentos a favor de la tolerancia religiosa. Pero quizá la argumentación más famosa sea la *Carta sobre la tolerancia* (1689) de Locke. Entre los principales argumentos de Locke destaca la afirmación de que la creencia y vivencia religiosa no puede estar sometida a coerción externa pues requiere una *aprobación consciente* del individuo. La práctica religiosa es una cuestión eminentemente personal: cada individuo es responsable a este respecto sólo ante su Dios, y la herejía de un hombre no tiene por qué prejuzgar la salvación de otro. Y puesto que los asuntos religiosos son competencia de cada uno, nadie puede encomendar su propia salvación al cumplimiento de los dictados del magistrado (3).

También destaca la consideración de que la propia función del Estado es mantener el orden y la seguridad pública, de modo que la intolerancia religiosa

(1) J. PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 347.

(2) Sobre ello W. DURANT: *La Reforma*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1960; H. J. LASKI: *El liberalismo europeo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, págs. 139 y sigs.; B. RUSSELL: «La Filosofía Moderna», *Historia de la Filosofía Occidental*, tomo II, Espasa Calpe, Madrid, 1971; G. R. ELTON: *La Europa de la Reforma (1517-1559)*, Siglo XXI, Madrid, 1976; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1982, págs. 87 y sigs.; M. LUTERO: *Escritos políticos* (Estudio preliminar y traducción de Joaquín Abellán), Tecnos, Madrid, 1986; H. KAMEN: *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa Moderna*, Alianza, Madrid, 1987; H. LUTZ: *Reforma y Contrarreforma*, Alianza, Madrid, 1992.

(3) J. LOCKE: *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 10-11.

sólo está justificada cuando es necesaria para preservar ese fin. La noción moderna de laicismo, ya intuida en los escritos de Locke, incorpora no sólo la distinción entre Estado e Iglesia sino también la concepción de la Iglesia como asociación voluntaria de fieles. El poder político no debe expresar juicios sobre la religión, pues no es competente para dar definiciones en materia de fe, y, por su parte, la Iglesia debe mantener su propia autoridad dentro de la esfera espiritual que le es propia. Ya que el fin de la religión es la consecución de la vida eterna a través del culto a Dios, las leyes eclesiásticas no deben referirse a los bienes terrenales ni recurrir a la fuerza, que le pertenece sólo al magistrado. La única fuerza de que puede valerse el poder eclesiástico es la de la persuasión, que tiende a promover el libre consentimiento de la conciencia individual, y la única sanción para los disidentes es que al ponerse en contra de la Iglesia dejan de formar parte de ella (4).

Hay que recordar, además, que Locke parte de la premisa de que «toda iglesia es ortodoxa para sí misma y errónea para las demás» (5), adelantándose con esta intuición al racionalismo moderno que somete a un control permanente las verdades aceptadas por la razón y excluye toda validez definitiva. La justificación filosófica de la libertad de conciencia descansa, en último análisis, sobre la aceptación humilde de la ignorancia humana. Puesto que la certidumbre absoluta es imposible, debe reconocerse al individuo la posibilidad de explorar libremente las diversas alternativas que se le ofrecen como el único método que la experiencia aconseja para acercarse a la verdad. Ninguna iglesia ni individuo debiera intentar monopolizarla, pues es sumamente improbable que uno u otra posean la certeza acerca del destino humano. Para reconocer la verdad, todos los hombres disponen de la misma herramienta: su razón, «su propia búsqueda y estudios privados» (6).

En tiempos modernos, el Estado laico, plural o heterodoxo se convertirá en el modelo alternativo positivo a la mera tolerancia. Pierre Bayle ya lo propuso en la década de 1680, pero incluso los hugonotes franceses tendían a estar de acuerdo en que el pluralismo religioso, que de hecho les habría liberado de la persecución, era inconveniente para la cohesión social de una nación (7). Bayle parte del carácter absoluto de la conciencia y de la razón individual, lo que le lleva a exigir la más completa autonomía del individuo en cuanto a sus opiniones y convicciones. La conciencia se erige en el exclusivo principio justificador de la acción humana, de suerte que si el hombre se aparta de ella entraría en contradic-

(4) *Ibid.*, págs. 11 y sigs.

(5) *Ibid.*, pág. 39.

(6) *Ibid.*, pág. 58.

(7) H. KAMEN: *Op. cit.*, págs. 227 y sigs.

ción con la naturaleza racional que le es propia. En este sentido, Bayle alude a la razón como «luz natural, juez o parlamento supremo», para concluir afirmando que cada uno ha de determinarse «bajo sus propias luces» (8). Nadie puede exigir que lo que a él, de acuerdo con su atenta reflexión racional, le parece cierto tenga que serlo también para los demás. La verdad que obliga es la verdad de cada uno y sólo en ella existe la idea metafísica de la verdad. En Bayle, la libertad de conciencia religiosa se fundamenta, más que en su escepticismo, en la concepción del individuo como realidad absoluta. Es la individualidad la que importa: todas y cada una de las personas entre las que hay una gran diversidad (9).

Acogiendo estas sugerencias, la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano (1789) supone el primer reconocimiento constitucional de que el pluralismo religioso podía ser justificable por derecho propio. En ella se dice que «*null ne doit être inquieté pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi*» (10), quedando así derogadas las previsiones del Edicto de Tolerancia (1787), desplazadas por lo que en el curso del debate constituyente se llamó la «*pleine liberté de l'esprit*» (11). Poco después, la Constitución francesa de 1791, en su capítulo de disposiciones fundamentales, reconocería la libertad de todo hombre para «*exercer le culte religieux auquel il est attaché*» (12). Antes, en la última línea de su preámbulo, ya se ha declarado que «*la loi ne reconnaît plus ni voeux religieux ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution*» (13).

En la misma línea, la Declaración de Derechos de los Estados Unidos (1791) afirma que «*Congress shall make no law respecting an establishment of*

(8) J. ARROYO POMEDA: *Bayle o la Ilustración anticipada*, Ediciones Pedagógicas, Madrid, 1995, pág. 138.

(9) W. E. REX: *Essays on Pierre Bayle and Religious Controversy*, Nijhoff, La Haya, 1965; G. B. BRUSH: *Montaigne and Bayle variations on the theme of scepticism*, Nijhoff, La Haya, 1966; R. POPKIN: *History of Scepticism from Erasmus to Spinoza*, University of California Press, Berkeley, 1975.

(10) Citado según J. GODECHOT: *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier Flammarion, París, 1970, pág. 34.

(11) F. ALCAN (edit.): *La liberté de conscience en France*, París, 1909, págs. 89-97; F. MOREAU: *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, París, 1921, págs. 496-497; G. BURDEAU: *Les libertés publiques*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1961, págs. 345-349; J. RIVERO: *Les libertés publiques*, Presses Universitaires de France, París, 1972, págs. 163-165; J. ROBERT: *La liberté religieuse et le regime des cultes*, Presses Universitaires de France, París, 1977, págs. 41-44; S. RIALS: *La declaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, París, 1988, págs. 245 y sigs.

(12) Citado según J. GODECHOT: *Op. cit.*, pág. 36.

(13) *Ibid.*, pág. 35.

*religion, or prohibiting the free exercise thereof*» (14), quedando así garantizadas tanto la libertad religiosa individual (*free exercise clause*) como la separación y neutralidad recíproca entre el Estado y la o las Iglesias (*establishment clause*). El juego combinado de ambas cláusulas, muy difícil de arbitrar en ocasiones, pretende conciliar el ideal separacionista con el libre ejercicio de la religión, sin condicionarlo con ningún matiz antirreligioso (15). La doctrina científica y la jurisprudencia americanas han coincidido en señalar que la primera enmienda consagra dos principios fundamentales y vinculantes para el poder público en su aproximación al fenómeno religioso: el voluntarismo y la separación de esferas. De un lado, la *free exercise clause* veda cualquier grado de compulsión directa o indirecta sobre las creencias religiosas de la persona, y, desde este enfoque, también la *establishment clause* podría interpretarse como una manifestación del voluntarismo al asegurar que el avance de las diversas Iglesias obedezca exclusivamente al apoyo voluntario de sus fieles. De otro lado, la separación refleja el ideal de Jefferson y Madison para quienes las funciones del gobierno y de la religión se desarrollarían más prósperamente si el uno permaneciese independiente de la otra (16).

Con ello, en un noble ejercicio de coherencia intelectual y política, el constituyente francés y americano daba un paso de gigante. Fundado y organizado «el tipo Estado constitucional» (17) desde la libertad, desde los derechos natu-

---

(14) Citado según R. L. PERRY (edit.): *Sources of our Liberties*, American Bar Foundation, Chicago, 1978, pág. 432.

(15) En este sentido es clásica la postura del juez Renquist en *Wallace v. Jaffree*: «(...) nada en la cláusula antiestablecimiento exige que el Estado sea estrictamente neutral entre religión e irreligión, ni tampoco que el Congreso o los Estados no puedan perseguir propósitos seculares a través de medios que no resulten discriminatorios para la religión». Citado según L. H. TRIBE: *American Constitutional Law*, Mincola, Nueva York, 1988, págs. 1162-1163.

(16) Las creencias religiosas de Jefferson armonizan con su teoría política. Utilitarista conservador, pensaba que la ética cristiana era esencial para la virtud del hombre como ser social y para un estado justo y armonioso. En respuesta a la Iglesia Anglicana de Virginia defendía la libertad religiosa, entendida como la libre y plena expresión de todas las creencias (y las formas de no creencia) religiosas y esperaba que a través de la expresión de tal diversidad, los ciudadanos extrajeran la esencia de las enseñanzas morales de Jesús. Madison, por su parte, apoyaba el argumento de Locke de que la libertad religiosa era un derecho natural fundamental, ya que la mente humana no podía, en base a su naturaleza, ser obligada a la fe, y que el gobierno legítimo se establecía mediante un contrato no para la salvaguardia celestial, sino en virtud de su utilidad terrena. Sobre ello T. JEFFERSON: *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 51, 280-285, 321-323, 346-347, 431 y 477-478; G. HUNT (edit.): *The Writings of James Madison*, Nueva York, 1910, págs. 36 y sigs.

(17) P. HÄBERLE: *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Minima Trotta, Madrid, 1998, pág. 45.

rales (prepolíticos) del hombre, tuvo que reconocerse al individuo y a su autonomía como el fin último hacia el que debía orientarse toda actuación del Estado. En la plena realización del hombre se halla la razón de ser del nuevo hacer político. El poder público prescinde de fines propios o de cualquier justificación supraindividual para asumir como único principio de su legitimidad la protección de la persona y de sus derechos (18). Ello anula, por ejemplo, la llamada *razón de Estado* como principio capaz de justificar cualquier forma de acción política, pero excluye también otros elementos transpersonales que a lo largo de la historia se habían erigido en fundamento de la legitimidad del Estado, como la raza, la religión, etc. (19). No se trata de asegurar una genérica libertad colectiva o de la nación, sino la libertad de cada individuo, su posibilidad real de autorealización o autodeterminación en cualquier ámbito de su existencia. La esencia del constitucionalismo liberal consiste en poner en cuestión políticamente la política. La libertad es la condición natural del hombre. La autoridad política es convencional. Y la prioridad de la libertad sobre la autoridad exige la promoción de principios de derecho que establezcan los límites del gobierno y aseguren los derechos de los ciudadanos (20). El respeto y

(18) Vid. por ejemplo R. A. RUTLAND: *The birth of the bill of rights 1776-1791*, Collier Books, Chapel Hill, 1955; C. B. SWISHER: *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1958; A. TRUYOL Y SERRA: *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1984; A. E. SUTHERLAND: *Constitutionalism in America. Origin and Evolution of its fundamental ideas*, Nueva York, 1955; L. W. LEVY: *The bill of rights, en The American Founding. Essays on the Formation of the Constitution*, Nueva York, 1988; G. DEL VECCHIO: *La Declaration des droits de l'homme*, Fondation Européenne, Roma, 1968; P. RAYNAUD: «La declaration des droits de l'homme», en *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. II, *The Political Culture of the French Revolution*, Oxford, 1988; F. HAYEK: «Los fundamentos de la libertad», en sus *Obras Completas*, vol. XVIII, Unión Editorial, Madrid, 1991, págs. 252-256; M. GAUCHET: *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, París, 1989; K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, págs. 151 y sigs.; C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, págs. 137 y sigs.; M. GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1984, págs. 38-40; I. DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 11-14; J. M. RODRIGUEZ PANIAGUA: «Derecho constitucional y derechos humanos en la Revolución norteamericana y francesa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 19, 1987, págs. 53-73; B. CLAVERO SALVADOR: *Los derechos y los jueces*, Civitas, Madrid, 1988; M. FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 55-95.

(19) Véase por todos B. CLAVERO SALVADOR: *Razón de individuo, razón de estado, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 71 y sigs.

(20) De ahí deriva el *mínimo* o *ideal* de Constitución enunciado en el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la separation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution*». Citado según J. GODECHOT: *Op. cit.*, pág. 35.

servicio de los derechos individuales deviene «el interés público primario» (21). La política tiene que estar inspirada, vivificada, por el liberalismo, que consiste en la apelación a la condición personal del hombre, intrínsecamente libre, proyectivo y, por tanto, imaginativo. A juicio de Hegel, «que el hombre se apoyara en la cabeza, esto es, sobre el pensamiento, y construyera la realidad a partir del mismo (...), ello fue un magnífico amanecer» (22).

En particular, también la vivencia religiosa, o su carencia, pasan a contemplarse como un importante rasgo de la personalidad de cada cual, de su libertad de pensamiento, de su cosmovisión. La conciencia religiosa ya no es, no debe ser, reprimida o tolerada porque es contenido de derecho. La libertad de conciencia religiosa es exigible como derecho. Como ha destacado Bartolomé Clavero, en los textos fundacionales del constitucionalismo «no es *law*, derecho objetivo, sino *right*, derecho subjetivo, ya la religión misma» (23). El poder público no negará la divinidad, permitirá que quien crea en ella la busque por su cuenta y riesgo, como aventura individual de su pensamiento libre, pero organizará la convivencia, la existencia civil, como si esa divinidad no existiera. Cuida de que nadie se arrogue el derecho de someter a otros a su tribunal. En el plano de la realidad social y política ninguna doctrina, ninguna creencia, puede pretender el valor de la exactitud. No existe una verdad indubitada y ningún hombre puede imponer a otro una doctrina en base a su fundamento cierto o al error del adversario. El relativismo es, pues, esencial.

Como Stuart Mill defendiese años más tarde en *Sobre la libertad* (1859), y aquí resuenan las ideas de Lutero y de Locke, la sociedad no puede coaccionar a los individuos en contra de su voluntad, salvo en defensa propia. La única finalidad por la que el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada es la de evitar que su conducta perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es razón suficiente para coartar su libertad. El paternalismo es ilegítimo y la legislación moral radicalmente ilícita. La libertad de conciencia representa un *prius* frente a las relaciones que se entablan con el poder. Mill considera, en suma, que una adecuada comprensión de la moralidad y de la vida social muestra que la prohibición sólo puede estar justificada como medida defensiva. Y es que los mayores bienes de la vida pedían ser «experimentados en vida» (24), es decir, en libertad.

Como enseñan los textos fundacionales del constitucionalismo, el gozo de

---

(21) J. RAWLS: *Political liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, pág. 228.

(22) Citado según P. HÄBERLE: *Op. cit.*, pág. 34.

(23) B. CLAVERO SALVADOR: *Los derechos y los jueces*, cit., pág. 30.

(24) J. S. MILL: *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1997, pág. 94.

la libertad exige en buena lógica la secularización de la actividad política. Cuando Locke dice que los derechos del hombre son ajenos a la religión, piensa, sin duda, en este proceso de secularización y en la ausencia de protagonismo de la Iglesia católica o de los protestantes, como la calvinista o luterana, en esa lucha por la libertad que alcanza desde el siglo XVI al XVIII. Que el Estado ni pueda creer ni dejar de creer representa algo más que una imposibilidad física, constituye más bien una exigencia de la adecuada protección de los derechos individuales en materia de conciencia y religión. Si los derechos tratan de hacer posible el desarrollo integral de la persona y el ejercicio efectivo de la libertad, es decir, la conversión de la libertad genérica en autodeterminación que se expresa en derechos concretos vinculados a la dignidad humana, ninguna relación de poderes, ningún «*engagement religieux*» (25), podía cuestionar su excelencia. Por ello, de ser concebidas principalmente como socias del gobierno y como agentes de administración, las iglesias se contemplan como grupos voluntarios de la sociedad cuya función política, de existir, es la de la educación moral y la de un grupo de presión. Y nada más.

## II. DIALÉCTICA DE PODERES: NEGACIÓN DE LA LIBERTAD

### 1. *Arranque constitucional: la religión católica como ley fundamental de la Monarquía*

*Spain is different.* Otra es también su filosofía política. Desde que los Reyes Católicos cimentaron la unidad nacional sobre la unidad religiosa, siglos de intolerancia hicieron de nuestra ser colectivo, de nuestra *constitución social-material*, una red de miedos, sospechas y delaciones. La Inquisición actuaba más como un instrumento de policía política destinado a evitar la introducción de ideas novedosas o rupturistas. No se olvide que España encabezó la reacción contra el movimiento de Lutero. Luego, al ir desapareciendo los enemigos tradicionales de la ortodoxia católica, como los moriscos, los protestantes o los criptojudíos, el Santo Oficio fijó su atención en otros adversarios, como los liberales y los revolucionarios. Como ha precisado Henry Kamen, «la Inquisición debería ser representada como un reflejo de los intereses de clases más bien que de los de la religión» (26). Sin duda, en cuanto contribuyó al inmovilismo de una sociedad determinada, y puso barreras a novedades entendi-

(25) J. GODECHOT: *Op. cit.*, pág. 35.

(26) H. KAMEN: *La Inquisición española*, Grijaldo, Barcelona, 1972, pág. 57.

das como peligrosas, fue un factor conservador del estado de cosas dominante, y por lo mismo favorecedor de la situación de los estamentos privilegiados. Aquella sociedad cerrada necesitaba el soporte de ese espíritu inquisitorial. Fueron muchos siglos persiguiendo, excomulgando, censurando, imponiendo, en definitiva, cánones de vida y creencias. Sin la menor ocasión para que las inquietudes del espíritu fluyesen espontáneamente. Mientras Spinoza, Milton, Bayle, Locke o Voltaire defienden el derecho de cada cual a entenderse con su Dios a solas, a salvo de toda coacción o amenaza, con una argumentación vinculada al pactismo y al pragmatismo político como conducta ventajosa, y mientras los textos fundacionales del constitucionalismo actúan ese fundamento argumental secularizado en favor de los derechos de la conciencia libre, aquí subsiste el binomio antitético entre verdad y libertad, dentro de una sociedad idealmente construida sobre los principios de la Contrarreforma (27). Eran heterodoxos marginales quienes se atrevían a cuestionar ese *status quo*, pues la religiosidad era entonces monopolio de una Iglesia encarnada en el Estado (28). Lo castizo era lo católico.

Los liberales gaditanos, tan combativos en la defensa de algunos de sus principios, aprueban «por aclamación» (29) en la Constitución de 1812 un artículo en el que se dice que «la religión católica, apostólica y romana, única verdadera, es y será perpetuamente la religión de todos los españoles», añadiendo a renglón seguido que «la Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra» (30). Otro texto contemporáneo al constitucional es de 1818, lo firma el entonces obispo de Ceuta fray Rafael Vélez, y reza así:

«Siendo la religión la principal base del Estado, éste no podrá quedar tranquilo si aquélla se la intenta reformar o destruir. El alma padece más que el cuerpo cuando éste llega a enfermar; pero el cuerpo siente al mismo tiempo que el alma cuando ésta se altera, se fatiga y llega a desfallecer. Las convulsiones que de

---

(27) Véase por ejemplo L. RODRIGUEZ ARANDA: «La recepción y el influjo de las ideas políticas de John Locke en España», *Revista de Estudios Políticos*, 76, Madrid, 1954, págs. 115-130; H. KAMEN: *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa Moderna*, cit., págs. 140-153; A. ALCALÁ y OTROS: *Inquisición española y mentalidad inquisitorial*, Ariel, Barcelona, 1984; F. TOMÁS Y VALIENTE: «Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen», *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 1587-1604.

(28) M. MENÉNDEZ PELAYO: *Historia de los heterodoxos españoles*, 2 vols., Editorial Católica, Madrid, 1986-1987.

(29) Diario de Sesiones, día 3 de septiembre de 1811, pág. 1749.

(30) Para ésta y otras citas de nuestras Constituciones históricas, vid. R. RICO LINAGE: *Constituciones históricas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994.

medio siglo a esta parte han aquejado a la Europa, tuvieron su principio en las reformas que los gobiernos comenzaron a hacer en la religión. Si la Francia, si la Alemania, si la Italia, si los reinos todos católicos no hubieran dada tanta acogida a los planes de reforma eclesiástica y a las nuevas doctrinas en materia de religión, sus pueblos hubieran seguido como antes unidos a sus obispos, sus curas y ministros de la Iglesia, y necesariamente adheridos al trono, que respetaban allí» (31).

He aquí como en punto a la religión estaban de acuerdo por aquellas fechas absolutistas y liberales. De acuerdo para negarla, claro está. No todos los diputados gaditanos eran liberales, y quienes sí lo eran entendían que la *confesionalidad sociológica* de la Nación era no sólo un hecho indiscutible sino hasta una ventajosa realidad. Valía la pena abrir brechas y aún fosas, nuevos frentes de distanciamiento respecto a los absolutistas y quienes les apoyaban, por muchas razones, pero no, desde luego que no, por una cuestión meramente teórica. La consecuencia sería una estrechísima vinculación entre el Estado y la Iglesia que sacrificaba la potencial implantación de la libertad religiosa al reconocimiento de la necesidad de un pacto entre poderes que, a decir verdad, a casi nadie disgustó (32).

Adviértase que la Constitución atribuye la facultad de optar en materia religiosa a la Nación, al sujeto titular de la soberanía, capaz por lo mismo de proteger legalmente un culto determinado y prohibir el ejercicio de cualquier otro, sin que al sujeto individual, al ciudadano, se le reconozca derecho alguno para contestar esa decisión. Para nuestros primeros liberales el espíritu laico es una fábula producida por el reformismo agnóstico, y el Estado, en cuanto humanidad del hombre, ha de contener en sí la religión, ocuparse de la fe del pueblo y favorecer el culto religioso nacional. De este modo, convierten la ética de unos creyentes, que es una ética privada, en ética pública para todos los ciudadanos. Frente a la vinculación revolucionaria de la libertad con la ley, establecen una

(31) R. VÉLEZ: *Apología del Trono*, Imprenta de Caño, Madrid, 1818, pág. 1.

(32) La historiografía conservadora, sin embargo, ha tildado de hipócrita la afirmación de unidad católica del artículo 12 de la Constitución, calificándola de pura concesión a las condiciones de la época hecha a desgana y bajo presión por unos liberales para los que la situación debida no era otra que la libertad religiosa. La máxima apoyatura de esa posición es un texto de Argüelles contenido en *La reforma constitucional (1835)* —A. ARGÜELLES: *La reforma constitucional*, Iter, Madrid, 1970, págs. 262-263— que, a mi juicio, no ha de interpretarse sino en el contexto de quien, años más tarde, asumiendo que el experimento liberal gaditano no fue un éxito pleno, realizaba un noble ejercicio de autocrítica. Sin olvidar la actitud de los propios liberales cuando, a partir de 1833, con la Iglesia apoyando mayoritariamente al bando carlista, con la desamortización eclesiástica en marcha y el poder político en sus manos, no obraron de manera muy distinta a la de 1812.

peligrosa relación entre libertad y verdad religiosa. Retomando la cita anterior de Bartolomé Clavero, puede afirmarse que en Cádiz la religión es más derecho objetivo o presupuesto político de la Nación que contenido de un derecho subjetivo. La religión es sencillamente *ley fundamental* (33) de la Monarquía española. El presidente de la Comisión Constitucional, Muñoz Torrero, lo reconocería abiertamente en el curso del debate constituyente:

«(...) la comisión jamás ha dudado que a la Nación toca defender y proteger la religión, puesto que ella es el principal deber a que está obligado todo ciudadano» (34).

Ya en el importantísimo Decreto preconstitucional de las Cortes sobre libertad de imprenta, de 10 de noviembre de 1810 (35), se excluían las ideas religiosas del ámbito de esa libertad. Su artículo 1, que luego pasará a ser el 371 de la Constitución, decía que todos los españoles tenían «la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas *políticas* sin necesidad de licencia», lo que suponía mantener la censura previa y la ausencia de libertad respecto a la publicación de las creencias religiosas, sin que los más liberales no pudiesen más que arrancar un tímido segundo dictamen del obispo censor (36). El confesionalismo católico, asumido bajo solemne juramento (37) por todos los diputados presentes en las Cortes, marcaba restrictivamente el campo de acción de tal libertad con referencia exclusiva a las ideas políticas. La adjetivación de las ideas cumple, por tanto, una finalidad muy clara: sólo ellas, las políticas, podían ser difundidas con libertad. Las religiosas, aún habrían de soportar por largo tiempo «la pesada esclavitud de la servidumbre a la teología» (38).

En sus *Lecciones de Derecho Público constitucional para las escuelas de España* (1821), Ramón Salas, como buen conocedor de las experiencias cons-

(33) A. ARGÜELLES: *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 80; F. TOMÁS Y VALIENTE: «Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución», *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. LXV, Madrid, 1995, págs. 13-125; S. M. CORONAS GONZÁLEZ: «Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen», *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXV, Madrid, 1995, págs. 127-218.

(34) Diario de Sesiones, día 30 de agosto de 1811, pág. 1729.

(35) Vid. CORTES GENERALES, *Colección de los Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, t. I., Decreto IX, Madrid, 1987, págs. 40-43.

(36) *Ibid.*, artículos XIX y XX.

(37) M. LORENTE SARIÑEÑA: «El juramento constitucional», *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXV, Madrid, 1995, págs. 585-632.

(38) J. M. ROMERO: *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 167-172.

titucionales americana y francesa, lamentaba que el constituyente español hubiese olvidado que «los gobiernos son erigidos para los gobernados y no al revés» (39). Según Salas, «lo primero que una buena Constitución política debe contener es una declaración de derechos que los individuos se han querido reservar, y a que no fue su intención renunciar al formar una sociedad política», ya que, habiendo nacido todos los hombres «con iguales derechos», todos «han procurado conservar en su persona cuantos medios de felicidad les ha sido posible». A juicio de Salas, el camino para lograr esa igualdad en el disfrute de los derechos indisponibles de todo hombre pasaba por desterrar «toda exención, todo privilegio, todo monopolio: no haciendo clases, corporaciones y categorías de ciudadanos» (40), concluyendo lo que sigue por lo que al tratamiento de la religión se refiere:

«(...) digamos la verdad con franqueza, pues ya es lícito decirla en España: este artículo 12, ¿no podría ser reemplazado por otro que dijese sencillamente: todos los cultos gozarán en España de una igual libertad y protección? Porque ¿qué quiere decir esto? ¿Qué la religión católica es la del rey? El rey no es el estado. ¿Qué la religión es la religión del mayor número de los individuos que componen la nación? Esto, que es cierto hoy, puede ser falso mañana; porque de un día a otro muchos católicos pueden hacerse protestantes, supuesta la libertad de conciencia. El estado, ente moral que no existe en abstracto, no tiene religión, y cada individuo podrá elegir la que sea conforme a su conciencia, supuesta la libertad de cultos» (41).

Si, como anhelaba Salas, los liberales de Cádiz hubiesen hablado de libertad de pensamiento y de su expresión como libertad de todos y de todo pensamiento se habrían situado en el terreno de los derechos como fundamento y límite del poder político. Pero no fue así. En Cádiz no hay derechos básicos. Les preceden unos valores, unas instituciones y, entre ellas, como indicaba el artículo 12 del texto constitucional, una Iglesia. Otras realidades, no los derechos, son verdaderamente fundamentales. Prevalecen sobre la libertad.

Recuérdese que la Constitución gaditana carece de una parte dogmática o declaración de derechos propiamente dicha. No obstante, en su artículo 4 reconoce la libertad civil, la propiedad y «los demás derechos legítimos de todos los individuos» que componen la Nación. Algunos de estos derechos, de con-

---

(39) R. SALAS: *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pág. 32.

(40) *Ibíd.*, págs. 33 y 43-44.

(41) *Ibíd.*, págs. 175-176.

tenido preferentemente relacionado con la administración de justicia, vienen regulados en el Título V de la Constitución. Pero este artículo 4 no se refiere a los derechos del hombre, sino a los derechos de los individuos que integran la Nación, esto es, a los derechos de los españoles. No es lo mismo. La libertad que el texto constitucional declara es la libertad civil, conforme a ley, y los derechos, lejos de ser naturales, imprescriptibles e inalienables, son tildados ambiguamente de *legítimos* (42). La discrepancia respecto a la concepción francesa y americana es radical: lo legítimo es una categoría socio-política, por lo que mal pueden estos derechos ser anteriores y superiores a la comunidad política que los reconoce. Los ciudadanos españoles son titulares de derechos, pero los disfrutan en su condición de tales, por su pertenencia a la Nación y, en todo caso, conforme a las leyes que la rigen. Los derechos legítimos se reconocen en el seno de la Nación, y las leyes sabias y justas a las que alude el artículo 4 pueden condicionar, e incluso sacrificar, su reconocimiento en atención a la condición colectiva, a la constitución social-material, a las *leyes fundamentales* de la Nación (43). Así, pues, más que de derechos individuales, puede hablarse en Cádiz de derechos sociales. Los derechos no se conciben como premisas de un orden a constituir, se consideran *resultantes* de un orden ya constituido. He aquí la lógica por la que nuestros primeros liberales pudieron negar la libertad religiosa sin incurrir aparentemente en contradicción.

Por lo demás, la supresión del Santo Oficio en febrero de 1813 (44) no modificó sustancialmente estos planteamientos, no sólo porque la confesionalidad católica de la Nación subsistía en el texto constitucional, sino porque el propio Decreto de abolición insistiría en su artículo I.1 en que «la Religión Católica, Apostólica y Romana será protegida por leyes conformes a la Constitución». La supresión de la Inquisición revistió la forma de la eliminación de una incómoda jurisdicción eclesiástica especial, para que resurgiesen las competencias de los tribunales eclesiásticos ordinarios protectores de la fe, ante los cuales, por cierto, «todo español tiene acción para acusar del delito de herejía». Y todo ello sin perjuicio de que el Rey materializase aquella protección con medidas que evitasen la entrada en territorio español «de li-

---

(42) En este sentido el artículo 52 del Proyecto de Código Civil de 1821 aclaraba que «son en general derechos legítimos todos aquellos que dimanen de la autorización de la ley». Citado según *Proyecto de Código Civil*, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, pág. 42.

(43) Véase por ejemplo F. TOMÁS Y VALIENTE: «Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución», *cit.*; S. M. CORONAS GONZÁLEZ: «Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen», *cit.*

(44) *Vid.* CORTES GENERALES, *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, op. cit., t. II, Decreto CCXXIII, págs. 763-765.

bros y escritos prohibidos o que sean contrarios a la Religión». Lo que tanto dura deja huella (45).

Finalmente, ahondando en lo hasta aquí expuesto, resulta muy significativo que tanto en la Ley sobre responsabilidad de los infractores de la Constitución, de 18 de abril de 1821, como en el Código Penal, de 8 de junio de 1822, las conductas contrarias a la religión establecida no se contemplasen como delitos contra la doctrina católica, sino como delitos contra una de las *bases fundamentales* de la Nación española (46). Como ha matizado Alicia Fiestas, todos los supuestos de traición contemplados en una y otra ley constituyen atentados contra los presupuestos políticos o leyes fundamentales del restaurado Estado liberal: la monarquía moderada hereditaria como forma de gobierno, la división de poderes, las Cortes como órgano de representación de la voluntad nacional y, como no, la religión católica como la oficial del Estado. Démonos cuenta de que al no creyente o al cristiano que se opone con pertinacia a lo que cree y propone la Iglesia no se le sanciona por su sentencia errónea en materia de fe, sino por infringir lo que algún diputado llegó a considerar «la base de todas las demás bases de la Constitución» (47). El ateo, el disidente religioso, es reo de Estado, y la herejía o la apostasía, un delito político (48).

## 2. *Doctrinarismo político y conservadurismo religioso. Regresión constitucional*

La confesionalidad católica del Estado asumida por las Cortes de Cádiz y la prohibición constitucional de cualquier otra práctica religiosa marcará el futuro de nuestro Estado liberal en este terreno. Las Constituciones doctrinarias de 1837, 1845 y 1876 confirmarán esa simbiosis entre el poder político y el religioso a partir del constante confesionalismo del Estado, rozando a veces el modelo de integración, lo que Ortega llamaría el «Estado eclesiástico» (49) o Fernando de los Ríos el «Estado-Iglesia» (50). Ambos poderes se apoyarán y

---

(45) Sobre ello E. LA PARRA LÓPEZ: *El primer liberalismo y la Iglesia*, Instituto de Estudios Juan Gil Albert, Alicante, 1985, págs. 171-224; M. MORÁN ORTÍ: *Revolución y Reforma religiosa en las Cortes de Cádiz*, Actas, Madrid, 1994, págs. 75 y sigs.

(46) A. FIESTAS LOZA: *Los delitos políticos (1808-1936)*, Gráficas Cervantes, Salamanca, 1977, págs. 78 y sigs.

(47) Diario de Sesiones, día 18 de agosto de 1813, pág. 5988.

(48) A. FIESTAS LOZA: *Op. cit.*, págs. 60 y sigs.

(49) J. ORTEGA Y GASSET: «Escritos políticos (1922-1933)», *Obras Completas*, vol. XI, Alianza, Revista de Occidente, Madrid, 1983, págs. 367 y sigs.

(50) Diario de Sesiones, día 8 de octubre de 1931, pág. 3.

servirán mutuamente: el uno coadyuvando a la realización de un fundamentalismo religioso, la otra juridificándose y prestando impagables servicios de legitimación y contención social. Muchos serán los damnificados.

Asimismo, llama la atención que a lo largo del siglo XIX no se llegara a una clara conceptualización de la libertad de conciencia religiosa, que se subsumía equívocamente en la más llamativa libertad de cultos. A simple vista podría parecer que la vertiente interna o espiritual de esa libertad escapaba a la consideración de los legisladores porque no se le daba importancia ante la preocupación por legislar sobre sus aspectos externos. Sin embargo, la realidad que se deduce del estudio de los textos es otra. A lo largo del siglo XIX no existió una auténtica libertad de conciencia, lo que acabó reflejándose en el tratamiento de la exteriorización de esa libertad. Si analizamos el marco en el que durante este período se desenvuelve la libertad de cultos (y ocurre lo mismo con la libertad de imprenta) vemos que se le señala una especie de barrera ideológica que define restrictivamente el marco de la libertad. Un cuadro que no se delimita por las condiciones generales válidas para otros derechos públicos subjetivos de la época como son el abuso, el derecho ajeno, la moral pública o el orden público, sino por unas pautas mucho más concretas de inequívoco contenido ideológico.

Pero para empezar, y no incurrir en un imperdonable pecado de formalismo, quizá convenga desentrañar las razones de la intolerancia. Sabido es que tras la muerte de Fernando VII y tras el Estatuto de Real de 1834, se produce en 1837 la instauración de un sistema político apoyado por las clases medias y gran parte de la aristocracia nobiliaria procedente del Antiguo Régimen. Como se ha dicho, el pacto social entre esas fuerzas fue «el auténtico pacto constituyente» de aquel tiempo (51). Mientras que a través de la legislación ordinaria se introducen las libertades económicas que constituyen el presupuesto jurídico para la implantación y crecimiento de una economía incipientemente capitalista, y mientras que por la misma vía se lleva a cabo la transformación del régimen jurídico de la propiedad, la Constitución y las leyes electorales entregan el poder político de la Nación a esa aristocracia nobiliaria y a esas clases medias impulsadas por la burguesía (52). Sólo a ellas se le reconocen derechos

---

(51) J. M. PÉREZ-PRENDES: «Sobre Constituciones y Revoluciones burguesas», *Revista de Derecho Político de la UNED*, 20, 1984, pág. 11. En el mismo sentido, J. VARELA ORTEGA: «La Constitución española de 1837: una Constitución transaccional», *Revista de Derecho Político de la UNED*, 20, 1984, págs. 95-106.

(52) Vid. por ejemplo B. CLAVERO SALVADOR: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 61-74; F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 401-464.

de participación política. El resto, la inmensa mayoría del país, y desde luego los asalariados del campo y de la industria, queda al margen del juego político. La corrupta trampa del sistema doctrinario consistió en hacer creer que la política era cosa de pocos, de los inteligentes, de los ociosos, de unos cuantos «amigos políticos» (53). Los representantes de la ideología tradicional española, desde Donoso a Cánovas, tienen muy clara esta idea (54). Durante mucho tiempo los sectores privilegiados, propietarios, con riqueza y cultura, hicieron lo posible para que los necesitados no saliesen de la situación de pobreza e ignorancia y vincularon su estado a su incapacidad para participar en la vida pública, cerrándoles el paso al derecho de sufragio.

En este contexto, la función de la Constitución consiste en asegurar el monopolio del poder político-social de la Monarquía y de la coalición oligárquica. La reducción que se opera en la ideología liberal es evidente. El papel de la Constitución se degrada, pierde su función utópica y el entusiasmo constitucional carece de sentido (55). El liberalismo doctrinario no parte de una filosofía ilustrada, ni sustenta la tesis de que el poder del Estado sea una realidad artificial digna de ser limitada. Su filosofía política es más realista e historicista. El punto de partida no es el hombre y su libertad, sino el poder como realidad concreta e histórica. Se entiende que el conocimiento histórico proporciona la base y la razón fundamental de todo conocimiento válido sobre las actividades y logros humanos. El conocimiento de una realidad debe ser principalmente concreto y descriptivo, más que abstracto y universal. Sobre todo, hay que renunciar a la búsqueda de leyes universales y reconocerse a sí mismo como un evento históricamente concreto más que como una manifestación de la razón. Con ello los doctrinarios proponen una reconstrucción global de la ideología

---

(53) J. VARELA ORTEGA: *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*, Alianza, Madrid, 1977. Siguiendo a Benjamín Constant (B. CONSTANT: *Curso de política constitucional*, Taurus, Madrid, 1968, págs. 50-51): «No quisiera perjudicar ni ofender a las clases laboriosas. Éstas no tienen menos patriotismo que las demás (...). Pero entiendo que el patriotismo que de el valor de morir por su patria, es distinto del que hace capaz de conocer bien sus intereses. Se requiere, pues, otra condición además del nacimiento o la mayoría de edad. Dicha condición es el ocio, indispensable para la adquisición de cultura y recto criterio. Sólo la propiedad privada puede procurar este ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capacitados para el ejercicio de los derechos políticos (...)».

(54) Sobre ello J. DONOSO CORTÉS: *Obras Completas*, vol. I, Editorial Católica, Madrid, 1970, págs. 311 y sigs., y *Lecciones de Derecho Político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 379 y sigs. En términos semejantes J. F. PACHECO: *Lecciones de Derecho Político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 236 y sigs.

(55) Véase por todos B. CLAVERO SALVADOR: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, cit., págs. 69 y sigs.

revolucionaria en tanto que ha sido fundada sobre presunciones y métodos ajenos a este principio (56).

El Estado reviste una forma histórica dada: la propia de cada Nación según su historia. Se invoca así la existencia de una *Constitución histórica* de España, de una *Constitución de Castilla*, de un *fondo común de la Constitución monárquica*, como vínculos a respetar a la hora de elaborar la Constitución escrita, lo que en la práctica significa que la voluntad del legislador constituyente se encuentra supeditada a la fidelidad a ciertos elementos tradicionales de la Nación (57). Y en nuestra *Constitución interna* o no escrita existe un principio histórico, el de la Monarquía, que es la única realidad dotada de un valor absoluto en el sentido de que se impone con la sola legitimidad de su existencia histórica, sin depender del voto de ninguna asamblea constituyente (58). Como Cánovas expresara en la presentación de su proyecto constitucional:

«(...) no es necesario discutir ya cuál es el sistema de gobierno que han adoptado por espontánea y unánime aclamación la Nación y las Cortes que hoy legítimamente la representan. (...) Nadie discute en España, ni pone en duda, mucho tiempo hace, los atributos esenciales de la Monarquía hereditaria. (...) Queda, pues, reducida en rigor la cuestión constitucional en nuestra época a la materia del título I del adjunto proyecto, que trata de los españoles y de sus derechos, y a la del título III, que se refiere a la formación y organización del Senado» (59).

El poder real es un poder neutro, está en medio, pero encima de los otros poderes del Estado. Esta exaltación del poder real y la atribución al mismo de parte de la soberanía, típica del pensamiento doctrinario (60), conduce en buena lógica a la devaluación de la norma constitucional. El ordenamiento jurídico es plano, sin jerarquía entre Constitución y leyes ordinarias, sin distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (61). Siguiendo de nuevo a Cánovas, «la Constitución no es sino una ley como otra cualquiera que puede interpretarse y modificarse por otra ley, porque ninguno más que los atributos de las leyes ordinarias tiene la que hoy es Constitución del Estado» (62).

(56) L. Díez DEL CORRAL: *El liberalismo doctrinario*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 1-25; M. FIORAVANTI: *Op. cit.*, págs. 98-125; P. HABERLE: *Op. cit.*, págs. 56-59.

(57) L. Díez DEL CORRAL: *Op. cit.*, págs. 457-493.

(58) *Ibid.*, págs. 589-634.

(59) Diario de Sesiones, día 27 de marzo de 1876, pág. 2.

(60) L. Díez DEL CORRAL: *Op. cit.*, págs. 113-134.

(61) *Ibid.*

(62) Diario de Sesiones, día 7 de marzo de 1888, pág. 1659 *in fine*.

Los derechos individuales, en particular, deben figurar en la Constitución enunciados en términos genéricos y con cláusula remisiva a leyes futuras que los desarrollen y limiten, sin que hasta que se produzca esa implementación sean más que meras declaraciones dotadas de valor político, pero no de fuerza jurídicamente vinculante. Los derechos constitucionales quedan así degradados y trivializados. No son fundamentales pues no vinculan al legislador (63); no se reconocen, sólo se conceden. Y es que, en realidad, lo que se quiere garantizar no es la autodeterminación y autorealización del individuo, su dignidad, su libertad, sino un concreto orden socio-político (64).

Junto a la Monarquía, y dentro de este planteamiento historicista que exige lealtades conservadoras al legislador constituyente, también la Iglesia católica se situará por encima del orden constitucional. Lo español desde siempre había sido, y precisamente por ello debía seguir siendo, la defensa de la fe católica por parte del poder político. El tolerantismo revelaba duda, inquietudes, tibieza en la fe y, en última instancia, fenómeno extranjero. Quien dudaba, sencillamente no era español. Por otra parte, solía pensarse, no sin sentido, que la libertad de conciencia iba unida a la democracia, a un nuevo espíritu público que sembraba derechos y libertades donde en la sociedad española sólo había existido opresión y defensa a ultranza de la ortodoxia. La vinculación entre conservadurismo político y conservadurismo religioso es patente. Según Cánovas, el vigor religioso del pueblo favorecía «la represión voluntaria, el freno moral íntimo, que contiene y sofoca, dentro del corazón mismo del hombre, los malos instintos y las malas pasiones» (65). En realidad, se trataba de acallar toda reivindicación democrática y a tal fin el instrumento más eficaz, junto a la limitación del sufragio, era el freno conservador de la religión. Por eso, cuando Cánovas constata en el proyecto constitucional de 1869 que ha desaparecido ese elemento corrector de la acción de las masas, lo lamenta amargamente:

«Toda sociedad cuyo elemento político sea el sufragio universal y en el que se llegue a lograr y alcanzar la triste victoria del ateísmo, o siquiera de la indiferencia religiosa en general, por lo mismo tiende más al socialismo, está más lejos de la república y de una verdadera democracia (...)» (66).

---

(63) P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, págs. 36-43.

(64) Con las debidas matizaciones de tiempo y lugar, F. LASALLE: *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 84 y sigs.

(65) Diario de Sesiones, día 8 de abril de 1869, pág. 937.

(66) Diario de Sesiones, día 8 de abril de 1869, pág. 936.

Además, había otra dimensión del asunto. Los doctrinarios españoles insistirán en que la libertad de conciencia religiosa no es que fuese peligrosa para la cohesión nacional, sino que carecía de razón de ser. Una mera cuestión teórica que sólo defendían algunos iluminados. Como afirmase Ríos Rosas, en España, desde siempre, existía un sentimiento religioso que, si bien «en las academias y en las aulas puede manejarse con cierto desenfado», «en política, en los Parlamentos, es menester manejarlo de otra manera, es menester respetar lo que todo el mundo respeta» (67). La ciencia del legislador estaba, pues, en no modificar esa índole, ese carácter, esas creencias, esos sentimientos. En esta línea, en 1845, Jaime Balmes, contundente, sentenciaba:

«(...) no se tolera lo que no existe: en España no ha habido ni hay más religión que la católica. En España no hay sino dos clases, católicos e incrédulos; los incrédulos no tienen culto, ni necesitan templos (...). La libertad de cultos, pues, no significa nada en España; y quien la consigne en un código no podría decir que se propone satisfacer una necesidad social, sino establecer un artículo a cuya sombra viniesen a perturbarnos interesados aventureros de naciones extrañas» (68).

Se comprende así con mayor claridad que el artículo 11 de las Constituciones doctrinarias de 1837 y 1845 mantuviese el principio de la *confesionalidad sustancial* del Estado, si bien en unos términos menos rotundos que los de 1812. Se matizó el artículo 12 de aquella Constitución, en el doble sentido de suprimir su arriesgadísima profecía y la prohibición de otros cultos. Pero se mantuvo en ambas la profesión católica de la Nación española y el reconocimiento de la obligación de mantenimiento de los gastos del culto y clero católicos. En relación a este segundo problema, no hay que perder de vista que aún andaba pendiente la cuestión de la desamortización eclesiástica y que la dotación de culto y clero estaba reconocida en la Ley Mendizábal de 29 de julio de 1837 y en el Concordato de 1851 (69). Así, pues, los gobiernos liberales ase-

(67) Diario de Sesiones, día 9 de abril de 1869, pág. 954.

(68) J. BALMES: *Política y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 313. Véase también S. OLÓZAGA: *Estudios sobre elocuencia, política, jurisprudencia, historia y moral*, Imprenta J. Peña, Madrid, 1864, págs. 266-267.

(69) Sobre ello F. SUÁREZ VERDAGUER: «Génesis del Concordato de 1851», *Ius Canonicum*, 3, págs. 65-250; J. PÉREZ ALHAMA: *La Iglesia y el Estado (Estudio histórico jurídico a través del Concordato de 1851)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, págs. 57-124; F. TOMÁS Y VALIENTE: *El marco político de la desamortización en España*, Ariel, Barcelona, 1971, págs. 48 y sigs.; A. NIETO GARCÍA: *Los primeros pasos del Estado Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 474 y sigs.

guraron *ex Constitutione* desde 1812 a 1868 los siguientes principios: *a)* confesionalidad; *b)* protección legal y obligación de correr con los gastos del culto y clero católicos; *c)* exclusión, por vía prohibitiva expresa o tácita, de otros cultos diferentes al católico (70).

Adviértase, de otro lado, que el artículo 2 del Concordato de 1851 establecía que «la instrucción en las Universidades, Colegios, Seminarios y Escuelas públicas o privadas, de cualquier clase, será en todo caso conforme a la doctrina de la religión católica», de modo que para garantizar ese acuerdo ambas partes se comprometían a no poner ningún impedimento para que los obispos y demás prelados diocesanos pudiesen «velar por la pureza de la fe y de las costumbres», así como por la educación religiosa de la juventud «aun en las escuelas públicas» (71). El silencio de la Constitución de 1845 en torno a las libertades de conciencia y educación, y el reconocimiento condicionado, es decir, «con sujeción a las leyes», de la libertad de expresión, se salvaban con este gravísimo precepto concordatario, con lo que el hueco de esas libertades se acabó llenando a través del compromiso a favor de la Iglesia establecida. Sin tampoco olvidar el capítulo derogatorio de todo el derecho español que se le opusiera:

«(...) se tendrán por revocadas, en cuanto a él se oponen, las leyes, órdenes y decretos publicados hasta ahora, de cualquier modo y forma, en los dominios de España y el mismo Concordato regirá para siempre en lo sucesivo como ley del Estado en los propios dominios» (72).

El Concordato se superpone a la Constitución. La Iglesia es copartícipe de un *sui generis* poder constituyente vinculado a la tradición. Así se explica que tras el Concordato de 1851 y durante la larga vigencia de la Constitución de 1845 el mandato constitucional de codificación civil pudiese quedar paralizado (73). En

(70) L. RODRÍGUEZ RAMOS: *Códigos Penales españoles*, Akal, Madrid, 1988, págs. 231-232 y 365-366.

(71) Citado según J. SÁNCHEZ RUBIO: *Juicio imparcial y comentarios sobre el Concordato de 1851, celebrado entre su Santidad el Papa Pío IX y SMC la Reina de España doña Isabel II*, Imprenta de D. Manuel Martínez Maestre, Madrid, 1853, pág. 14. Sobre la cuestión educativa en este período, *vid.*, por ejemplo, M. DE PUELLES BENÍTEZ: *Educación e ideología en la España contemporánea*, Labor, Madrid, 1991, págs. 134 y sigs.; C. RODRÍGUEZ COARASA: *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 39 y sigs.

(72) Citado según J. SÁNCHEZ RUBIO: *Op. cit.*, pág. 34.

(73) B. CLAVERO SALVADOR: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, cit., Madrid, págs. 72-74; F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de Historia del Derecho español*, cit., págs. 536-550; J. BARÓ PAZOS: *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Madrid, 1993, págs. 89 y sigs.

su defecto, los cánones guardarán vigencia, rigiendo especialmente en materia de persona y familia. No existe en este período otro matrimonio que el canónico, como no existe otro registro que el parroquial donde hacer constar los datos básicos de la existencia de las personas, desde el nacimiento hasta la muerte. O, mejor dicho, constan pero conforme a sus peculiares normas de funcionamiento, comenzando por las del mismo ingreso a través del sacramento del bautismo. Como indicase Tomás y Valiente, «lo más importante del Concordato de 1851 fue el haber servido de punto de partida para el desarrollo de toda una serie de principios en él contenidos y que poco a poco se fueron convirtiendo en leyes civiles ordinarias» (74). Surgiría así un derecho *sustancialmente civil y materialmente religioso*. Es la *vis expansiva* de la confesionalidad.

### 3. *La hipócrita tolerancia canovista*

No muy distinta fue la solución dada a la entonces denominada «cuestión religiosa» por el artículo 11 de la Constitución de 1876 (texto, por cierto, que seguirá casi a la letra la redacción inicial del artículo 6 del Fuero de los Españoles de 1945). Su texto decía así:

«La religión católica, apostólica, romana es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado».

Se toleran otros cultos privados y las opiniones religiosas privadamente sustentadas, pero siempre y cuando no incurran en falta de respeto hacia la moral cristiana, y se prohíbe el ejercicio público de cualquier culto no católico. El Estado tiene su idea sobre la religión, se pone de parte de la Iglesia, la sirve y se apoya en ella. No reconoce la libertad de las conciencias, simplemente se compromete a no molestar a quienes no sean católicos. La disidencia sigue siendo un error, pero el Estado garantiza un mínimo reducto donde el error es tolerado dentro de ciertos límites (75). La política, según una famosa definición del motor de la Restauración, era el arte de lo posible, «el arte de aplicar en cada época de la historia aquella parte del ideal que las circunstancias hacen

(74) F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de Historia del derecho español*, cit., pág. 617.

(75) R. SÁNCHEZ FERRIZ: «El artículo 11 de la Constitución de 1876», *Revista de Estudios Políticos*, 15, Madrid, 1980, págs. 119-146.

posible» (76), y éstas, a la altura de 1876, aconsejaban «rendir el debido tributo a la prudencia, al espíritu de transacción y a la ley de la realidad» (77). Otra cosa sería indefendible porque el paréntesis 1868-1874 había interrumpido el ideal de la unidad religiosa y porque, en realidad, el contenido de lo que se tolera es mínimo, casi nada.

Ahora bien, como algunos diputados notaron a lo largo del debate, la fórmula aprobada adolecía de una falta de precisión evidente. Quizá fuese el efecto querido y deseado. ¿Cómo interpretar los términos *ceremonias* y *manifestaciones públicas* recogidos en el párrafo tercero? ¿Hasta dónde llegaba ese genérico deber de respeto que se imponía a los no católicos? Pues bien, en lo que concierne a la primera de estas cuestiones, el artículo 11 de la Constitución sería objeto de discusión constante, produciendo infinidad de reales órdenes interpretativas. Ya en la de 23 de octubre de 1876 (78), vigente sin modificaciones esenciales durante toda la Restauración, el Gobierno aclararía los propósitos del ambiguo párrafo tercero, saliendo al paso de «las dudas y vacilaciones» surgidas a lo largo de los primeros meses de aplicación del texto, y «que no se refieren a la palabra ceremonias, cuyo genuino sentido no puede oscurecerse, sino a la frase manifestaciones públicas». Por tal debía entenderse «todo acto que saliendo del recinto cerrado del hogar, del templo o del cementerio, declara, descubre o da a conocer lo que en ellos está guardado u oculto». De ahí que todo aquello que manifestase sobre la vía pública las opiniones, creencias o ideas religiosas de las sectas disidentes, o diese a conocer en la misma forma los actos de su respectivo culto, debía prohibirse y, por tanto, no ser autorizado por las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de los mandatos constitucionales. Y es que —se añade— «si, por un lado, el Gobierno se obliga a la tolerancia, por otro, debe proveer no ya sólo al cuidado de la moral cristiana, sino también al mantenimiento del orden, evitando entre los ciudadanos agitaciones que pudieran derivarse de cualquier acto religioso acatólico».

En segundo lugar, y en lo que concierne al alcance de la consideración debida al culto y a la moral católica, puede afirmarse, tomando en consideración la restrictiva interpretación jurisprudencial de los diversos preceptos aplicables a la materia, que, más que respeto, lo que en verdad se acabó exigiendo a los no católicos fue una actitud de humillación intelectual y moral permanentes. La tolerancia, que de hecho no podía invocarse a favor de quien no exteriorizaba

---

(76) Citado según L. SÁNCHEZ AGESTA: *Historia del Constitucionalismo Español*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pág. 359.

(77) *Diario de Sesiones, día 3 de marzo de 1876, pág. 1081.*

(78) *Gaceta de Madrid del día 24.*

sus creencias, debía sin embargo aprovechar a los católicos cuando, con motivo de la celebración de sus actos de culto, los disidentes no mostrasen hacia ellos la deferencia debida (79). Así las cosas, según el Tribunal Supremo, incurrían en el delito de escarnio descrito en el artículo 240.3 del Código Penal de 1870 (80) los que en la prensa censuraban el regalo a una imagen religiosa de una corona de valor (81); los que insistían en no descubrirse al paso de una procesión (82); los que «se mofaban» del sacramento de la penitencia y de la confirmación (83); los que «se reían» del culto a las sagradas imágenes calificándolas de «muñecos» (84); o los que al dar una conferencia «parodiaban» el sermón de las Siete Palabras (85). En cambio, la negación de los dogmas de la fe católica, «aun hecha en términos tal vez excesivos», pero «sin llegar a grosera e insultante expresión de desprecio» (86), no integraba los elementos objetivos del tipo penal mencionado. Tampoco algunas manifestaciones críticas hechas a través de la prensa «aunque por la tendencia que revelan, produzcan la lógica alarma y escándalo» (87).

Hasta aquí, que no es mucho, llegaba la famosa tolerancia canovista. El cinismo es evidente, pues la tolerancia es un concepto que significa la permisión de una conducta con incidencia social (88). Si las convicciones no se exteriorizan, no hay nada que tolerar y en estos casos la tolerancia se convierte en un concepto hueco, vacío de contenido. Nada ofende más al hombre libre que la tolerancia formal, a la que no corresponde una aceptación personal y una voluntad de comprender al otro en su mundo y en sus creencias. Cuando se da esa falsa tolerancia, a la vez que una denegación de dignidad intelectual y de valor crítico, se inflige una ofensa tal al hombre, que éste queda reducido a lo que no es. Se tolera lo malo, al pecador.

Por lo demás, desechada la libertad de conciencia, las con ella relacionadas

---

(79) Véase por ejemplo J. F. PACHECO: *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, t. I, Boix, Madrid, 1842, págs. 251 y sigs., y *El Código Penal: concordado y comentado*, vol. II, Imprenta de Santiago Saunague, Madrid, 1848-1849, pág. 13 y sigs.

(80) L. RODRÍGUEZ RAMOS: *Op. cit.*, pág. 565.

(81) STS de 8 de marzo de 1922 (Gaceta de 27 octubre).

(82) STS de 24 de diciembre de 1870 (Gaceta de 26 de enero de 1871).

(83) STS de 13 de abril de 1887 (Gaceta de 28 de agosto).

(84) STS de 29 de diciembre de 1887 (Gaceta de 6 marzo de 1888).

(85) STS de 25 de junio de 1925 (Gaceta de 13 de enero de 1926).

(86) STS de 27 de noviembre de 1888 (Gaceta de 10 de marzo de 1889).

(87) STS de 29 de diciembre de 1886 (Gaceta de 31 de octubre de 1887)

(88) J. HORTON y S. MENDUS (edit.): *Aspects of Toleration: Philosophical Studies*, Methuen, Londres, 1985; R. P. WOLFF, H. MARCUSE y B. MOORE: *A critique of pure tolerance*, Cape, Londres, 1969.

también vuelan de la Constitución. Aunque el artículo 15 enuncia que «todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos», desaparece del texto constitucional de 1876 el párrafo del artículo 27 de la Constitución de 1869 según el cual «la obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesan los españoles». Aunque el artículo 12 declara que «todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción y educación», se añade que «con arreglo a las leyes», quedando en manos del legislador la regulación de esa aparente libertad y, en última instancia, a expensas del compromiso confesional del Estado. Y aunque el artículo 13 concedía el derecho «de asociarse para todos los fines de la vida humana», la ley que en 1887 vino a regular su ejercicio exigiría a las asociaciones religiosas no católicas «acomodarse en sus actos a los límites señalados por el artículo 11 de la Constitución» (89).

Asimismo, pese a que el texto constitucional atribuía a todo español el derecho de «emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa», en su artículo siguiente, el 14, se decía que «las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce, sin menoscabo de los derechos de la Nación, ni de los atributos esenciales del Poder público». La libertad de imprenta, víctima del juego de los artículos 13 y 14 de la Constitución, quedaría a merced no sólo de futuras normas legales ordinarias, sino de un sinnúmero de disposiciones gubernativas y de prácticas variables dependientes de la mayor o menor liberalidad de las autoridades de cada momento. Creo que el siguiente texto desvela la tramoya del sistema Cánovas:

«Entre los que proclaman el absolutismo de los derechos individuales, y los que someten incondicionalmente el individuo a la tutela absorbente del Estado, hay en verdad antagonismo tan profundo, que en vano la razón humana pretenderá borrarlo: las reglas inflexibles de la lógica separan ambas escuelas, como las leyes eternas de la naturaleza oponen el mundo de la vida al reino de la muerte. Es preciso hallar una síntesis feliz que armonice el derecho del individuo con el de la sociedad: de lo contrario, habría que sacrificar el principio de autoridad o la libertad del ciudadano. Por fortuna, las sociedades modernas, aleccionadas en la triste experiencia de muchas revoluciones, han encontrado solución a tan pavoroso problema, reconociendo la existencia de derechos naturales, que no son, sin embargo, absolutos, y negando aquel carácter a los derechos, que el Estado, como institución social necesaria y permanente, otorga, limita o modifica

---

(89) Artículo 2 de la Ley de 30 de junio de 1887 (Gaceta de Madrid de 12 de julio).

según el diverso desarrollo que en cada momento histórico alcanzan las naciones» (90).

Por su parte, la Iglesia, asentando bien sus bazas, consiguió el reconocimiento de efectos civiles para el matrimonio canónico (91), y a tenor de lo dispuesto en el vigente Concordato continuó velando por «la pureza de la doctrina de la fe y de las costumbres» y por la educación religiosa de la juventud. La Ley Moyano, de 9 de noviembre de 1857, reforzó aún más la intervención eclesiástica en la enseñanza pública al exigir a los docentes «buena conducta religiosa y moral», y abrió la puerta al control ideológico de la Universidad con un famoso artículo 170, cuya interpretación abusiva daría lugar a la «cuestión universitaria» (92). Ya cuando Orovio volvió a desempeñar la cartera de Fomento en febrero de 1875 publicó un Real Decreto y una Circular que sacrificaban la libertad de cátedra bajo el pretexto de restablecer «los fueros de la

(90) Diario de Sesiones, día 27 de marzo de 1876, pág. 2.

(91) En efecto, el Código Civil de 1888, en su artículo 76, reconocía efectos civiles al matrimonio canónico, que según el artículo 42 del mismo Código debían contraer los católicos, e imponía un sistema de matrimonio civil subsidiario para los que no profesasen el catolicismo. Como se ha destacado, el Código, al menos en cuanto a las personas sujetas a la forma canónica, establecía una auténtica recepción material del Derecho de la Iglesia, corrigiendo, por cierto, tras una prolija negociación con la Santa Sede, el criterio sustentado en el Proyecto de Ley de Bases de 1881, mucho más moderno y progresivo, que propugnaba el sistema de matrimonio civil facultativo, un sistema verdaderamente respetuoso con las libertades de conciencia e igualdad y que, andado el tiempo, llegaría a predominar en muchos ordenamientos. Por otra parte, de haber sido adoptado, hubiera ahorrado muchas discusiones en torno al artículo 42 CC. En este contexto, no extraña que frente a los que defendían la laicidad del Estado, que no eran más que algunos iluminados, o el mantenimiento de un privilegio temporal para la Iglesia, Alonso Martínez y los hombres de su partido propiciaran esta solución intermedia del matrimonio civil subsidiario. Quede aquí esto como testimonio de un enfrentamiento más profundo y en relación con una cuestión que, en todo caso, el legislador no supo resolver adecuadamente, prolongando en el tiempo una suerte de colaboracionismo pastoral de las autoridades civiles que permitió, según las concepciones político-religiosas de los partidos turnantes en el poder, que se exigiera con mayor o menor rigor la forma matrimonial canónica y que, en consecuencia, se diese mayor o menor extensión subjetiva al matrimonio exclusivamente civil. Sobre ello G. GARCÍA CANTERO: *El vínculo del matrimonio civil en el derecho español*, CSIC, Madrid, 1959; S. CARRIÓN OLMOS: *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977; L. CRESPO DE MIGUEL: «Un homenaje a Alonso Martínez. La cuestión matrimonial en la elaboración del Código», en *Centenario del Código Civil*, 2 vols. (dirección y coordinación F. Rico Pérez), Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Alicante, 1989; L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 66-68.

(92) Véase por ejemplo M. PUELLES BENÍTEZ: *Op. cit.*, págs. 161-185; B. LOZANO: *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 65 y sigs.; C. RODRÍGUEZ COARASA: *Op. cit.*, págs. 41 y sigs.

conciencia comprometida más que nunca cuando la pasión y el vértigo revolucionario los conduce al error en nombre de una libertad ilimitada y absoluta». Pero los verdaderos propósitos de Orovio se ponían de manifiesto en la Circular, donde se instaba a los rectores a que vigilasen «con el mayor cuidado para que en los establecimientos que dependen de su autoridad no se enseñe nada contrario al dogma católico ni a la sana moral» y a que «bajo ningún concepto toleren que (...) se explique nada que ataque ni directamente ni indirectamente a la Monarquía constitucional ni al régimen político, casi unánimemente proclamado por el país», debiendo proceder, en caso contrario, «a la formación del expediente oportuno sin ningún género de consideración» (93).

No obstante, enfrentados a esta situación, un grupo de intelectuales demócratas de filiación krausista y neokantiana creó la Institución Libre de Enseñanza (1876-1936), animada por una ideología en la que primaban los principios de laicismo y respeto a las creencias de cada cual. El artículo 15 de sus Estatutos afirmaba que «la Institución Libre de Enseñanza es completamente ajena a todo espíritu o interés de comunión religiosa, filosófica o partido político; proclamando tan sólo el principio de libertad e inviolabilidad de la ciencia, y de la consiguiente independencia de su indagación y exposición respecto de cualquiera otra autoridad que la de la propia conciencia del profesor, único responsable de sus doctrinas» (94). La nueva fundación realizaba las aspiraciones pedagógicas de un fuerte sector del profesorado, disconforme con los sistemas oficiales y deseosos de reestructurar la enseñanza desde un punto de vista moderno. De hecho, la Institución supuso la deseada plataforma de actuación de la burguesía liberal bajo la Restauración. En todo momento su vocación pedagógica fue la respuesta a la convicción de que una educación completa y sin prejuicios era la base de una sociedad democrática y progresista. En este sentido, la Institución prolongaba intentos como el de Jovellanos, y antecedió las facetas reformistas de la generación del 98 y, aún más, de los grupos formados en torno a la revista *España* o a Melquíades Álvarez. Su impronta, decisiva desde el comienzo en las personalidades, lo fue a la larga en la política educativa del gobierno republicano (95).

(93) Citado según B. LOZANO: *Op. cit.*, págs. 78-79.

(94) Citado según A. JIMÉNEZ LANDI MARTÍNEZ: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente. Los orígenes*, Taurus, Madrid, 1973, pág. 705.

(95) Sobre ello, por ejemplo, VV.AA.: *En el centenario de la Institución Libre de Enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1977; A. MOLERO PINTADO: *La Institución Libre de Enseñanza: un proyecto español de renovación pedagógica*, Anaya, Madrid, 1985; A. JIMÉNEZ LANDI MARTÍNEZ: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente. Período de expansión influyente*, Editorial Complutense, Madrid, 1996; C. RODRÍGUEZ COARASA: *Op. cit.*, págs. 41-58.

### III. TIEMPO DE DERECHOS: INDICIOS DE LIBERTAD

#### 1. *El nuevo espíritu público*

Las Constituciones radicalmente liberales de 1869 y 1931 significaron cambios ostensibles frente a esta tradición. En una y otra los derechos individuales son el fundamento y la meta del poder político, no una concesión otorgada desde él con desconfianza y en atención a juicios de oportunidad. Las libertades y garantías de la persona se regulan, además, en la Constitución que no es, como en la concepción doctrinaria, una ley como otra cualquiera, sino una norma jurídica de rango superior y de carácter vinculante (96). Como expresara Segismundo Moret en su admirable discurso de 8 de abril de 1869:

«Yo entiendo (...) que la Constitución es aquella ley permanente de la cual derivan todas las demás leyes administrativas que son transitorias» (97).

Por vez primera en la historia de nuestro constitucionalismo aparecen expresiones como libertades públicas o derechos fundamentales. No es casualidad. Aluden a una realidad jurídica que no está a disposición del legislador, que pertenece a todo hombre, y que el constituyente, más que reconocer, debe garantizar. La novedad para la conciencia jurídico-política española es radical, ya que por vez primera se da acogida al viejo sueño de las mentalidades más avanzadas: la posibilidad de limitación del poder legislativo. El legislador común no puede violar los derechos consagrados constitucionalmente. No se trata de prohibirle que los regule, sino de dejar constancia de que las Constituciones no dejan espacios muertos por silencio legal que puedan luego ser rellenados a través de una acción legislativa limitadora. Y si en algún caso esto se produce, un órgano jurisdiccional puede invalidarla. Esta última idea, con mención expresa al constitucionalismo americano, está muy clara en la siguiente intervención de José María Orese:

«Se han visto los inconvenientes que hay de legislar, así en materia de imprenta, como sobre todos los derechos individuales, y se ha dicho: legisladores, no legislés sobre eso, por aquello de que el mejor de los dados es no jugarlos. Y

---

(96) Vid. por ejemplo B. CLAVERO SALVADOR: *Razón de individuo, razón de Estado, razón de historia*, cit., págs. 130-151; F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del derecho español*, cit., págs. 451-452.

(97) Citado según A. M. CALERO: *Monarquía y democracia en las Cortes de 1869. Discursos parlamentarios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 23.

para probarle a S.S. que éstos son hechos prácticos, le diré lo que sucede en los Estados Unidos. Si allí el Congreso da una ley que ataca esos derechos ésta se tiene por no dada, y el ciudadano a quien se forma, por ejemplo, una causa por imprenta, en vez de atacar al Congreso, se ríe, acude ante lo que nosotros llamamos el Tribunal Supremo, y allí se llama Corte de Casación Federal, la cual declara que esa ley no puede aplicarse a aquel ciudadano y virtualmente la decisión de la Cámara produce el mismo efecto que si no se hubiera dado. En este sentido se llaman los derechos ilegislables (...)» (98).

Otras previsiones constitucionales contribuyen a perfilar el régimen jurídico de estos derechos. En primer lugar, el carácter rígido de la Constitución, cuyos artículos 110, 111 y 112 se ocupan del procedimiento especial de reforma constitucional. En segundo lugar, en coherencia con el carácter ilegislable conferido a los derechos, el artículo 22 dispone que «no se establecerá ni por leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este Título». En tercer lugar, y en relación directa con la preocupación por garantizar el respeto a los derechos, la propia Constitución prevé en sus artículos 8 y 9 la tipificación penal y la sanción de acciones contrarias a algunos de ellos. Por último, resulta muy revelador el cuidado con que se regula la suspensión de garantías constitucionales: sólo temporalmente, sólo cuando lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias, y sólo por ley podrá suspenderse el régimen de algunas libertades (99).

Ahora bien, el constituyente de 1869 no estableció ningún órgano ni procedimiento que directa o específicamente pudiera anular la actuaciones legislativas o administrativas contrarias a los derechos individuales. Las referencias al poder judicial se limitan en la práctica a la acción penal, una acción que no alcanza al legislativo y sólo en parte al ejecutivo. Será precisamente el Proyecto constitucional de 1873 el que completando la larga marcha a favor de los derechos fundamentales va a recoger el órgano y la posibilidad de contraste de la legislación ordinaria (100).

(98) Diario de Sesiones, día 22 de abril de 1869, pág. 1291.

(99) Sobre ello F. FERNÁNDEZ SEGADO: *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Derecho Privado, Madrid, 1978, págs. 95 y sigs.; P. CRUZ VILLALÓN: *El Estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 399 y sigs., y *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 36-44; J. M. ROMERO: *Op. cit.*, págs. 257-259.

(100) Art. 70: «El Senado no tiene la iniciativa de las leyes. Corresponde al Senado exclusivamente examinar si las leyes del Congreso desconocen los derechos de la personalidad humana, o los poderes de los organismos políticos, o las facultades de la Federación, o del Código fundamental. Si el Senado, después de madura deliberación, declara que no, la ley se promulgará en toda la Nación. Cuando el Senado declare que hay lesión de algún derecho o de algún poder, o de

La existencia en la Constitución de 1931 de derechos fundamentales (101) es algo incuestionable. La Constitución es rígida y sólo puede reformarse por el procedimiento previsto en el artículo 125; es norma suprema que se impone a toda ley ordinaria susceptible, por tanto, de ser declarada nula a través del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, según se lee en el artículo 121.a) de la misma. Otra de las competencias de este Tribunal se refiere al recurso de amparo de garantías individuales, quedando así reforzada la posición central que ocupan esos derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento. Los derechos se tutelan y vinculan al legislador.

De todo ello se infiere que las Constituciones de 1869 y 1931, a pesar de cuantas deficiencias técnicas se puedan hoy apreciar en su articulado, muestran una sincera adhesión al principio de los derechos fundamentales en los que, por el contrario, no parecía creer el constituyente de 1812, 1837, 1845 y 1876. Los derechos del hombre devienen el principio y fin del «nuevo espíritu público» (102), recobrando con ello la Constitución su función utópica original. La Constitución se dignifica. Como no podía ser de otra manera, este replanteo de funciones estatales también aprovechará a los derechos de la conciencia en general y a los derechos de la conciencia religiosa en particular. Y es que en un Estado Constitucional de derechos, y derechos fundamentales, no hay lugar ni para la intolerancia, ni para la tolerancia entendida como gesto humillante para quien la soporta. Hay que ir más allá de la tolerancia formal hasta la aceptación personal del oponente. Entre hombres iguales en derechos las intransigencias y las discriminaciones practicadas desde el poder no son admisibles. Sin embargo, habría que reconocer que las expectativas, inequívocas e ilusionantes, sólo en parte se cubrieron.

---

algún artículo constitucional, se nombrará una comisión mixta que someterá su parecer al Congreso. Si después de examinada de nuevo la ley, el Senado persiste en su acuerdo, se suspenderá la promulgación de la ley por aquel año. Si al año siguiente reproduce el Congreso la ley, se remitirá al Poder ejecutivo para su promulgación; pero si éste hiciera objeciones al Congreso, se volverá la ley al Senado, y si el Senado insiste nuevamente, se suspenderá también la promulgación. Por último, si al tercer año se reproduce la ley, se promulgará en el acto por el Presidente y será ley en toda la Federación. Sin embargo, al Poder judicial representado por el Tribunal Supremo de la Federación, le queda la facultad siempre de declarar en su aplicación si una ley es o no constitucional». En conexión con este último inciso, el artículo 77 insiste en que «en el caso de que el Poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en pleno tendrá facultad de suspender los efectos de esta ley». El texto íntegro del Proyecto constitucional de 1873 puede verse en Diario de Sesiones, día 17 de julio de 1873, Apéndice segundo al núm. 42.

(101) En el sentido de P. CRUZ VILLALÓN: *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, cit., págs. 36-45.

(102) Decreto del Gobierno Provisional de 25 de octubre de 1868 (Gaceta del 26).

## 2. *La cuestión religiosa en las Constituyentes de 1869: un cambio político*

La Constitución de 1869 eludió cualquier pronunciamiento respecto a la confesionalidad o el laicismo estatal. Por lo pronto, el artículo 21 asumía la obligación de mantener el culto y clero católicos como se venía haciendo desde 1837. En él también se reconocía tímidamente el ejercicio público y privado de cualquier culto no católico «a todos los extranjeros residentes en España», para añadir a continuación que «si algunos españoles profesasen otra religión distinta de la católica» les sería aplicable la permisión consignada a favor de los extranjeros. La forma hipotética con que se admitía la libertad de cultos de los españoles revelaba que incluso al constituyente liberal de 1869 le parecía inconcebible tal posibilidad (103). El defecto de forma es grave. La libertad de cultos podía haberse reconocido conjuntamente a españoles y extranjeros refundiendo los párrafos 2 y 3 de este artículo 21 en uno sólo, en los términos del Manifiesto de 25 de octubre del entonces Gobierno Provisional (104). Olózaga, ante las críticas, acabó confesando que si la fusión podía parecer conveniente no pudo llevarse a cabo por ser el resultado de una costosa transacción entre los tres partidos representados en la Comisión de Constitución (105). Sin duda el retorcido modo de asegurar la libertad de cultos y la posibilidad, sólo hipotética, de que algunos españoles no profesasen la religión católica obedeció al pragmatismo político de la coalición monárquico-democrática (progresistas, demócratas y unionistas), mayoritariamente representada en las Cortes y en la Comisión constitucional (106). El principio de la mayoría se impuso al principio de la libertad.

Mucho más claro, en cambio, fue el reconocimiento de las libertades de conciencia y opinión. El artículo 17 de la Constitución reconocía a los españo-

---

(103) Según Figueras, «(...) la forma en que se concede la libertad de cultos a los españoles es una fórmula despreciativa de su dignidad. En vez de empezar a legislar en este capítulo tan importante para los españoles, cometéis el error de empezar a legislar para los extranjeros; para poder decir después: si hay algún español (...) tan perdido que quiera no ser católico (...).» *Vid.* Diario de Sesiones, día 9 de abril de 1869, pág. 874.

(104) Sobre ello P. A. PERLADO: *La libertad religiosa en las Constituyentes de 1869*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1970, págs. 53-78; J. ANDRÉS GALLEGOS: «La legislación religiosa de la revolución española de 1868 (período constituyente)», *Ius canonicum*, 17, 1977, págs. 257-301.

(105) Citado según A. CARRO MARTÍNEZ: *La Constitución española de 1869*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 230.

(106) P. A. PERLADO: *Op. cit.*, pág. 224-318; S. PETSCHEN: *Iglesia-Estado. Un cambio político. Las Constituyentes de 1869*, Taurus, Madrid, 1975, págs. 296-299.

les el derecho a emitir «libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito», derecho que resultaba reforzado por la prohibición en el artículo 22 del establecimiento de censura previa. Constitucionalizadas las libertades de conciencia y opinión, y sin restricción de ésta última al ámbito de las ideas políticas, el artículo 24 reconocía, como concreción ideológica de aquélla, la libertad de enseñanza, en su vertiente de libertad para la creación de centros docentes. Asimismo, también la libertad de cátedra quedaba implícitamente reconocida en el artículo 17, incorporando así el constituyente lo ya avanzado por el Gobierno Provisional en el Decreto de 21 de octubre de 1868 (107). La libertad del educador se garantizaba en esta última norma tanto en el aspecto docente, al afirmarse explícitamente que «el Estado carece de autoridad bastante para aprobar la condenación de teorías científicas y debe dejar a los profesores en libertad de exponer y discutir», como en el metodológico, al atribuir a los profesores el derecho de «señalar el libro de texto que se halle más en armonía con sus doctrinas y adoptar el método que crea más conveniente» y relevarles de la obligación de presentar para su aprobación el programa de la asignatura, pues «reconocida la libertad de enseñanza para todos, no puede negarse a los que educan a la juventud en nombre y por encargo del Estado».

Por otra parte, la Constitución de 1869, como continente de derechos fundamentales o ilegislables, pudo reafirmar su rango superior frente al Concordato de 1851 y frente a los cánones de la Iglesia. Durante el régimen anterior, el de la Constitución moderada de 1845, no era sólo que el Concordato se superpusiese, es que tampoco se apreciaban razones para que el orden constitucional, tal y como entonces se entendía y practicaba, fuese lo que debiera prevalecer. Sólo bajo la Constitución de 1869, y como desarrollo directo suyo, llega a establecerse en nuestro país un registro civil de población para funciones de constancia de nacimientos, matrimonios, filiaciones y muertes que hasta entonces habían cubierto los registros parroquiales (108). O sólo ahora se pone de manifiesto la vinculación entre derecho penal y derecho constitucional ya que, como a este respecto ha señalado Rodríguez Ramos, la reforma penal de 1870 «obedeció a la necesidad de acomodar el orden penal a los principios básicos de la Constitución» (109). La libertad de cultos reconocida en el texto

---

(107) Gaceta de Madrid de 22 de octubre.

(108) El artículo 1 de la Ley de 17 de junio de 1870 (Gaceta del 20) establecía: «La Dirección general del Registro de la Propiedad, que en lo sucesivo se denominará Dirección General de los Registros Civil y de la propiedad y del Notariado, los jueces municipales en la Península e Islas adyacentes y Canarias, y los agentes diplomáticos y consulares españoles en territorio extranjero, llevarán un Registro en el que se inscribirán o anotarán, con sujeción a las prescripciones de esta ley, los actos concernientes al estado civil de las personas».

(109) L. RODRIGUEZ RAMOS: *Op. cit.*, págs. 485-486.

constitucional obligó a extender la protección penal a otros cultos no católicos y, por tanto, a un nuevo tratamiento de los delitos religiosos (110). Y sólo entonces una Ley de Matrimonio Civil (1870) (111), cuya regulación atendía a la doble conjunción de los principios constitucionales de libertad religiosa y de igualdad de los ciudadanos ante la ley, pudo disponer como obligatoria esa forma matrimonial para todo tipo de contrayentes (112), dejándose a los creyentes en libertad para celebrar, aparte, el matrimonio religioso (113). Como se esforzara en demostrar el ministro Montero Ríos (114), los preceptos religiosos de cualquier confesión tenían su fuerza propia en la esfera espiritual, «campo éste que no consiente la tiránica intromisión del Estado sobre la conciencia del individuo». El cumplimiento de estos preceptos sólo resultaba concebible en la medida en que la voluntad de la persona lo quisiese. Sobre esta base, la relegación del matrimonio civil a aquellos que acreditasen no profesar culto alguno implicaba la obligatoriedad, sancionada por el Estado y traducida en la celebración preferente, del matrimonio religioso, que de aceptarse convertiría además al poder civil en garante de la observancia de un mandato religioso. Asimismo, del enunciado del artículo 27 de la Constitución se seguía la necesidad de someter a un trato igual a todas las confesiones religiosas, sin que ni siquiera la existencia en el seno de la sociedad española de un sustrato tan profundamente católico pudiera legitimar una conducta distinta, traducida en un trato de favor hacia la religión católica y materializada en la concesión de efectos civiles para el matrimonio canónico. De lo contrario, la pertenencia a un determinado culto llevaría consigo para los ciudadanos que la profesaran una situación de privilegio, no ya en el ámbito religioso, sino en el civil, en el que cualquier repercusión de lo confesional se ofrecía como carente de fundamento.

Así, pues, pese a que la redacción dada al artículo 21 de la Constitución no colmó las expectativas de los defensores de la libertad religiosa, no hay duda de que significó en el terreno de las relaciones Iglesia-Estado un paso cualitativo importante hacia el distanciamiento. No hay en él una explícita separación de esferas, pero el propósito de la Comisión constitucional fue establecer lo

---

(110) *Ibid.*, págs. 564-565.

(111) Ley de 18 de junio de 1870 (*Gaceta del 21*).

(112) Artículo 2.º: «El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes».

(113) Artículo 34.º: «Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil».

(114) Diario de Sesiones, día 29 de abril de 1870, págs. 7562 y sigs.

que pudiéramos denominar una separación imperfecta o incompleta a través de la supresión de la confesionalidad sustancial recogida en el texto precedente de 1845, aun matizada por la renovación del vínculo económico entre ambas potestades, con lo cual se retrasaba el *status* de plena separación que las circunstancias, al menos por el momento, aconsejaban aplazar. Aquí reside el, por algunos, tan ponderado carácter *transaccional* (115) de dicho artículo. Solución de término medio inspirada en el sentido práctico de la mayoría que incorporaba con alguna contradicción el principio revolucionario de las libertades individuales.

Bajo este entendimiento, el artículo 21 de la Constitución no consagraba sino una relación entre el Estado y la Iglesia de naturaleza puramente económica. De ahí que en el curso del debate constituyente algún miembro de la jerarquía católica lamentara que la Comisión hubiese dejado reducido el problema de las relaciones Iglesia-Estado «a cuestión de simple estipendio, de jornal» (116). En esta línea, pero desde el frente ideológico contrario, el ministro Montero Ríos atribuía a la obligación de mantenimiento del culto y clero católicos un carácter exclusivamente indemnizatorio, susceptible por tanto de desaparecer en la fecha oportuna, con lo que *a fortiori* dejaría también de existir la obligación del mantenimiento de relación alguna entre el poder civil y el eclesiástico:

«(...) el deber que el artículo 21 de la Constitución impone no puede considerarse en modo alguno como producto de un sistema general de relaciones entre una y otra institución, sino de una causa histórica, que es el resultado de haber declarado el Estado nacionales los bienes de la Iglesia» (117).

(115) P. A. PERLADO: *Op. cit.*, págs. 371-377; S. PETSCHEN: *Op. cit.*, págs. 321 y sigs.

(116) Diario de Sesiones, día 14 de abril de 1869, pág. 1.029.

(117) Diario de Sesiones, día 14 de abril de 1869, págs. 1046-1047. En la exposición de motivos del Proyecto de ley que en 1872 vino a fijar las obligaciones eclesiásticas y las relaciones económicas entre el Clero y el Estado se decía aún más explícitamente: «La necesidad de indemnizar a la Iglesia de los bienes que en diferentes épocas le han sido expropiados por el Estado es el fundamento de la obligación por éste contraída de mantener el culto y los ministros de la Religión católica (...). Los grandes principios proclamados por la Asamblea Constituyente francesa de 1789, y aceptados más tarde con entusiasmo por otros pueblos modernos, destruyeron las bases constitutivas de los antiguos Estados, señalando las atribuciones que correspondían a cada una de las grandes instituciones sociales. El poder civil debía reivindicar sus naturales atribuciones ejercidas en parte hasta entonces por la Iglesia; y ésta, en su consecuencia, tuvo que renunciar a los privilegios que había adquirido, perdiendo de este modo su carácter de institución política y administrativa (...). Pero al ser privada la Iglesia de los grandes recursos con una parte de los cuales había de cubrir sus atenciones religiosas, tomó la Nación sobre sí, como era de rigurosa justicia, el deber de cubrirlas con sus propias rentas a título de una debida indemnización por los bienes que hasta entonces habían estado consagrados a aquel servicio (...)». *Vid.* Gaceta de Madrid de 29 de septiembre de 1872, págs. 945 y sigs.

Poco importa, o importa menos, que la Constitución de 1869 fuese muy tibia en la solución de la cuestión religiosa. La corriente intelectual impulsora de un nuevo enfoque ahí está. El reconocimiento constitucional de las libertades de cultos, opinión y enseñanza marcaron unas distancias muy claras respecto a los anteriores textos constitucionales. Otro precepto de la Constitución, el párrafo 2 del artículo 27, apuntaba desde el principio a la separación al establecer que la obtención y el desempeño de los empleos y cargos públicos, «así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles». El camino hacia la plena separación y libertad de conciencia se allana en 1869. Y cuando la izquierda republicana burguesa tenga el poder en sus manos, manifestará claramente esa otra actitud en materia religiosa y de relaciones entre el Estado y la Iglesia. Baste aquí recordar los tres artículos siguientes del Proyecto constitucional de 1873:

«Art. 34: El ejercicio de todos los cultos es libre en España.

Art. 35. Queda separada la Iglesia y el Estado.

Art. 36. Queda prohibido a la Nación o al Estado federal, a los Estados regionales y a los Municipios subvencionar directa o indirectamente ningún culto religioso» (118).

### 3. *Laicismo y separación en la Constitución republicana de 1931. Entre la dialéctica de poderes y el principio de libertad*

La línea de 1873, aunque prolongada más allá de la mera neutralidad en materia religiosa, será la que muestre de nuevo la Constitución de 1931 en sus artículos 3, 26 y 27. Ya el Gobierno provisional de la República avanzó en parte la concreción jurídica de los postulados de libertad de conciencia y secularización del Estado, prescindiendo de la situación de derecho que hasta ese momento vinculaba al Estado y a la Iglesia. El Gobierno prejuzgó desde el principio una situación aconfesional y definió unilateralmente una nueva situación de derecho público para la Iglesia católica, sin esperar a la reunión de las Constituyentes. El criterio de acción de la autoridad civil fue el ejercicio de una potestad totalmente autónoma, frente a lo que pudiera considerarse derechos de la Iglesia en el orden social (119). Desplazado el Concordato de 1851, y en ausencia de Constitución, el Manifiesto de 15 de abril (120) devino norma vin-

(118) Diario de Sesiones, día 17 de julio de 1873, Apéndice segundo al núm. 42.

(119) Véase por todos F. DE MEER: *La cuestión religiosa en las Constituyentes de la II República española*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1975, págs. 23 y sigs.

(120) Gaceta de 15 de abril. En él el Gobierno provisional comienza reconociendo que «no ha de formular una carta de derechos ciudadanos» porque esto «corresponde a la función soberana».

culante. Y es que la tolerancia canovista, «irrespetuosa, por depresiva» (121), era a todas luces insuficiente para los prohombres del nuevo régimen. La República, guiada por el principio del «respeto absoluto a la conciencia religiosa» (122), debía ir más allá, cambiar el paso, sin que ninguna dialéctica de poderes pudiese «obstaculizar el triunfo de las libertades públicas» (123).

Pero el Gobierno provisional no se preocupó únicamente de reunir Cortes Constituyentes, también quiso llevar a ellas una ponencia sobre el tema constitucional. A tal efecto, se designó una Comisión Jurídica Asesora cuya primera tarea habría de consistir en la elaboración de un anteproyecto de Constitución (124). En julio, para cuando se inauguran las sesiones de la Asamblea, el texto ya está listo. El Anteproyecto se presentó con bastantes disensiones, no logrando además convencer a los partidos vencedores en las elecciones. De otro lado, parecía razonable que la ponencia constitucional fuese elaborada por las propias Cortes. Por tales razones, el Gobierno renunció a su idea de presentarlo como proyecto, aunque prácticamente sirvió de tal. Con tal ventaja, y nombrada una Comisión de parlamentarios que inicia sus trabajos el 28 de julio, el Proyecto pudo presentarse a la Asamblea a mediados de agosto. La Comisión constitucional reconoce que ha tomado como base el referido anteproyecto aunque añade que ha procedido «a colmarlo de contenido democrático». Abierta la discusión algunos días después, la nueva Constitución fue aprobada y sancionada el 9 de diciembre de 1931 (125).

---

na y creadora de la Asamblea constituyente», pero «como la situación de pleno poder no ha de extrañar ejercicio arbitrario de las actividades del Gobierno», expresamente lista algunos. De seguida, y como primera concreción de la genérica libertad personal, se reconoce un primer derecho, el de conciencia, naturalmente anterior a expresión, reunión o asociación: «El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que al Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas».

(121) Decreto de 22 de mayo de 1931 (Gaceta del 23).

(122) *Ibíd.*

(123) *Ibíd.*

(124) *Vid. Anteproyecto de Constitución de la República Española que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora*, Edición Oficial, Madrid, 1931. Sobre la cuestión religiosa en el Anteproyecto constitucional, A. POSADA: «Chronique constitutionnelle d'Espagne», *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, octubre-noviembre-diciembre 1931; V. M. ARBELOA: «Iglesia y Estado en el Anteproyecto de Constitución de 1931», *Revista española de Derecho canónico*, XXVII, 1971, págs. 313-347; F. DE MEER: *Op. cit.*, págs. 62-65.

(125) PÉREZ SERRANO, N., *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1932; L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Proceso histórico de la Constitución de la II República Española*, Reus, Madrid, 1932; J. S. VIDARTE: *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933. Testimonio del primer secretario del Congreso de Diputados*, Grijalbo, Barcelona, 1976.

El artículo 3 trataba de implantar el principio del laicismo estatal, es decir, un tipo de Estado al margen de toda preocupación religiosa, o, mejor dicho, con la preocupación de desvincular al Estado de toda referencia al orden religioso. La vida religiosa del ciudadano es exclusivamente un asunto personal que se relega al ámbito de su conciencia, sin que la religión deba ser tomada en cuenta para la ordenación de la sociedad civil. Quizá fuese Fernando de los Ríos quien en el curso de las deliberaciones constituyentes expresara esta idea con mayor acierto:

«El Estado solicita del hombre acciones (...) pero no puede solicitar del hombre emociones, ni sentimientos, ni creencias, y es, sin embargo, en el reino de la emoción, del sentimiento y de la creencia donde viven la fe y la confesión. Por eso, ante el dintel de la fe, de la creencia, de la emoción, del sentimiento, el Estado no es que puede, es que debe mantenerse alejado y neutral; es decir, el Estado tiene que ser aconfesional» (126).

La actividad política debía ordenarse según unos criterios de valoración puramente laicos, de modo que el Estado no se sometiese a más moral ni admitiese otro parámetro de actuación que su propio interés. Lo que la nueva Constitución proclamaba, a diferencia de otras anteriores, era la abstención de los poderes públicos en el orden religioso. El Estado como ente colectivo no practica ningún culto ni protege a una confesión determinada, y ni mucho menos persigue a ninguna de ellas. No hay, pues, ni unidad católica al modo tradicional, ni religión tolerada junto a otra protegida. Hay un criterio de distanciamiento escrupuloso, que habría de traducirse en un régimen de libertad (127). Y es que donde se afirma la incompetencia estatal en asuntos de fe no queda espacio para la tolerancia religiosa. Si ésta había sido históricamente una forma de coexistencia con el error o con la diferencia peyorativa, y en consecuencia algo generosamente otorgado a quién ningún derecho tenía a ser tratado así, no se debía seguir hablando de tolerancia, o al menos no de la misma tolerancia, habiendo reconocido la Constitución derechos y libertades donde casi nunca los hubo en nuestro país. Si el creyente, el no creyente o el agnóstico tienen el mismo derecho de libertad a creer, pensar y opinar lo que crean, piensen u opinen, ¿quién ha de tolerar a quién? Y si en virtud del artículo 27 de la Constitución todos los creyentes, no creyentes o agnósticos eran iguales ante la ley y quedaban vedadas las discriminaciones, se infiere que no hay lugar para la tolerancia entendida como desigualdad, practicada desde arriba y gra-

---

(126) Diario de Sesiones, día 8 de octubre de 1931, pág. 4.

(127) N. PÉREZ SERRANO: *Op. cit.*, págs. 67-68.

ciosamente concedida a los de abajo. Donde se afirma la libertad de conciencia en asuntos de fe, la tolerancia se revela insuficiente. Lo contrario supondría minar la base de la democracia.

Ahora bien, lo que en la mente de Fernando de los Ríos y otros muchos diputados avanzados significaba la implantación del laicismo estatal se convirtió en ocasión para devolver intolerancias a quienes durante siglos las habían practicado. El famosísimo artículo 26, comprensivo del régimen de las confesiones y órdenes religiosas, sorprende porque choca con el verdadero talante democrático del texto constitucional de 1931. Responde a la tendencia contraria a la hasta entonces conocida, no de integración de la Iglesia en el Estado, sino de exclusión y rechazo, con quiebra incluso del principio de igualdad de derechos (128). La dimensión colectiva o comunitaria del derecho de libertad religiosa fue desconocida ante lo que algunos diputados llegaron a calificar «la defensa legítima» (129) de la República frente al ingente poder eclesiástico. Lo que se estaba dilucidando con dicho artículo no era el principio del laicismo estatal, asumido tras la aprobación del artículo 3, sino un problema político, «de constitución del Estado» (130), una cuestión de «salud pública» (131), ya que, en palabras de Azaña, «el auténtico problema religioso no puede exceder de los límites de la conciencia» (132). La Iglesia en España, al advenimiento de la República, permanecía estancada en posturas ideológicas superadas; se había servido en ocasiones del Estado para imponer criterios que pugnaban con el nuevo espíritu público. Por ello, no sin razón, tropezaba con la prevención y aun con la declarada hostilidad de muchos políticos que trajeron la República; se encontraba también con la clara animadversión de amplios sectores de las clases obreras que paulatinamente se habían apartado de ella. De ahí que, hasta cierto punto, fuese comprensible que los redactores de la Constitución quisieran modificar un estado de cosas que entendían contrario al mundo moderno. De ahí que algunos diputados entendiesen que el artículo 26 aseguraba la lógica y natural reacción contra quienes desde siempre se habían opuesto al progreso. Si se perseguía era justamente porque los perseguidos se habían apartado de su fuente original y actuaban ilegítimamente contra el Estado.

---

(128) J. TOMÁS VILLARROYA: *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 125; B. CLAVERO: *Manual de historia constitucional de España*, cit., pág. 203; F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de Historia del Derecho Español*, cit., pág. 614.

(129) M. AZAÑA: *Obras Completas*, vol. II, Ediciones Oasis, México, 1966, pág. 55.

(130) *Ibid.*, pág. 51.

(131) *Ibid.*, pág. 55.

(132) *Ibid.*, pág. 52.

Otros estimaban que había llegado la hora de remover las condiciones que habían propiciado el monopolio de la religión por parte de los católicos. Resurgía así el viejo principio de que «no hay tolerancia con el intolerante».

Días antes de la aprobación del artículo 26, y en otra sesión de las Constituyentes dedicada al examen del proyecto constitucional en su totalidad, Ortega y Gasset ofreció un enjuiciamiento brillante y ponderado del problema religioso desde un planteamiento político-constitucional. Ortega, desde sus profundas convicciones republicanas, no tiene reparos en alabar el proyecto en términos generales, pero —matiza— «esta Constitución ha sido mechada con unos cuantos cartuchos detonantes, introducidos arbitrariamente en ella por el espíritu de propaganda o por la incontinencia del utopismo», y, «más por lo mismo que son incrustaciones inorgánicas, fácilmente con unas pinzas se las puede extirpar, o, al menos, cabe modularlas de otra manera, con lo que el resto será más coherente, mucho más compacto» (133). Y uno de esos cartuchos detonantes era el artículo que abordaba «el tema eclesiástico». Ortega entiende que la fórmula sometida a la deliberación de la Asamblea ni guardaba el respeto debido «a esa unidad histórica, que era la Iglesia española», ni tampoco aseguraba al Estado «las defensas suficientes frente a ella» (134). El método elegido no era el idóneo para librarse de las fuerzas del pasado, pues «con una fuerza así hay que actuar con nobleza, pero, además, con cautela» (135). Hubiera sido mejor, concluye Ortega, otorgarle la consideración de Corporación de Derecho Público, lo que habría permitido al Estado conservar jurisdicción sobre su temporalidad sin transgredir su identidad y autonomía espiritual. Nada, pues, que objetar al artículo 3 del texto constitucional, pero sí, y mucho, al artículo 26. Ni en buena técnica jurídica se acertó en la solución del problema, ni fue prudente constitucionalizar algunos de sus párrafos, en lugar de sentar sólo principios y derechos en la Constitución, dejando para después, para las leyes ordinarias de menos trascendencia y más fácil modificación, la búsqueda de soluciones para algunos de los temas en él tratados. En esta dirección, aprobado el artículo 26, escribía Ortega:

«Se ha podido, sin herir ni vejar a nadie, instaurar en España el Estado más laico del mundo, que es el que nosotros postulamos. Pero el atropellamiento, la irreflexión y el deseo de no servir a una democracia sino imitar deplorablemente la de hace cien años no ha permitido a los legisladores quedarse en el punto feliz y han dado a su política eclesiástica, que podía haber sido perfecta, un as-

(133) J. ORTEGA Y GASSET: *Op. cit.*, pág. 369.

(134) *Ibid.*, págs. 382-383.

(135) *Ibid.*, pág. 383.

pecto de agresión a los grupos católicos de España. Con esto se ha suscitado una cuestión falsa en vez de dejar limpio el horizonte por la grande obra de la construcción histórica que es la hora de emprender. A nuestro juicio, las leyes complementarias de la Constitución deben interpretar ésta en forma que quede indiscutible e íntegro el más riguroso laicismo del Estado, pero evitando todo cariz agresivo. En todo país que no sea bárbaro las guerras de religión acabaron hace mucho tiempo» (136).

Gregorio Marañón, otro de los intelectuales enrolados en la Agrupación al Servicio de la República, llegó a conclusiones análogas a las de Ortega en un magnífico artículo publicado en *El Sol* justamente la mañana del 13 de octubre, jornada en que debía aprobarse el régimen jurídico de las confesiones y órdenes religiosas. Marañón, tras imputar buena parte del retraso histórico español a la intolerancia, hizo un emotivo llamamiento al espíritu auténticamente liberal, contrario a todo fanatismo. A su juicio, la coalición parlamentaria dispuesta a apoyar el dictamen de la Comisión actuaba sugestionada por un mito y «no en nombre de la razón y de la libertad». De otra forma no se explicaba el trato tan discriminatorio que dicha propuesta dispensaba a las órdenes religiosas:

«(...) pesa sobre el juicio de los diputados un mito alucinante, parásito terrible de la psicología nacional, que ha chupado ríos de nuestra sangre y de nuestra energía moral y monetaria. Es el mito del *clericalismo-anticlericalismo*, al cual se achaca, con profunda verdad, aunque con interpretaciones erróneas, gran parte de la razón de nuestro atraso. La mitad de los españoles supone que el cáncer que nos roe y nos impide desenvolvemos al tono de los demás países civilizados es la influencia excesiva de los poderes clericales. La otra mitad cree que sin esa hegemonía clerical España dejaría de ser un pueblo dotado de vitalidad y de estructura genuina, y que acabaría por desaparecer. Durante años y años, un bando y otro, en fase de sosiego aparente o en episodios de guerra declarada, han pugnado por vencerse mutuamente (...).

Según Marañón, en nombre de un mito se atentaba a la libertad: el mito de que «una muchedumbre inmensa espera en la calle» medidas radicales «para no ser defraudada». La actitud de los grupos mayoritarios de la Cámara obedecía más al típico trágala que a una conducta acorde con el verdadero talante democrático. Los que ansiaban un profundo replanteamiento de las relaciones Estado-Iglesia tenían, desde luego, sus razones, pero, aun cargados de razón, erraban en la elección de los medios, olvidando

---

(136) J. ORTEGA Y GASSET: *Op. cit.*, pág. 430.

«(...) la receta para lograr este estado de perfección, receta que se resume en la sólo palabra de libertad. Receta simplísima, pero olvidada siempre; antes, durante el siglo de las luchas fratricidas, y ahora, a contrapelo del progreso humano, todavía más por el rencor, la seguimos olvidando. No tenemos, temo que no tengamos, la grandeza de espíritu suficiente para dar en revancha de la opresión la libertad salvadora. En el momento del triunfo, por odio o por miedo, preferimos seguir usando la ley del Talión, y contestamos al encono de ellos con el nuestro; a su arbitrariedad, con nuestra arbitrariedad. Más el pecado no es igualmente grave en ellos y en nosotros; porque la libertad es nuestro principio, sagrado e inviolable (...). La República española ha conquistado, o puede conquistar en unos meses, trincheras que aún no hace un año nos parecían, en el orden espiritual, inexpugnables: la separación de la Iglesia y el Estado, la libertad de cultos, la sumisión de las Órdenes religiosas a un régimen común, la traba oficial a su auge económico, la posibilidad de una sanción si se resuelven contra la República (...). ¿Por qué manchar este triunfo y esta gloria con una persecución arbitraria, que tiene que herir a nuestro amor a la libertad, que tiene que mostrarnos al mundo como esos países facciosos de los que se aparta la simpatía de las almas nobles, que tiene con toda certeza que minar en su misma raíz la estabilidad y la autoridad de nuestro Estado?».

El artículo 27, en cambio, como apuntase Alcalá Zamora (137), guardaba más relación, por razón de su espíritu, con el artículo 3 que con el 26. La afirmación de la laicidad del Estado habría de tener su reflejo en el reconocimiento palmario de las libertades de conciencia (incluida su dimensión negativa), de expresión (para toda clase de opiniones e ideas, sin censura previa) y de cultos (138). Del seguimiento de los debates constituyentes se desprende que las manifestaciones públicas de culto quedaban sujetas exclusivamente a las leyes generales de Orden Público y Policía (139). De otro lado, como garantía adicional, el artículo 27 declaraba que la condición religiosa no sería circunstancia modificativa de la personalidad civil ni de la política, aunque después de hacer esta genérica y loable proclamación admitía una excepción: la de los ar-

---

(137) N. ALCALÁ ZAMORA: *Los defectos de la Constitución de 1931 (y tres años de experiencia constitucional)*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 117.

(138) El Código Penal de 1932 castigaba al funcionario público que de cualquier modo coartase la libertad de conciencia del ciudadano: forzándole a practicar actos de culto, impidiéndole realizarlos u obligándole ilegítimamente a declarar sus creencias (arts. 228, 229 y 230), reponiendo en sus artículos 231 a 236 los artículos 236 a 241 del Código de 1870. Sobre ello L. RODRÍGUEZ RAMOS: *Op. cit.*, págs. 1.067-1069. *Vid.* también la Ley de cementerios civiles de 30 de enero de 1932 (Gaceta de 6 de febrero).

(139) *Diario de Sesiones, día 15 de octubre de 1931. Véase igualmente N. PÉREZ SERRANO: Op. cit.*, pág. 141-144.

tículos 70.b) y 87 de la Constitución, que excluían de la posibilidad de ser presidente de la República o del gobierno a «los eclesiásticos, a los ministros de las varias confesiones y a los religiosos profesos». De paso, quedaba así confirmada la autonomía de su párrafo quinto y aclarado el dudoso término *condición religiosa* con que se inicia, pues con él no se alude a los fieles de cualquier creencia sino a la condición religiosa en cuanto estado sacerdotal o regular.

Otra institución secularmente polémica, el matrimonio, también fue abordada por la Constitución desde un enfoque novedoso, en consonancia con la proclamación de la libertad de conciencia individual y la aconfesionalidad del Estado. El artículo 43, tras sentar la igualdad de derechos de ambos sexos, establecía la posibilidad de su disolución «por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa» (140). Y en su desarrollo, una ley sencilla por su brevedad y emparentada con otra homónima del sexenio, la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 (141), dispuso que a partir de su entrada en vigor «sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en los artículos correspondientes del Código Civil». Dicha ley concluía aclarando que «la jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de esta ley».

Por último, de los anteriores principios constitucionales es consecuencia el artículo 48, relativo a la enseñanza. La opción del constituyente en favor del sistema de la escuela unificada (142) es el presupuesto lógico de toda la disposición, en la que también se establece la enseñanza primaria gratuita y obligatoria, el carácter de funcionarios públicos de los docentes, la libertad de cátedra y el compromiso estatal de facilitar los medios económicos para el acceso de los más necesitados al resto de grados de la enseñanza estatal laica y solidaria. A la Nación (y sólo por delegación o como cooperadoras a las demás entidades territoriales) se atribuye el servicio esencial a la cultura (143). Sólo en el primer bienio republicano, se crean 7.000 puestos de maestros y 6.750 escuelas, tantas como en los últimos treinta años. Mientras dure la República, las misiones pedagógicas se extienden por 4.000 pueblos y organizan 5.000 bibliotecas

(140) *Ibíd.*, pág. 223.

(141) Gaceta de Madrid de 3 de julio de 1932.

(142) Sobre la escuela unificada destaca la aportación de Lorenzo Luzuriaga, consejero de Instrucción Pública desde agosto de 1931, vinculado a la Institución Libre de Enseñanza. En 1922 publicó *La Escuela Unificada*, que define como «la escuela nacionalizada, socializada e individualizada. Nacionalización, socialización e individualización son, en efecto, los tres caracteres esenciales de la educación unificada». Citado según M. SAMANIEGO BONAU: *La política educativa de la Segunda República durante el bienio azañista*, CSIC, Madrid, 1977, págs. 19-21.

(143) N. PÉREZ SERRANO: *Op. cit.*, pág. 204.

con 500.000 lectores. Durante el período en que Marcelino Domingo, Fernando de los Ríos y Domingo Barnés dirigen sucesivamente el Ministerio de Instrucción Pública, las asignaciones al Patronato de misiones pedagógicas progresan desde las 350.000 pesetas en 1931 hasta las 625.000 de 1932 y las 800.000 de 1933 (144).

El enfrentamiento con la Iglesia no se busca, pero se encuentra. Era el resultado inevitable del esquema constitucional de la enseñanza. El contencioso llegó a su punto álgido con el debate de la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas (145) que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución, prohibía a las órdenes «dedicarse al ejercicio de la enseñanza». No fue casualidad que la primera retirada de confianza del presidente de la República al presidente del Gobierno se produjera a comienzos de junio de 1933, poco después de la declaración conjunta del episcopado español contra «el trato durísimo» (146) que se daba a la Iglesia, y de la encíclica *Dilectissima Nobis* en la que Pío XI mostraba su «inquietud» por el rumbo que tomaba España. A las Iglesias se les reconocía tan sólo el derecho a enseñar sus respectivas doctrinas «en sus propios establecimientos», «con sujeción a la inspección estatal», aunque en el curso de la deliberación constitucional quedó muy claro que tales establecimientos eran los templos y que la inspección estatal se centraría de modo exclusivo en los aspectos relativos a la higiene o a otros de semejante índole, jamás en los ideológicos (147). A decir verdad, la reforma de las escuelas y la preocupación por la enseñanza pública unificada, gratuita y laica constituyeron principios de la República orientados, no por una caprichosa oposición a la enseñanza hasta entonces impartida, sino por principios ideológicos del mayor respeto y dignidad.

#### IV. DICTADURA Y DOGMATISMO RELIGIOSO

##### 1. *Negación constitucional: prevalencia concordataria*

Después vendría el denominado Alzamiento, es decir, la sublevación de los militares rebeldes contra el gobierno legítimo de la República. Se abrió con

---

(144) M. TUÑÓN DE LARA: *La II República*, vol. I, Siglo XXI, Madrid, 1976, págs. 94 y sigs.; PUELLES BENÍTEZ: *Op. cit.*, págs. 316-354; M. SAMANIEGO BONEU: *Op. cit.*

(145) Gaceta de Madrid de 3 de junio de 1933.

(146) Citado según J. IRIBARREN: *Documentos colectivos del Episcopado Español (1870-1974)*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1974, págs. 189-212.

(147) N. PÉREZ SERRANO: *Op. cit.*, pág. 207.

ello una etapa de ruptura de la continuidad histórica en el proceso de construcción de una sociedad española más abierta y plural, y de un Estado más democrático y respetuoso con el Derecho y los derechos. De aquella época puede hablarse casi de cualquier cosa menos de Constitución, derechos y libertades (148). Karl Loewenstein, en 1957, negaba el carácter de Constitución a aquella o aquellas leyes que, en determinados países, no suponían sino «la formalización de la existente situación del poder público en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fáctico, que disponen del aparato coactivo del Estado» (149). En estos casos, el constitucionalismo no es más que la hoja de parra que intenta cubrir las vergüenzas del autócrata. Según Loewenstein se puede denominar a los textos constitucionales de este tipo como *Constituciones semánticas*, con lo cual se quiere decir que de Constitución sólo tienen eso, el nombre. Así entendido, el concepto de Constitución semántica se opone al de Constitución sustancial por no darse en aquélla el «mínimo constitucional» (150) definido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Y no cabe duda que la, por algunos denominada, Constitución abierta (151) del general Franco, esto es, el conjunto de sus Leyes Fundamentales (152), encaja a la perfección en el concepto de Constitución semántica. Durante cuarenta años, nuestro país vivió bajo un régimen en el que lo decisivo era un poder personal cuyos límites residían más en el sentido político de su titular que en las instituciones que le rodeaban.

Si no de Constitución, sí puede hablarse, en cambio, de una interpretación *esencialista, permanente, inmutable y providencial* de la idea de España que

(148) B. CLAVERO: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, cit., págs. 143-159.

(149) K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, págs. 218-219.

(150) C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, págs. 58 y sigs.

(151) R. FERNÁNDEZ CARVAJAL: *La Constitución española*, Editora Nacional, Madrid, 1969.

(152) A lo largo de un período que duró unos treinta años fueron apareciendo unas disposiciones de singular importancia que, desde 1947, recibieron el nombre y categoría de Leyes Fundamentales. Tales fueron el Decreto de 9 de marzo de 1938 que aprobó el Fuero del Trabajo; la Ley de 17 de julio de 1942 que creó las Cortes españolas; la Ley de 17 de julio de 1945 que aprobó el Fuero de los Españoles en que se regulaban los derechos y deberes de éstos; la Ley del Referéndum de 22 de octubre de 1945 que estableció la consulta directa a la Nación; la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 27 de julio de 1947 que constituyó España en Reino, creó la categoría de las Leyes Fundamentales y atribuyó aquella Jefatura al General Franco; la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958 que era síntesis de las demás Leyes Fundamentales; y, finalmente, la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 que modificó algunas de las Leyes anteriores y, sobre todo, las completó. *Vid.* BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: *Leyes Fundamentales*, Colección de textos legales, Madrid, 1964. La Ley Orgánica del Estado de 1967 puede verse en el BOE de 11 de enero de 1967 (núm. 9).

encerraba un nacionalismo ciego y excluyente ante una realidad mucho más rica y plural, y que perseguía esas diferencias, las negaba y las reprimía con desprecio y violencia. En esa España que el franquismo iría levantando, la relación de la Iglesia católica con el Estado fue estrechísima, lo que representó un auténtico drama para los heterodoxos, las conciencias disidentes y, en definitiva, el pluralismo ideológico. Como ha escrito Javier Tusell, «la primera imagen que parece desprenderse de la relación entre el sistema político y el catolicismo es que éste no era sólo un círculo de autonomía parcial respecto del Estado, sino la esencia misma sustentadora del sistema político» (153). La continua presencia de la jerarquía eclesiástica en las instituciones del régimen (154) cumplía la doble función de habilitar y fortalecer la creencia en ese ídolo nacional, inseparable de la fe católica.

Para empezar, el «restablecimiento del orden» (155) implicó el desmantelamiento de la legislación laica de la II República, recuperando con ello nuestras leyes «su sentido tradicional católico» (156): la enseñanza de la religión en los Institutos de Enseñanza Media volvió a ser obligatoria a partir de octubre de 1937 (157); la Ley de Matrimonio Civil quedó derogada en marzo de 1938 (158); la Compañía de Jesús restablecida el 3 de marzo de 1938 (159); y en diciembre de 1938 se dejó sin efecto la Ley de secularización de cementerios (160), corriendo la misma suerte la de Confesiones y Congregaciones Religiosas ya en febrero de 1939 (161).

Tras la victoria de los llamados «nacionales» en la guerra civil, entretanto se llegaba a la conclusión de un nuevo Concordato, el Gobierno español, en virtud del Convenio con la Santa Sede de 1941 (162), se compromete a obser-

(153) J. TUSELL: *La dictadura de Franco*, Alianza, Madrid, 1988, pág. 52. En el mismo sentido, véase por ejemplo S. G. PAYNE: *El régimen de Franco (1936-1975)*, Alianza, Madrid, 1987, págs. 209 y sigs. M. SABÍN RODRÍGUEZ: *La dictadura franquista (1936-1975). Textos y documentos*, Akal, Madrid, 1997, págs. 275-309.

(154) Vid. por ejemplo el art. 2.1.j) de la Ley de Cortes (1942) y los arts. 3 y 4 de La Ley de sucesión en la Jefatura del Estado (1947).

(155) Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936. Citado según J. M. SABÍN RODRÍGUEZ: *Op. cit.*, págs. 21-22.

(156) J. M. SABÍN RODRÍGUEZ: *Op. cit.*, pág. 320.

(157) *Ibid.*, págs. 310-320.

(158) Ley de 12 de marzo de 1938 (*BOE* de 21 de marzo). Sobre los avatares de la regulación jurídica del matrimonio a lo largo del período franquista puede verse CARRIÓN OLMOS: *Op. cit.*; L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN: *Op. cit.*, págs. 68-70.

(159) Decreto de 3 mayo de 1938 (*BOE* de 7 de mayo).

(160) Ley de 10 de diciembre de 1938 (*BOE* de 20 de diciembre).

(161) Ley de 2 de febrero de 1939 (*BOE* de 4 de febrero).

(162) *BOE* de 7 de junio de 1941.

var las disposiciones contenidas en los cuatro primeros artículos del Concordato del año 1851, el primero de los cuales proclamaba la confesionalidad católica del Estado «con exclusión de otros cultos». En 1944, como consecuencia de lo acordado en 1941, se aprobó un nuevo Código Penal que en sus artículos 205 a 212 reproducía casi a la letra el de 1928, aunque con la supresión de la protección a favor de los cultos no católicos como pretendía el proyecto de 1939 debido al Ministerio de Justicia (163). Y en 1945, el artículo 6 del Fuero de los Españoles declaraba:

«La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni en el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión católica».

Siguiendo al artículo 11 de la Constitución de 1876, el Fuero sanciona la protección oficial de la religión católica en cuanto religión del Estado, y concede un espacio limitado de libertad a quienes profesen un credo distinto del católico, puesto que nadie será molestado por sus creencias religiosas (expresión más acertada que la de opiniones) ni por el ejercicio privado de su culto. Sí persiste, en cambio, una alusión al límite del ejercicio de los cultos no católicos, límite que si en 1876 se fijó en «el respeto debido a la moral cristiana», ahora, casi setenta años después, el artículo 33 de esta misma ley fundamental lo sitúa en la obligación de «no atentar contra la unidad espiritual del país». Se restaura, pues, el sistema de la confesionalidad estatal con tolerancia para la práctica privada de los «cultos disidentes» (164). El Fuero tolera, no reconoce derechos ni libertades en materia religiosa, sólo concede, como gesto magnánimo y displicente, una leve tolerancia de orden interior, para el «consumo familiar» (165).

Por otra parte, en la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, Franco promulgó como «ideales que dieron vida a la Cruzada» una serie de preceptos, entre ellos el siguiente:

«La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostó-

(163) L. RODRÍGUEZ RAMOS: *Op. cit.*, págs. 1244-1245.

(164) Por ejemplo STS de 6 de noviembre de 1964, Arz. 942 (de 1965).

(165) D. BASTERRA MONSERRAT: *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 230. Sobre ello, véase especialmente L. MARTÍN-RETORTILLO: *Libertad religiosa y orden público*, Tecnos, Madrid, 1970.

lica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación».

Con esta disposición se acentuaba el dogmatismo religioso del nuevo Estado franquista hasta el punto de forjarse una confesionalidad sustancial, de suerte que la doctrina de la Iglesia era asumida por el poder público como criterio de justicia, como medida legislativa, no sólo para cuestiones de índole religiosa, sino como base de todo el ordenamiento jurídico. Se trataba, además, de una disposición a la que se dotaba de una cierta eficacia, pues en el artículo 3 de la misma ley se decía que «serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino». Lo que aún estaba por determinar era el modo concreto de hacer efectiva esa nulidad. Con razón, el canonista Pedro Lombardía escribía en 1961 que era éste «el texto fundamental de la confesionalidad del Estado español», aclarando laudativamente a continuación, desde una postura ajena a derechos y libertades, su significado y alcance:

«Si afirmamos que el Estado debe ser confesional, enseguida admitimos como lógica consecuencia que debe proclamarse católico y el efecto se consigue, simplemente, insertando un texto más o menos brillante en las leyes fundamentales y acompañando con fórmulas o ceremonias religiosas determinados comportamientos de la vida pública. Estas fórmulas o ceremonias pueden ser sinceras expresiones de fe y adoración, pero pueden constituir también, si la fe no es viva y no se traduce en obras, expresiones de un desagradable fariseísmo. En cambio, la aceptación por parte del Estado de la existencia de la Ley divina lleva implícita la exigencia de informar en ella su legislación y su actividad de aplicación del Derecho (...). Fácilmente se advierte de cuanto acabamos de decir que la repercusión jurídica del principio de confesionalidad no se reduce a una determinada solución del problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, sino que tiene unas consecuencias mucho más amplias que repercuten en todos los aspectos del orden jurídico secular (...) Hemos recordado ya que a la Iglesia ha sido confiada por Dios la misión de custodiar e interpretar auténticamente la Ley divina, positiva y natural. Decíamos también que esta misión la cumple la Iglesia mediante el ejercicio de su potestad de Magisterio; por tanto, un Estado confesional ha de tener en cuenta las declaraciones magisteriales de la Iglesia para encontrar las líneas maestras de su propio ordenamiento jurídico, ya que en ellas se encuentra declarado el contenido de la ley de Dios. Es ésta precisamente la fundamental diferencia entre un Estado confesional y otro que no lo es y su más firme garantía de seguridad y acierto» (166).

---

(166) P. LOMBARDÍA: «La confesionalidad del Estado hoy», en *Ius canonicum*, t. I, julio-diciembre 1961, págs. 348-349.

Lo decisivo era, pues, que el Estado actuase con fidelidad a la Ley de Dios, fundamento y límite del poder político a falta de Constitución, derechos y libertades. Con la Ley de Principios del Movimiento Nacional, el Nuevo Estado no sólo aceptaba su incompetencia legislativa en el ámbito espiritual, sino que acataba la llamada *potestas Ecclesiae in temporalibus*, con lo que al ejercer la potestad legislativa en las materias de su competencia debía inspirarse en la doctrina de la Iglesia. El paso a una confesionalidad sustancial reforzó aún más la construcción del Derecho Eclesiástico como Derecho de una relación entre dos estructuras, el Estado y la Iglesia, sin que tuviese cabida en este ámbito un planteamiento constitucional que atendiese preferentemente a derechos y libertades. La posibilidad, contemplada implícitamente en el artículo 1 del Fuero de los Españoles, de colocar el derecho de libertad conciencia como eje del sistema jurídico religioso no se utilizó en la práctica. He aquí un buen ejemplo de la retórica totalitaria tan característica del régimen franquista.

Ahora bien, a nadie escapa que el verdadero pacto entre poderes se amarró en 1953 con la firma del nuevo Concordato (167). Baste tan sólo, para dar una idea de su orientación, reproducir brevemente unas palabras del ministro Martín Artajo en las que se refiere al acuerdo como «amistoso pacto» fruto de «la colaboración de las dos potestades», reconociendo que «acaso nunca en la historia de España, por lo menos durante la moderna era concordataria, se haya dado una convivencia tan pacífica y fructuosa» (168) entre la Iglesia y el Estado. El Concordato significó el pleno reconocimiento del régimen por parte de la Santa Sede y, al coincidir en el tiempo con el acuerdo con los Estados Unidos, supuso otro importante jalón en el proceso de apertura al exterior (169). Por otro lado, a través del privilegio de presentación de obispos, Franco se aseguró el apoyo de la jerarquía eclesiástica española a fin de que ésta siguiese desempeñando la ingrata tarea de habilitación del Nuevo Estado, un trabajo, por cierto, iniciado voluntariamente en julio de 1937 con la polémica pastoral colectiva del episcopado español, publicada poco después de la derrota del Euzkadi católico y republicano (170).

En contrapartida, el Concordato confirmó y aún amplió todos los privilegios legales que la Iglesia venía gozando desde hacía casi un siglo. El artículo 1 recordaba que la religión católica «sigue siendo la única de la Nación espa-

---

(167) BOE de 19 de octubre de 1953.

(168) Citado según F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de Historia del Derecho Español*, cit., pág. 617.

(169) J. SOLÉ TURA: *Introducción al Régimen político español*, Ariel, Barcelona, 1972, págs. 37-40.

(170) J. IRIBARREN: *Op. cit.*, págs. 219-242.

ñola» y prescribía que «gozará de los derechos y prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley de Divina y el Derecho canónico» (171). El artículo 2 reproducía casi literalmente aquél otro de 1851 según el cual en los centros de enseñanza, tanto estatales como no estatales, la enseñanza de la religión debía impartirse como asignatura ordinaria y obligatoria en todos los niveles de estudios, y las enseñanzas en general debían ajustarse al dogma y la moral católica, encomendándose a tal efecto al ordinario diversas funciones como la aprobación de los programas de religión, la intervención en el nombramiento de los profesores de religión y la vigilancia en orden a asegurar la pureza de la fe. Todo ello sin olvidar que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 y ante la censurable dejación de funciones que hicieron las autoridades públicas, la Iglesia recuperó su posición de privilegio en el campo de la educación española. Como se ha dicho, frente al laicismo escolar de la II República, la educación se vuelve a partir de 1936 confesional y profundamente ideologizada (172).

## 2. *La modificación del artículo 6 FE como exigencia de la confesionalidad sustancial del régimen franquista*

El cambio vendría, no por la asunción de planteamientos constitucionales, sino por un Concilio, el Vaticano II, que se reúne en Roma entre 1962 y 1965. La aprobación por el mismo Concilio de la Declaración sobre la libertad religiosa de 7 de diciembre de 1965, obligó a modificar el artículo 6 del Fuero de los Españoles, dándosele una nueva redacción en la que se afirmaba que el Estado asumiría la protección de dicha libertad. La nueva versión de este artículo 6, aprobada por la Ley Orgánica del Estado de 1967, quedó como sigue:

«La profesión y práctica de la Religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público».

---

(171) Complemento indispensable de este artículo es la siguiente disposición que se incluyó en el *Protocolo final*, firmado por los plenipotenciarios de ambas partes: «En el territorio nacional seguirá en vigor lo establecido en el artículo 6 del Fuero de los Españoles. Por lo que se refiere a la tolerancia de cultos no católicos, en los territorios de soberanía española en África continuará rigiendo el *status quo* observado hasta ahora». Nótese, pues, que en virtud de este párrafo, la Santa Sede daba oficialmente su conformidad a la redacción del artículo 6 del Fuero de los Españoles.

(172) Vid. por ejemplo M. PUELLES BENÍTEZ: *Op. cit.*, págs. 359-461; B. LOZANO: *Op. cit.*, págs. 93-97; C. RODRÍGUEZ COARASA: *Op. cit.*, págs. 66-75.

Como se observa, la revisión consistió sin más en la inclusión de una declaración formal de libertad religiosa que respetaba en todo caso el principio de confesionalidad estatal. Pocos meses después se aprobaría la Ley 44/1967, de 28 de junio (173), con la cual, en la dirección de superar la situación de tolerancia para los no católicos, se regulaba el ejercicio del derecho civil a la libertad religiosa. El Estado reconocía en ella el derecho a la libertad religiosa y garantizaba «la profesión y práctica privada y pública de cualquier religión» (174), de modo que las creencias religiosas no podían constituir «motivo de desigualdad de los españoles ante la ley», aunque «el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica», habría de ser «compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus leyes fundamentales» (175). Libertad, pero menos. Partiendo de la anterior coincidencia entre el Estado y la Iglesia, fue esta última la que cambió primeramente de postura. Y el Estado, en aras de su propia confesionalidad, se vio forzado a seguirla. Adviértase que así como la redacción inicial del artículo 6 del Fuero de los Españoles gozó de la aprobación del Vaticano, ahora también se hace constar que la nueva versión del artículo «había merecido previamente la aprobación de la Santa Sede» (176).

Pero el Estado aceptó sólo en parte lo que desde Roma se defendía o pedía, ya que siguió conservando en vigor disposiciones que restringían e incluso contradecían al nuevo artículo 6 del Fuero de los Españoles y al artículo 1 de la Ley 44/1967, de Libertad Religiosa. Así sucedía, en primer lugar, con todas las limitaciones (algunas de muy vaga formulación) contenidas en el artículo 2 de la propia Ley de Libertad Religiosa; en segundo lugar, con aquellos artículos del Fuero de los Españoles y de la Ley de Orden Público que sancionaban como contrarios al orden público los actos que atentasen «a la unidad espiritual de España»; y, finalmente, con muchos preceptos del aún vigente Concordato de 1953. Algo cambió, pero sólo algo. Por ello se podía seguir entendiendo, tal como hizo el Tribunal Supremo en sentencias posteriores a la Ley 44/1967, que continuaba vigente, como precepto fundamental del ordenamiento, el artículo 33 del Fuero de los Españoles. Por consiguiente, toda conducta dirigida a fomentar otras religiones distintas de la católica «atentaba contra la unidad espiritual de la Nación» (177). La política religiosa del Estado franquista ofre-

---

(173) BOE de 1 de julio de 1967.

(174) Art. 1.2.

(175) Art. 1.3.

(176) Vid. el Preámbulo de la ley.

(177) SSTS de 6 de octubre de 1967, Arz. 4529; de 16 de diciembre de 1967, Arz. 4982; de 5 de junio de 1968, Arz. 3112; y de 29 de mayo de 1969, Arz. 2791.

cía matices y contrastes muy acusados que, en última instancia, derivaban de su peculiarísima comprensión del binomio confesionalidad-libertad religiosa. En verdad, en materia religiosa, el Estado español cambió muy poco durante los cuarenta años de franquismo. Desde 1936 a 1975, el principio de confesionalidad inspiró la legislación española, aún después de promulgada la Ley de Libertad Religiosa de 1967, y supuso una decisiva limitación para el ejercicio de los derechos de libertad e igualdad. Durante esa época hubo en nuestro país dos ordenamientos jurídicos distintos en la relación del Estado con el fenómeno religioso: el régimen privilegiado de la Iglesia católica (basado en fuentes bilaterales como el Concordato y otros convenios) y el de las demás confesiones religiosas (a las que iba destinada la Ley 44/1967, de Libertad Religiosa, o, como se significase en la época de su preparación, *Estatuto de los acatólicos*) (178). En suma: *aggiornamento*, sí, *ma non troppo*.

#### V. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978: NUEVAS PERSPECTIVAS

Hoy día, la España Constitucional es una España integradora, pluralista, que respeta la libertad ideológica, religiosa y de cultos, y que ha superado la dialéctica Estado-Iglesia a favor del Estado aconfesional, laico y neutral. Por vez primera en la historia de nuestro constitucionalismo, el legislador constituyente de 1978 acertó a sobrevolar la cuestión de las relaciones Estado-Iglesia para aterrizar en el terreno de los derechos y libertades individuales en materia de conciencia y religión. Las líneas maestras del acuerdo constitucional recogidas en el artículo 16 CE son las siguientes:

a) En primer lugar, la libertad ideológica, religiosa y de culto como derechos fundamentales de los individuos y de sus comunidades. Ambas libertades, la ideológica y religiosa, son, de un lado, libertades negativas, en el sentido de que delimitan un espacio de autorealización personal irreductible que atribuye

---

(178) J. LÓPEZ DE PRADO: «Recepción de la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho canónico*, 22, 1967, págs. 555-621; J. RUPÉREZ: *Estado confesional y libertad religiosa*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1970; A. DE LA HERA: *Pluralismo y libertad religiosa*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1971, págs. 59-229; J. CASTELLS: *Las asociaciones religiosas en la España contemporánea*, Taurus, Madrid, 1973; C. CORRAL: *La libertad religiosa en la Comunidad Económica Europea*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973; J. PÉREZ LLANTADA: *La libertad religiosa en el Vaticano II y en España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974; S. PETSCHEN: *La Iglesia en la España de Franco*, Taurus, Madrid, 1977; G. SUÁREZ PERTIERRA: *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*, Eset, Vitoria, 1978; J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE: *Compilación de Derecho Eclesiástico (1816-1986)*, Tecnos, Madrid, 1986.

al individuo el derecho a que nadie intente introducirse de manera abierta o subrepticia en sus ideas o creencias, y, de otro, positivas, en la medida en que también incluyen una dimensión externa de *agere licere* que se traduce en el derecho a expresar esas mismas ideas y creencias públicamente y a actuar conforme a ellas «sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer compulsión o la injerencia de los poderes públicos» (STC 120/1990, FJ. 10). No resulta difícil imaginar como en esa dimensión externa, las libertades ideológica y religiosa se solapan con otros derechos y libertades, lo que no significa que tanto una como otra no tengan su propio contenido y manifestaciones. Unos derechos y libertades que hoy se encuentran constitucionalizados en nuestro país sin servidumbre ideológica ninguna. Así, al reconocer la libertad de expresión, el artículo 20.1.a) no excepciona las de contenido religioso; otro apartado del mismo artículo, el 20.1.c), garantiza sin reservas la libertad de cátedra; y tampoco los artículos 21 y 22 establecen límite ideológico alguno al ejercicio de los derechos de reunión, manifestación y asociación. Por otro lado, en el artículo 27 se reconoce el derecho de todos a la educación y la libertad de enseñanza, garantizándose al mismo tiempo el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Asimismo, y como concreción del principio de libertad de enseñanza, se reconoce el derecho de las personas físicas y jurídicas a la libre creación de centros docentes. Como se advierte, el constituyente optó por definir un marco de mínimos limitativos y determinaciones positivas en el que habría de fluir la libertad de configuración del legislador. Pero hay un marco constitucional de certeza que no podrá desconocer ninguna política, un marco que, en último término, descansa en las libertades de conciencia y expresión, esto es, en el principio de libre formación de las conciencias, con lo que ello implica de libre transmisión de la cultura y de institucionalización del pluralismo.

b) En segundo lugar, la intimidad de las creencias como garantía de los derechos de libertad e igualdad en la materia, puesto que nadie está obligado a declarar sobre ellas. Dicho derecho es absoluto desde la perspectiva de que nadie puede exigir lisa y llanamente que una persona declare cuáles son sus convicciones, aunque en razón de determinadas circunstancias y dentro de ciertos límites puede ser legítimo que tanto los poderes públicos (179) como los particulares (180) condicionen determinados actos al conocimiento de la ideología o creencias de una persona cuando a ello les habilite la protección de valores o intereses generales de relevancia constitucional o el ejercicio legítimo de otros derechos constitucionales.

(179) Vid. por ejemplo STC 160/87.

(180) J. M. BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 685 y sigs.

c) En tercer lugar, el principio de laicidad del Estado desde la separación, puesto que ninguna confesión tendrá carácter estatal. La neutralidad ha de entenderse principalmente como no identificación e «impide que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetro para medir la legitimidad o justicia de la normas y actos de los poderes públicos», al tiempo que «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 24/1982, FJ. 1). En materia de educación, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.3 CE, la aconfesionalidad del Estado exige la neutralidad ideológica de la enseñanza pública. Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, «en un sistema jurídico basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales» (STC 5/1981, FJ. 9). La neutralidad ideológica de los centros docentes públicos «impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que (...) no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita» (STC 5/1981, FJ. 9). El único límite que encuentra el respeto del principio de neutralidad de la enseñanza pública lo constituye el deber que al Estado impone el artículo 27.2 CE de formar a los alumnos «en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales», objetivo cuya realización exige la difusión activa de esos valores básicos, éticos y políticos de la convivencia democrática. Otro cuestión tradicionalmente polémica, la del matrimonio, viene regulada en el artículo 32 CE, que si, de un lado, remite al legislador la regulación del mismo, de otro, anuncia un contenido que representa el mínimo de ese mandato. El matrimonio civil, disoluble, viene impuesto por los principios constitucionales del artículo 16. Es ésta, además, una interpretación cuya trascendencia resulta evidente si se recuerdan los períodos históricos en los que se exigió, con mayor o menor rigor, una declaración de acatolicidad para poder celebrarlo (versión original del artículo 42 CC). Los derechos de libertad e igualdad también quedan salvaguardados en este sector del ordenamiento.

d) En cuarto lugar, la cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones en el marco de la laicidad del Estado, lo que significa que no puede utilizarse la cooperación para recuperar una confesionalidad encubierta o «solapada» (181). La mención expresa y deliberada de la Iglesia católica entre los

---

(181) F. SÁINZ MORENO: *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. II, Cortes Generales, Madrid, 1989, págs. 2041 y sigs.

sujetos beneficiarios de la colaboración no puede interpretarse como una excepción de la regla de la aconfesionalidad del Estado, sino como una concesión a una realidad histórica y sociológica. La legitimidad racional-democrática rindió tributo a la historia. Refleja la inquietud de una cierta responsabilidad histórica que tiene su origen en el artículo 26 de la Constitución de 1931. La separación Estado-Iglesias y la neutralidad estatal son un hecho. Pero que el Estado no se identifique con ninguna religión, no tiene porqué significar que deba renunciar a la protección de la religión como contenido de un derecho fundamental. El deber de colaboración con las confesiones religiosas veda una política no ya de hostilidad hacia los sentimientos religiosos existentes en la sociedad española, sino incluso de indiferencia. El constituyente de 1978 partió de la firme convicción de que la vertiente colectiva es, en agrupaciones de basamento religioso, a todas luces trascendental, pues es en ellas donde se manifiesta la transformación de una mera yuxtaposición de individualidades en el conjunto con identidad propia que todo colectivo requiere para la mejor satisfacción de sus intereses. Como ha dicho Durkheim, «las creencias sólo son activas cuando están compartidas» (182). Del carácter necesario de la neutralidad estatal se deriva, pues, un interés objetivo en la existencia de instituciones religiosas autónomas. En este sentido, los intereses religiosos devienen intereses públicos. La progresiva implantación de la libertad religiosa ha traído consigo esta visión positiva de la función de las iglesias que, en último análisis, legitima, y aún exige, unas relaciones de colaboración entre aquéllas y el poder público. El Estado social ha influido en los viejos derechos de origen liberal, abriéndolos a las nuevas técnicas prestacionales de los derechos sociales (183). La libertad religiosa no ha sido una excepción y, junto a las técnicas negativas de *no interferencia*, ha incorporado también técnicas positivas de *promoción*. Los Acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas se configuran como uno de los medios utilizados por el Estado para llevar a cabo esa cooperación. A través de ellos, el Estado pretende reconocer y tener en cuenta las exigencias específicas que para sus ciudadanos tienen sus creencias religiosas concretas.

Ciertamente la libertad religiosa ha dejado de ser un problema para la convivencia democrática en España. La dialéctica de poderes ha pasado a la historia. Sin embargo, no quisiera terminar sin destacar que algunas de las zonas de penumbra del actual sistema de relaciones Estado-Iglesias se comprenden y

---

(182) E. DURKHEIM: *Las formas fundamentales de la vida religiosa*, Akal, Madrid, 1982, pág. 36.

(183) Por todos, E. W. BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, págs. 44-71.

enjuician con mayor claridad si se atiende al dato histórico. La desconfesionalización de nuestro preciado Estado Constitucional aún está en marcha, lo cual provoca disfunciones tangibles. Para empezar, la dimensión negativa de la libertad religiosa se resiente en aquellos supuestos en que persiste la presencia del poder público en cualquier acto o manifestación religiosa. Para que ello no fuese así debería interpretarse el principio de laicidad de tal manera que vedase la participación del Estado en todas las manifestaciones externas de culto. Esto es lo que conceptualmente exige el Estado Constitucional (184). Por otra parte, es evidente que se ha querido hacer extensivo el estatuto jurídico de la Iglesia católica a otras confesiones con notorio arraigo en España. El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias se ha inspirado en la normativa concordada con la Santa Sede y, consecuentemente, se enmarca en la dinámica del *do ut des*. Ahora bien, que los contenidos de los acuerdos menores coincidan en gran parte con los acuerdos de la Iglesia católica no puede llevarnos a afirmar la existencia de una auténtica situación de igualdad, pues la diferencia de trato sigue siendo considerable. El hecho de que la estructura organizativa de las confesiones minoritarias sea sensiblemente menos compleja que la de la Iglesia católica puede explicar, en cierto modo, la concisión de los acuerdos menores y la semejanza que entre ellos se aprecia. Pero, insisto, sólo en cierto modo, pues ese dato no sirve para justificar la *uniformidad* que se observa entre unos y otros y, ni mucho menos, la distancia respecto de los acuerdos católicos (185). La Iglesia católica es la referencia, pero la igualdad constitucional sigue padeciendo. No se ha progresado lo suficiente en dimensiones igualitarias de la libertad, sino que, por el contrario, se ahondan las diferencias a favor de las confesiones más poderosas (las confesiones con acuerdos y, principalmente, la Iglesia católica). Sin olvidar, por último, los problemas de alcance constitucional que plantea el concepto restrictivo de religión que se infiere del control administrativo previo a la inscripción de las confesiones (186). No es

---

(184) J. PÉREZ ROYO: *Op. cit.*, págs. 348-349.

(185) Sobre ello C. CORRAL y L. ECHEVARRÍA: *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, BAC, Madrid, 1980; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Acuerdos del Estado con las confesiones religiosas*, FEREDÉ y FCI, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991; C. SERRANO POSTIGO: «Los Acuerdos del Estado español con las confesiones no católicas», *ADEE*, vol. IV, 1988; A. MOTILLA: *Los convenios de cooperación entre el Estado español y las confesiones religiosas*, Bosch, Barcelona, 1986; A. FERNÁNDEZ CORONADO: «Los acuerdos del Estado español con FEREDÉ y FCI», *ADEE*, vol. VII, 1991; D. GARCÍA PARDO: *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

(186) Vid. I. ZABALZA: «Confesiones y entes confesionales en el ordenamiento jurídico español», *ADEE*, vol. III, 1987; L. PRIETO SANCHÍS: «Posición jurídica de las asociaciones religio-

nada fácil determinar la esencia o modelo común de todos los fenómenos religiosos supuestamente genuinos. Lo cierto es que una única definición no es suficiente para abarcar las variadas series de tradiciones, prácticas e ideas que constituyen las diferentes religiones. Algunas suponen la creencia en un dios o dioses y el culto a ellos, pero esto no es cierto para todas ellas. El cristianismo, el islam y el judaísmo son religiones teístas, mientras que el budismo no exige la creencia en dioses, y allí donde se da, los dioses no son considerados importantes. Hay teorías de la religión que la interpretan como un fenómeno totalmente humano, sin ningún origen o punto de referencia sobrenatural o trascendente, mientras que otros defienden que algo de tal referencia sobrenatural o trascendente es la esencia del hecho religioso. Y existen otros puntos de vista, y se dan disputas colindantes con respecto a la aplicación del concepto.

---

sas en el Derecho español», *ADEE*, vol. IV, 1988; M. LÓPEZ ALARCÓN: «La función calificadoradora en el Registro de Entidades Religiosas», *ADEE*, vol. XIV, 1998; M. J. ROCA: «La interpretación del concepto de fines de religiosos y la discrecionalidad administrativa», *ADEE*, vol. XIV, 1998; A. MOTILLA: «Control administrativo de la licitud de las entidades religiosas; la aplicación del orden público en la inscripción en el Registro», *Revista de Administración Pública*, 14, 1999, págs. 63-104; A. LÓPEZ CASTILLO: «Acerca del derecho de libertad religiosa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 56, 1999, págs. 81 y sigs.; A. MOTILLA: *El concepto de confesión religiosa en el Derecho Español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

