

TEMA IV. LA LIBERTAD DE CREENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y TUTELA JURÍDICA

I. LA LIBERTAD DE CREENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde julio de 1808 hasta principios de 1814, en que, en plena derrota de Napoleón en Europa, las últimas tropas francesas traspasan de nuevo los Pirineos, coexistieron formalmente en España dos regímenes políticos bien diferentes: por una parte, el Estatuto de Bayona y las disposiciones del Gobierno interior; por otra, la legitimidad de la Junta Central y de las Cortes de Cádiz.

En cuanto a la cuestión religiosa, no obstante, no difieren tanto. El Estatuto de Bayona proclama en su artículo primero que “la religión católica, apostólica y romana en España y en todas las posesiones españolas, será la religión del rey y de la nación, y no se permitirá ninguna otra”. En la redacción de la Constitución de 1812 intervinieron tanto progresistas como conservadores, lo que dio lugar a que en ésta encontremos tanto conceptos del antiguo régimen como instituciones e ideas de signo ampliamente revolucionario. Con estas dos tendencias (la tradicional y la revolucionaria) no es de extrañar que en la CE de 1812 encontremos disposiciones tan dispares como el reconocimiento de la soberanía nacional y la división de poderes, junto con la confesionalidad católica y la intolerancia religiosa. Así el artículo 12 de esta Constitución declara que “la religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, única verdadera. La nación la protege con leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.

El Proyecto de Constitución muestra ya la tendencia mayoritaria de los miembros de las Cortes de proteger la religión católica frente al reconocimiento de la libertad religiosa¹. La

¹ Buena muestra del espíritu que animaba a los Constituyentes de 1812 en este aspecto es la intervención del Sr. López: “Es conveniente que hagamos una protestación más solemne de nuestra fe; es necesario que se haga la de la encarnación del Hijo de Dios, como que de ahí nace la religión católica, apostólica, romana. Esta declaración es tanto más necesaria, cuanto que estamos en un tiempo en que

redacción presentada en el Proyecto es la siguiente: “La Nación española profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana, única verdadera, con exclusión de cualquier otra”. Pese a la evidente claridad del texto, los realistas reclaman la incorporación de una obligación explícita de acatamiento de la religión católica: “la religión debe entrar en la Constitución como una ley que obligue a todos los españoles a profesarla, de modo que ninguna pueda ser tenida por tal fin sin esta circunstancia”². La redacción final incluye, como sabemos, las demandas de los diputados realistas³.

Argüelles criticaría años después, en su obra *Examen histórico de la Reforma Constitucional de España*, la decisión de consagrar en la Constitución un Estado confesional e intolerante en el ámbito religioso. La confesionalidad del Estado constituye para Argüelles “un error grave, funesto, origen de grandes males, aunque “inevitable”. “Se creyó prudente –relata Argüelles- dejar al tiempo, al progreso de las luces, a la ilustrada controversia de los escritores, a las reformas sucesivas y graduales de las Cortes venideras, que se corrigiese, sin lucha ni escándalo, el espíritu intolerante que predominaba en una gran parte del estado eclesiástico”⁴.

Es evidente que España no estaba todavía preparada para reconocer la libertad religiosa cuando se tolera que durante la última década del reinado de Fernando VII se reanude la actividad de la Inquisición⁵. El 3 de julio de 1826 fue condenado por la Inquisición Cayetano Ripoll, maestro de Ruzafa, acusándole de “hereje formal y contumaz que abraza toda clase de errores”⁶. La Junta de Fe de Valencia califica el delito de Ripoll como crimen de

reina mucho la herejía de la filosofía, tan contraria a esta religión que tanto nos honra, y sin la cual nada se puede salvar, según el símbolo *Credo in unum Deum etcétera*. Aquí, aunque no se hace mención del Hijo, no se hace mención de Jesucristo, como Redentor y Establecedor de la religión católica, apostólica, romana, y como tal se debía hacer mención de Él y de la Purísima Virgen María, conforme se hace en los Concilios y se previene en la ley de Partida” (Sesión del 25 de agosto de 1811)

² Intervención del Sr. Iguanzo en las Cortes, recogido por MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, o.c., pág.199

³ El resultado final es el siguiente: “La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra” (art.12)

⁴ A. De Argüelles, *Examen histórico de la Reforma Constitucional de España*, Tomo II, 1999, pág. 54.

⁵ Al declarar nulos los decretos del trienio constitucional, de derecho quedaba restablecida la Inquisición, pero Fernando VII, en su último periodo de reinado, no restaura expresamente este Tribunal. Ante la negativa del rey, la Iglesia busca otra vía para ejercer su misión. Se trata de las *Juntas de fe* que algunos obispos organizaron en sus diócesis. “Se basaban –nos describe Martí Gilabert- en el derecho nato de los obispos a vigilar la pureza de la doctrina y la moralidad de los libros (...) Una de las juntas más famosas fue la de Valencia, establecida en 1824 por el gobernador eclesiástico Despujols, y confirmada por el arzobispo, Simón López. Esta junta, aparte de ejercer la potestad espiritual, impuso penas temporales –encarcelamiento previo y confiscación de bienes- con la cooperación de las autoridades locales” (*Iglesia y Estado en el reinado de Fernando VII*, o.c., págs.167-168)

⁶ M. PÉREZ GALÁN, *La enseñanza en la Segunda República española*, o.c., pág. 12

herejía formal y contumaz y lo remite a la Real Sala del Crimen de la Audiencia. La responsabilidad legal recayó, por tanto, en el poder civil, que debió aplicar la pena prevista para dicho delito: la pena capital. El maestro de Ruzafa fue acusado ante la Inquisición por varios labriegos porque sus creencias le impedían enseñar el catecismo: “No creía en Jesucristo, en el misterio de la Santísima Trinidad, en el de la Encarnación del Hijo de Dios, en el de la Sagrada Eucaristía, ni en la Virginitad de María Santísima, ni en los Santos Evangelios, ni en la Infalibilidad de la Santa Iglesia Católica, Apostólica, Romana; no cumplía con el Precepto Pascual; impedía a los niños dijese Ave María Purísima y que hiciesen la señal de la cruz; que no era necesario oír Misa para salvarse, y retraía a los mismos dar la debida adoración al Señor Sacramentado cuando era llevado para administrar el Viático a los enfermos”⁷.

Las Cortes de Cádiz garantizaron, sin embargo, la libertad de imprenta con la finalidad de asentar una de las bases más firmes según ellos del nuevo régimen, una opinión pública ilustrada. La importancia que se le otorgó a esta libertad queda evidenciada en la declaración que las Cortes incluyen al presentar el texto constitucional declaraban: «Como nada contribuye más directamente a la ilustración y adelantamiento general de las naciones y a la conservación de su independencia que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficiosas a los súbditos de un Estado, la libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces, debe formar parte de la ley fundamental de la Monarquía si los españoles desean sinceramente ser libres y dichosos»⁸.

El reconocimiento de la libertad de imprenta muestra algunas restricciones basadas precisamente en el continuismo en el tratamiento de la cuestión religiosa. Las publicaciones sobre materias de religión quedan sujetas a la censura previa de los ordinarios eclesiásticos, aunque éstos no podían negar la licencia de impresión sin examinar previamente el escrito y oír al interesado (art. 19). En caso de que este último recibiera, a pesar de todo, la negativa para publicar, puede recurrir a la Junta Suprema, si bien ésta sólo puede en última instancia aconsejar al ordinario, si lo estimara así, mas no obligarle a conceder la licencia⁹.

La confesionalidad estatal continuará plasmándose de forma más o menos solemne en las sucesivas Constituciones promulgadas a lo largo del siglo XIX, a excepción de la

⁷ Carta del Vicepresidente de la Junta de Fe de Valencia a su Arzobispo, de 5 de agosto de 1826, dándole cuenta del proceso y suplicio de Ripoll, reproducido por L. ALONSO TEJADA, *Ocaso de la Inquisición en los últimos años del reinado de Fernando VII*, Madrid, 1969, Apéndice VIII, págs. 248-249.

⁸ E. La Parra, “La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz”, <http://www.cervantesvirtual.com>.

⁹ Ibid

Constitución fruto de la revolución de 1868. La CE de 1837 reconoce la confesionalidad sociológica de la nación española y pretende eludir la confesionalidad formal del Estado. La de 1845 acoge una fórmula plenamente confesional, aunque no dice nada sobre la posición del Estado frente a los individuos. La del 76, inspirada en la de 1845, establece, sin embargo, un régimen de tolerancia.

La década moderada (1844-1854) se caracteriza también por el buen entendimiento entre la Iglesia y el Estado, que se plasma, finalmente, en la celebración del Concordato de 16 de marzo de 1851. En él se reafirma la confesionalidad del Estado español proclamada en la Constitución de 1845¹⁰. Confesionalidad que, lógicamente, tiene, por ejemplo, claras consecuencias en el ámbito educativo: “la instrucción en las Universidades, Colegios, Seminarios y Escuelas públicas o privadas de cualquiera clase, será en todo conforme a la doctrina de la misma religión católica; y a este fin no se pondrá impedimento alguno a los obispos y demás prelados diocesanos encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina de la fe y de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud en el ejercicio de este cargo, aun en las escuelas públicas”¹¹. Permite, además, la intervención de prelados y demás ministros “cuando hayan de oponerse a la malignidad de los hombres que intenten pervertir los ánimos de los fieles y corromper las costumbres, o cuando hubiere de impedirse la publicación, introducción o circulación de libros malos y nocivos”¹².

Durante la segunda mitad del siglo XIX se desarrolla en España un movimiento filosófico que critica abiertamente la confesionalidad católica del Estado español y la ausencia del reconocimiento de libertades como la de pensamiento. El krausismo español nace y se consolida en torno a la cátedra de Sanz del Río. El filósofo español reinterpreta, en cierto sentido, la doctrina de Krause, resaltando aquello del sistema que consideraba susceptible de una aplicación práctica. La filosofía krausista, afirma Sanz del Río, “puede acomodarse perfectamente a los diferentes grados de cultura del espíritu humano, y yo considero ya hoy mismo, como punto en que habré de meditar detenidamente, qué parte enseñaré y cómo la enseñaré en mí país, de suerte que se avive natural y gradualmente entre nosotros la vida del espíritu y el amor a la verdad”¹³.

¹⁰ art. 1

¹¹ art. 2

¹² art. 3

¹³ Texto transcrito por A. POSADA, *Breve Historia del krausismo español*, Oviedo, 1981

Destaca en la filosofía de Krause, y en sus continuadores en nuestro país, la defensa de la libertad, imprescindible en todos los ámbitos de la vida humana. “La filosofía política de Krause conduce a un Estado jurídico, construido sobre la idea de libertad, condición esencial para la realización del rico y complejo destino humano”¹⁴. Giner de los Ríos, fiel discípulo de Sanz del Río y fundador de la Institución Libre de Enseñanza, reclamó también un derecho para la libertad, en cuanto ésta, la libertad, es una condición real para los fines de la vida”¹⁵.

El krausismo se enfrentó, por ejemplo, con el catolicismo rígido propiciado por la Iglesia¹⁶. Sanz del Río ya, en un primer momento, expone abiertamente su pensamiento sobre esta institución: “La Iglesia, conservándose en su Monarquía inmutable de la Edad Media, mientras el Estado ha pasado por la dura prueba de las revoluciones, para crear un nuevo orden de cosas, ha sido más o menos en las formas, pero siempre en el espíritu, rémora constante de este nuevo estado y vida, ha apadrinado todas las reacciones y ha arrojado la excomunión, donde ha podido, contra todos los progresos. Y este espíritu antipático, que no cede ni transige, nace de algo más alto que de los hombres, de la institución misma. A ella, pues, y a reformarla radicalmente y traerla al espíritu del siglo, vuelven ahora los ojos algunos legos (eclesiásticos ninguno o muy contados) pidiendo que reforme su Constitución, como pedían antes del Concilio de Trento y de Constanza que reformara sus abusos, y a esta condición aseguran ahora como antes que caminarán de acuerdo la sociedad y la Iglesia. Sin embargo, será necesario que esta voz de aviso se repita ahora como antes algunos siglos, para que sea al fin escuchada y seguida”¹⁷.

A finales de 1864 Pío IX promulga la Encíclica *Quanta Cura* y el *Syllabus*, compilación de errores condenados por la Iglesia, siendo reprobadas explícitamente en el *Syllabus* las siguientes proposiciones: “No conviene ya, en nuestra época, que la Religión católica se mantenga como la única religión del Estado, excluyendo cualesquiera otros cultos”; Por ello laudablemente en algunos países católicos se ha establecido por ley que sea lícito a quienes allá emigren, ejercer públicamente su propio culto, cualesquiera que éste fuere; En efecto, es falso que la libertad civil para cualquier culto, e igualmente la amplia facultad a todos concedida de manifestar clara y públicamente cualquier opinión y cualquier pensamiento,

¹⁴ *Ibíd*em, págs. 43-44

¹⁵ *Ibíd*em, pág. 59

¹⁶ M. PUELLES BENÍTEZ, *Educación e ideología en la España contemporánea*, o.c, pág.284. “Presumían los krausistas —explica Caro Bajora— de poseer hondos sentimientos religiosos; pero su religiosidad no era dogmática y hostil, en todo caso, al dominio absoluto del Catolicismo” (*Introducción a una historia contemporánea del anticlericalismo español*, Madrid, 1980, pág.203)

¹⁷ Artículo de SANZ DEL RÍO publicado en “Gaceta”, el 2 de julio de 1855, reproducido por V. CACHO VIU, o.c., pág. 61

conduzcan a corromper más fácilmente las costumbres y el espíritu de los pueblos, y a propagar la peste del indiferentismo”. Igualmente, se condena la proposición: “Debe estar separada la Iglesia del Estado y el Estado, de la Iglesia”.

En 1869 se aprueba una nueva Constitución y su debate en las Cámaras refleja la oposición radical de la Iglesia al liberalismo, que se hará patente de manera especial a propósito de la redacción del artículo 21. Las posturas de los diputados oscilaban entre la separación Iglesia-Estado y la confesionalidad estatal, y por otra parte, el reconocimiento de la libertad religiosa o de la tolerancia.

El texto que la Comisión propuso como definitivo y que resultaría, finalmente, aprobado, es el siguiente: “La nación española se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más reglas que las universales de la moral y el Derecho. Si algunos españoles profesaran otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior”.

Como vemos la redacción definitiva no hace una referencia expresa a la confesionalidad estatal, pero tampoco la rechaza. Por este motivo, la fórmula “la nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica”, tiene un significado implícito de confesionalidad católica, única confesión subvencionada por el Estado, y que no se opone a la confesionalidad católica garantizada en el Concordato de 1851, por lo que se debe entender que dicha declaración persiste al no ser denunciada, ni contradicha.

Rechazada la separación Iglesia-Estado, el reconocimiento de la libertad religiosa se realiza bajo una fórmula que refleja más el principio de reciprocidad y tolerancia para los extranjeros, que a un derecho de libertad religiosa. Sólo así se puede entender que este derecho se reconozca en primer lugar a los extranjeros residentes en España y, después, si hubiere algún español que no fuese católico, se extiende este derecho a los españoles.

Durante la Dictadura de Primo de Rivera la confesionalidad estatal da lugar a situaciones como la siguiente. En 1928 se sanciona a Luis Jiménez de Asúa¹⁸, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, durante la Dictadura de Primo de Rivera. En la década de los veinte del siglo pasado se desarrolló un movimiento eugénico en España. Se trataba de un grupo minoritario, compuesto fundamentalmente por médicos y juristas

¹⁸ Vid. Beatriz Souto Galván, *La libertad de cátedra y los procesos de depuración del profesorado...*, o.c., pp .98 y ss.

eminentes, que, sin embargo, adquiere cierta relevancia en la vida socio-política y cultural del país. Contó con prestigiosas figuras como Gregorio Marañón, Sebastián Recasens, Angel Osorio y Gallardo y Luis Jiménez de Asúa. En 1928 organizaron el Primer Curso Eugénico español, pero tras celebrarse las primeras conferencias –entre otras, la de Jiménez de Asúa sobre “El aspecto jurídico de la maternidad consciente”- Primo de Rivera ordenó su suspensión bajo la acusación de pornografía¹⁹. Ese mismo año Jiménez de Asúa fue sancionado con “suspensión de sueldo por un mes” por exponer “doctrinas perniciosas” durante una conferencia celebrada en la Universidad de Murcia sobre “eugenesia y maternidad consciente”. Su discurso motivó una protesta que fue recogida por el diario “La Verdad” y secundada por las asociaciones de Damas Católicas de Murcia y provincias limítrofes. La orientación de las ideas expuestas les produjo gran escándalo y decidieron dirigir telegramas a Primo de Rivera y a Eduardo Callejo, entonces Ministro de Instrucción Pública. La Resolución administrativa relata así lo ocurrido:

“En el expediente se comprueba, apreciando en conjunto su resultado, según las normas de la sana crítica, el hecho de haber pronunciado el Sr. Jiménez Asúa, el 7 de marzo, en la Universidad de Murcia, en un acto que, por el lugar, la persona y el auditorio, era genuinamente universitario y académico, frases y conceptos propugnando el amor libre y la elección voluntaria de la maternidad, como corrobora la extensa narración o reseña que de dicha conferencia hace el número de *El liberal*, de Murcia, unido al expediente y publicado el siguiente día 8, diciendo *sería más racional pensar en la libertad de amor, pues no hay razón ninguna para que el Estado o la Iglesia intervengan en la unión de un hombre y una mujer en el pleno uso de sus facultades, que quieren hacer vida común. En este orden de cosas no hay más razón imperante que la voluntad... La mujer tiene perfecto derecho a escoger el hombre y el momento de la maternidad, sin que por ello renuncie a la satisfacción de su instinto sexual... Sólo es lícito el uso, sólo es posible acudir a los medios anticoncepcionales para limitar la maternidad.* Versión que, dada la ideología del periódico, no cabe sospecha se hiciese alterando, en perjuicio del conferenciante, la realidad y sentido de las palabras pronunciadas”.

¹⁹ Nash, M., *Aproximación al movimiento eugénico español: El primer curso eugénico español y la aportación del Dr. Sebastian Recasens*, “Actas del IV Congrès d’Història de la Medicina Catalana”, Poblet, 7-9 de junio de 1985, vol.I, pp. 195-200, pp.196-198.

Finalmente se sanciona al destacado Profesor por considerar que “con la exposición de tales teorías, se atacan, por su carácter de antisociales y demoleadoras de la familia, principios que son base del orden social constituido y que deben estimarse como doctrinas perniciosas a los efectos del artículo 170 de la Ley de Instrucción Pública de 1857, por el estrago moral que han de causar en los jóvenes que las escuchen con deficiente preparación para apreciar su significación y alcance”²⁰.

La confesionalidad católica que preside el constitucionalismo español del siglo XIX, va a ser suprimida por el Estado nacido de la Segunda República, sustituida por la separación Estado-Iglesia. El artículo 3 de la Constitución de 1931 dispone por primera vez: “El Estado español no tiene religión oficial”. Se reconoce, igualmente, la libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión (art. 27). Sin embargo, este derecho sufre un manifiesto recorte en su ejercicio colectivo.

La discusión del artículo 26, relativo al régimen de las confesiones religiosas, fue la más compleja. El 13 de octubre Azaña, pronunciará un largo discurso sobre la cuestión religiosa:

En primer lugar, Azaña afirma: “La premisa del problema religioso, hoy político, la formulo yo de esta manera: España ha dejado de ser católica; el problema político consiguiente es organizar al Estado en forma tal que quede adecuado a esta fase nueva e histórica el pueblo español. Yo no puedo admitir que a esto se le llame problema religioso. El auténtico problema religioso no puede exceder de los límites de la conciencia personal, porque es en la conciencia personal donde se formula y se responde la pregunta sobre el misterio de nuestro destino. Este es un problema político, de constitución del Estado, y es ahora precisamente cuando este problema pierde hasta las semejas de religión, de religiosidad, porque nuestro Estado, a diferencia del Estado antiguo, que tomaba sobre sí la curatela de las conciencias y daba medios de impulsar a las almas, incluso contra su voluntad, por el camino de su salvación, excluye toda preocupación ultraterrena y todo cuidado de la fidelidad, y quita a la Iglesia aquel famoso brazo secular que tantos y tan grandes servicios le prestó. Se trata simplemente de organizar el Estado español con sujeción a las premisas que acabo de establecer. Durante muchos siglos, la actividad especulativa del pensamiento europeo se hizo dentro del Cristianismo, el cual tomó para sí el pensamiento del mundo antiguo y lo adaptó con más o menos fidelidad y congruencia a la fe cristiana; pero también desde hace siglos el pensamiento y la actividad especulativa de Europa han dejado, por lo

²⁰ Real Orden de 7 de abril de 1928 (*Gaceta de Madrid*, 8 de abril)

menos, de ser católicos; todo el movimiento superior de la civilización se hace en contra suya, y, en España, a pesar de nuestra menguada actividad mental, desde el siglo pasado el catolicismo ha dejado de ser la expresión y el guía del pensamiento español. Que haya en España millones de creyentes, yo no os lo discuto; pero lo que el ser religioso de un país, de un pueblo y de una sociedad no es la suma numérica de creencias o de creyentes, sino el esfuerzo creador de su mente, el rumbo que sigue su cultura”.

Hay dos afirmaciones de entrada: que España ha dejado de ser católica y que se trataba de un problema político no religioso. La primera afirmación apuntaba a reflejar que las pautas generales de la cultura española se habían desconectado desde hacía años de una permanente e insistente influencia de lo religioso y lo católico, por lo que era necesario organizar el Estado de acuerdo con esta realidad. En segundo lugar, se entraba en un problema puramente político. El auténtico problema religioso no puede exceder de los límites de la conciencia personal, porque es en la conciencia personal donde se formula y se responde la pregunta sobre el misterio de nuestro destino. Por eso interpretó que el criterio a seguir respecto a las órdenes religiosas era la de tener en cuenta su posible peligrosidad para el régimen republicano.

No faltó la polémica tras las opiniones de Azaña. Los diputados de la derecha se esfuerzan en acumular enmiendas al art.26. Una vez aprobado Alcalá Zamora dimite como presidente de la República. También dimite el Ministro de Gobernación Miguel Maura, dando lugar a una crisis gubernamental. Se retiran de las Cámaras las minorías agraria y vasconavarra, que se ausentan de las Cortes a partir de ese instante, tras elaborar un extenso escrito protestando por la actitud seguida con la Iglesia.

El artículo art.26 de la CE de 1931 disponía:

“Todas las confesiones religiosas serán consideradas como Asociaciones sometidas a una ley especial. El Estado, las regiones, las provincias y los Municipios no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas. Una ley especial regulará la total extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del clero.

Quedan disueltas aquellas Órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.

Las demás órdenes religiosas se someterán a una ley votada por estas Cortes Constituyentes y ajustada a las siguientes bases: 1. Disolución de las que por sus actividades constituyan un peligro para la seguridad del Estado. 2. Inscripción de las que deban subsistir, en un registro especial, dependiente del Ministerio de Justicia. 3. Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes de los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos. 4. Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza. 5. Sumisión a todas las leyes tributarias del país. 6. Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la asociación. Los bienes de las órdenes religiosas podrán ser nacionalizados”.

Como desarrollo de los artículos 26 y 27 de la CE se aprueba dos años después la Ley de Confesiones, Congregaciones y Órdenes religiosas, que introduce nuevas restricciones al ejercicio colectivo de la libertad religiosa. El Estado se reserva la facultad de intervenir en los nombramientos de los ministros, administradores y titulares de cargos y funciones eclesiásticas. Los bienes de la Iglesia pasan a la propiedad del Estado, etc.

Esta ley fue duramente criticada por el sector neocatólico. El diario “El Debate” publicó un artículo cuyo titular decía así: “La Ley de congregaciones, nuevo vejamen a la conciencia española, aprobada”. El artículo continúa: “no debemos callar que la ley ofende y hiere los sentimientos religiosos de la mayoría del país. La ley es una agresión a la Iglesia católica, a la que desconoce en sus divinas prerrogativas y hasta se la hace de condición jurídica inferior a cualquier herejía que no tenga, si los tiene, sino unas docenas de creyentes en nuestra patria. Ni esa ley va a ser duradera ni va a descristianizar, como quiere, a la infancia española. El laicismo no hará presa en ella. Los católicos españoles defenderán ¡más que a la vida! Las conciencias de sus hijos”.

Azaña escribiría posteriormente sobre la cuestión religiosa: “Cada vez que repaso los anales del parlamento constituyente y quiero discernir donde se jugó el porvenir de la política republicana y dónde se atravesó la cuestión capital que ha servido para torcer el rumbo de la política, mi pensamiento y mi memoria van, inexorablemente a la Ley de congregaciones religiosas, al artículo 26 de la Constitución, a la política laica, a la neutralidad de la escuela, a todo lo que se ha derivado de bienes, de esperanzas y de rigores de justicia del principio asentado en la Constitución de la República, contra lo cual se han desarrollado todas las maniobras visibles e invisibles que han sido capaces de suscitar una reacción contra nosotros

para ver si nos hacían naufragar y, por último, confesémoslo, nos han hecho naufragar y hemos naufragado”.

Los motivos de una postura tan radical a la hora de enfrentarse con la cuestión religiosa son varios. En gran medida debe atribuirse al desbordamiento anticlerical. El conflicto se había iniciado antes de las elecciones constituyentes y las manifestaciones de anticlericalismo se convirtieron pronto en una especie de rito en todas las protestas de izquierda, al mismo tiempo que la derecha hacía repetidas y exasperadas muestras de clericalismo. En mayo de 1931 se quemaron 6 edificios católicos en Madrid. El Director General de Seguridad manifestó que las fuerzas del Ejército patrullaban y prestaban servicio de vigilancia en diversos puntos, y que no ocurrió nada más de particular, sin que tuviera noticias de que en provincias hubiera ocurrido anormalidad alguna. Sólo en 1934 empezaron los procesamientos por incendios de edificios religiosos, lo que hizo pensar en el absoluto desinterés de las autoridades por perseguir delitos evidentes. La violencia de la lucha religiosa hizo que aparecieran interpretaciones conspirativas y demonizadoras del adversario y así surgió la que desde la derecha atribuía un papel decisivo a la masonería²¹.

Según manifiesta la propia institución, la masonería “es una sociedad fraternal, que admite a todo hombre libre y de buena reputación, sin distinción de raza, religión, ideario político, posición social, exigiendo únicamente que posea un espíritu filantrópico y el firme propósito de tratar siempre de ir en busca de la perfección. Está basada en la creencia de un Ser Superior al que se denomina Gran Arquitecto del Universo, como principio y causa de todas las cosas. La masonería es sobre todo un estilo de vida, trata de hacer de un hombre bueno otro mejor. Sus miembros aprenden sus preceptos en ceremonias ritualísticas dramatizadas, que siguen antiguas formas, usos y costumbres de los constructores de catedrales, utilizando las mismas herramientas como guías alegóricas”. Se constituye como institución laica y mayoritariamente anticlerical, aunque no tuvo una posición única respecto a la cuestión religiosa. Durante la Dictadura de Primo de Rivera la oposición al régimen se vio forzada a actuar en la clandestinidad y encontró en la masonería un instrumento de relación y un lugar en donde comunicar su inquietud política. El resultado fue que nutrieron la masonería (principalmente la rama más importante, denominada Gran Oriente de España) un número importante de intelectuales, profesionales y militares.

²¹ J. Tussel, *Historia de España en el siglo XX. II. La crisis de los años treinta: República y Guerra Civil*, TAURUS, Madrid, 1999.

Así se explica que en el momento de proclamarse la República el número de masones hubiera llegado a unos 5000, cifra muy superior a la de los años 20. La masonería tenía, además, una importancia muy considerable en los medios políticos: seis ministros del Gobierno provisional, al menos 130 diputados y un porcentaje muy alto en el conjunto de parlamentarios en determinadas agrupaciones políticas (más del 50 por ciento en la izquierda republicana y más del 30 en la socialista).

El periodo en el que se desarrolla la guerra civil dio lugar, entre otras cosas, a una legislación no uniforme dictada por uno y otro bando, cuya aplicación y vigencia dependía de los resultados obtenidos en el frente. La legislación del bando nacional adopta, desde el primer momento, los principios de la religión católica, lo que dará lugar a una legislación que suprime progresivamente, las restricciones impuestas por la República a la Iglesia católica. En noviembre de 1936 Franco escribe al Cardenal Gomá sobre “la España nacional y eterna que, al defender su existencia contra las hordas rojas, lucha también por la pervivencia de nuestra sacrosanta religión, consustancial con nuestra amada patria”. Y, un año después manifiesta: “católica ha sido, es y será la verdadera España. Nuestra guerra es una cruzada, la cruzada de los hombres que creen en Dios, es una guerra religiosa”. El Gobierno republicano, a su vez, radicalizaría su actitud frente a la Iglesia: ordena la supresión de todas las órdenes y congregaciones religiosas que directa o indirectamente hubieran apoyado el levantamiento militar; disuelve las instituciones regentadas por institutos o comunidades religiosas, etc.

La contienda finaliza con la victoria del bando nacional y, la orientación que, en materia religiosa, había asumido desde un principio, se mantendrá durante el régimen surgido de la Guerra civil. La Iglesia española mostró su apoyo al levantamiento militar desde el primer momento. En este sentido resultan muy clarificadoras las palabras del Cardenal Gomá, Primado de España: “¡Gobernantes! Haced catolicismo a velas desplegadas... Ni una ley, ni una cátedra, ni una institución, ni un periódico fuera o contra Dios y su iglesia en España”.

Fiel a esta postura, en 1938, antes de finalizar la guerra, el primer Gobierno regular del régimen franquista, dictará un decreto en el que se establece la creación del Servicio Nacional de Asuntos eclesiásticos al que se encargará la “preparación de todo cuanto pueda referirse a la derogación de las disposiciones antirreligiosas existentes”. En el mes de febrero del año siguiente se deroga la Ley de confesiones, órdenes y congregaciones religiosas y sus disposiciones complementarias. En 1941, el Gobierno realiza su primer Acuerdo con la Santa Sede, en el que el Estado se compromete a acatar los cuatro primeros artículos del Concordato de 1851, suspendido tácitamente desde el advenimiento del régimen republicano. Se

configura de esta forma un Estado confesional, siguiendo el modelo anterior a la implantación de la Segunda República.

El régimen instaurado por el General Franco retorna, por tanto, a la confesionalidad estatal, característica del constitucionalismo español decimonónico, siendo ésta proclamada en numerosos textos legales de rango fundamental: art.6 del Fuero de los españoles; la Ley de Principios fundamentales del Movimiento; o la Ley de Sucesión que definía a España como “un Estado católico, social y representativo que se constituye en Reino conforme a la tradición”. La declaración de confesionalidad estatal va acompañada de la supresión de la libertad religiosa. Se implanta un régimen de tolerancia religiosa (art.6 del Fuero de los españoles: La profesión y práctica de la religión católica, que es la del Estado, gozará de protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas o por el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión católica), que no será modificado hasta la celebración del Concilio Vaticano II. La Declaración *Dignatatis humanae* reconoce el derecho de libertad religiosa; reconocimiento que hubo de asumir el Estado español como consecuencia de su confesionalidad doctrinal.

El principio II de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 1958 disponía: “La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Iglesia católica, apostólica y romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación”. La adaptación al magisterio católico se hace efectiva mediante la reforma del artículo sexto del Fuero de los españoles, garantizando la libertad religiosa: “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”. En desarrollo de este precepto se promulga la ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967, cuyo artículo 1 dice así: “El ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes fundamentales”.

Por otra parte, el clima de entendimiento entre la Iglesia y el Estado durante este periodo va a dar lugar a la conclusión de normas bilaterales. En 1953 firman un nuevo concordato en el que se ratifica la confesionalidad del Estado español y se reconocen numerosos derechos a la Iglesia católica. Sin embargo, a raíz de la doctrina sentada en el Concilio Vaticano II, se solicita por parte de la Iglesia la revisión del Concordato de 1953, con el fin de preservar la autonomía e independencia de la Iglesia. A partir de este momento se producirá un choque en las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado español.

La conclusión de un nuevo Acuerdo con la Iglesia no se llevará a cabo hasta el cambio de régimen, iniciado con el acceso a la jefatura de Estado de Juan Carlos a título de rey.

La intolerancia del régimen franquista se ejerció tanto en el ámbito religioso como en el ideológico. Ya durante la Guerra se dictaron normas dirigidas a reprimir la masonería. Así, un Decreto de 1936 establece, en su artículo primero: La Francmasonería y otras asociaciones clandestinas son declaradas contrarias a la ley. Todo activista que permanezca en ellas tras la publicación del presente edicto será considerado como reo del crimen de rebelión. Durante este periodo fueron fusilados muchos masones. Una vez finalizada la guerra, la masonería queda incurso en la ilegalidad franquista en la Ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939 donde se declaran fuera de la ley todas las logias masónicas, los partidos del frente popular y los sindicatos.

Pero se incide todavía más sobre esta cuestión porque un año después se dicta una Ley para la Represión de la Masonería y el Comunismo. Las penas iban desde la incautación de bienes hasta la reclusión mayor. Se establecieron penas de veinte a treinta años de prisión para los grados superiores, y de doce a veinte para los cooperadores. Se constituye también el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo (en vigor hasta 1964). Este tribunal extendió sus actuaciones incluso a aquellos que se hallaban en el extranjero. Se dictaron sentencias condenatorias contra Martínez Barrio, Jiménez de Asúa, Casares Quiroga y otros: “Se condena a Diego Martínez Barrio, alias “Verniaud”, venerable maestro, soberano, inspector, comendador, gran maestro nacional, a la pena de 30 años de reclusión mayor con inhabilitación absoluta; a Luis Jiménez de Asúa, alias “Carrara”, maestro masón de la logia Danton, a 20 años de reclusión mayor con inhabilitación absoluta; a Augusto Barcia, alias “Lasalle”, gran maestro, a 20 años de reclusión mayor e inhabilitación absoluta; a Santiago Casares Quiroga, alias “Saint Just”, maestro masón de la logia Suecia, a 20 años de reclusión mayor con inhabilitación absoluta.

2. LA LIBERTAD DE CREENCIAS EN LA CE DE 1978: CONTENIDO ESENCIAL Y NATURALEZA DEL DERECHO

El artículo 16 de la Constitución española de 1978 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

La triple terminología utilizada en el apartado primero de este precepto ha sugerido una doble interpretación del mismo. Parte de la doctrina estima que el artículo 16 garantiza dos libertades formalmente distintas: la libertad religiosa y la libertad ideológica o de pensamiento. Desde esta perspectiva se sostiene que tienen un objeto propio, distinto en cada caso: el objeto de la libertad ideológica sería el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre puede elaborar y defender sobre cualquier realidad física o humana, mientras que el de la libertad religiosa sería la profesión y práctica de las propias creencias religiosas²²; considerando, además que la religión es un bien jurídico que justifica una protección específica²³.

La segunda opción se decanta por una interpretación unitaria del derecho. El artículo 16 CE ha de interpretarse teniendo en cuenta la cláusula de remisión hermenéutica contenida en el artículo 10.2 CE²⁴, es decir, en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Utilizando esta triple denominación podría parecer que avalan las tesis que confieren plena autonomía al derecho de libertad religiosa, sin embargo, el Comité de Derechos Humanos, en su interpretación del artículo 18 del PIDCP, apunta un sentido unitario del derecho: “el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las

²² J. Hervada, “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”, en *Los Eclesiasticistas ante un espectador*, 2ª ed., Pamplona, 2002, pp.111-135.

²³ A. Ollero Tassara, *España: ¿un Estado Laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Madrid, 2005, p.91.

²⁴ “El mandato del artículo 10.2 –como afirma Miguel A. Aparicio- lleva consigo el dotar a la norma constitucional reguladora de un derecho de una contextura receptiva de las especificaciones que a su núcleo esencial normativo le confiera el correspondiente tratado internacional: y ello tanto en lo que se refiere a las garantías del derecho regulado como en lo atinente al contenido esencial de este último” (“La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la Democracia*, n.6, 1989, pp.9-18, p.14).

convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas (...) los términos creencia y religión deben entenderse en sentido amplio”²⁵.

En mi opinión, la interpretación que apunta a la concepción unitaria del derecho es la única que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional. El artículo 16 CE debería ser comprendido, por tanto, en este sentido, es decir, se trataría de una libertad que garantiza “la libre autodeterminación del individuo en la elección de su propio concepto de la vida o de su propia cosmovisión, así como de la libre adopción de decisiones existenciales”²⁶. Desde esta perspectiva se requiere garantizar de igual modo la libertad de cosmovisión personal con independencia del origen o fuente de creación o adhesión del propio concepto de vida, que no puede constituir un motivo para dispensar un tratamiento jurídico diverso sin incurrir en la vulneración del principio de igualdad.

La mayor parte de los autores que sostienen que la libertad religiosa es un derecho autónomo, le atribuyen, a su vez, naturaleza de derecho prestacional. Comparto, no obstante, la opinión de POLO SABAU cuando afirma que “dada la técnica de positivación empleada por el constituyente, no cabe sino calificarlo como un derecho de libertad”²⁷. Se trata, en definitiva, de una libertad negativa, de hacer o no hacer, de asumir una propia cosmovisión, sea ésta de carácter religioso o no, o de no asumirla, sin interferencias externas.

Las dudas que se han planteado en torno a la naturaleza del derecho a la libertad “religiosa” en este caso, surgen precisamente del propio texto constitucional que introduce un mandato a los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y cooperar con la Iglesia Católica y las demás confesiones. Este deber de tener en cuenta y cooperar, que trataré en el apartado siguiente, convertiría al derecho de libertad de creencias en un derecho-prestación puesto exige una actuación positiva del Estado. Pese a la dificultad actual de clasificación de los derechos fundamentales en razón de su naturaleza – puesto que se entiende casi unánimemente que todos los derechos fundamentales poseen

²⁵ Comentario General nº 22(48) al artículo 18, aprobado por el Comité de Derechos Humanos en su 1247ª Sesión, celebrada el 20 de julio de 1993.

²⁶ J. A. Souto Paz, *Comunidad política y libertad de creencias*, cit., p. 220. En similar sentido, Ruiz Miguel aboga por un igual tratamiento de las libertades contenidas en el artículo 16: “La libertad religiosa puede verse como una especificación de la ideológica, pero no por ello como un tipo de libertad diferente que esté sometida a un régimen especial de protección activa” (“Para una interpretación laica de la Constitución”, RGDCDEE 18 (2008) 1-29, p. 22).

²⁷ Sobre la naturaleza del derecho a la libertad de creencias vid. J. R. Polo Sabau, “En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm.129, julio-septiembre (2005), pp.137-167, p.149.

una naturaleza mixta²⁸ - desde mi punto de vista, la acciones exigibles a los poderes públicos en relación con la libertad que estamos analizando, deben dirigirse, en todo caso, en virtud del art.9.2 CE, a remover los obstáculos que impidan su ejercicio, y este tipo de acciones –que, lógicamente, pueden sugerir la existencia de una faceta prestacional, presente, por otro lado, en todos los derechos fundamentales- no creo que permitan calificar al derecho de libertad de creencias, en sentido estricto, como un derecho de naturaleza prestacional, en el sentido en que se trate de un derecho que requiera acciones ejecutivas-prestacionales de índole económico.

2. NEUTRALIDAD, COOPERACIÓN Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

La Constitución española de 1978 garantiza implícitamente el principio de neutralidad ideológica del Estado²⁹, a través del reconocimiento de principios como el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa o la aconfesionalidad estatal³⁰.

La garantía de neutralidad es además una exigencia necesaria para hacer efectiva la igualdad porque lo contrario implicaría un tratamiento discriminatorio hacia aquéllos que no comparten los valores impuestos –de una u otra forma- por el aparato estatal³¹.

La Constitución de 1978 consagra en su artículo 14 el principio de igualdad formal: igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, y en el 9.2 el llamado principio de igualdad material, propio del Estado Social de Derecho.

El principio de igualdad formal impone un límite al legislador, exigiendo que las consecuencias jurídicas diversas deriven de diferencias relevantes. Se ha de partir, por tanto, de un juicio valorativo referido “conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a

²⁸ El Tribunal Constitucional afirma, en este sentido, que todos los derechos fundamentales poseen una doble dimensión: subjetiva y objetiva. La subjetiva garantiza al sujeto un ámbito de libertad y la objetiva deriva de su consideración de elemento esencial del ordenamiento objetivo de la comunidad política. La consecuencia de esta distinción y de la configuración social del Estado es que a los derechos fundamentales se les reconoce una vertiente que exige adecuadas actuaciones del poder público, que se traducen en acciones positivas a fin de crear las condiciones necesarias para hacer de los derechos fundamentales realidades efectivas (L. Castillo Córdoba, *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*, Valencia, 2006, pp.27-29).

²⁹ Si lo hace de forma expresa respecto a las convicciones religiosas al establecer la aconfesionalidad estatal (art.16.3), que opera, en interpretación del Tribunal Constitucional, como “presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática” (SSTC 177/1996 y 101/2004).

³⁰ STC 5/1981, de 13 de febrero.

³¹ Coincido en este punto con L Prieto Sanchís, “Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia”, *Persona y Derecho* 60 (2009), pp.209-240, p.224.

las consecuencias normativas que se unen a las mismas”³². El problema se traduce, como se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina, en determinar la “relevancia de los rasgos”³³, que, a su vez, se concreta en que la norma no contenga una discriminación arbitraria, es decir, que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable. A propósito de la interpretación del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que el artículo 14 CE garantiza tanto la igualdad en la ley –frente al legislador– impidiendo que éste pueda configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación; y, la igualdad en la aplicación de la ley, es decir, que la ley sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación:

El Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos”³⁴.

³² L. Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, M^a José Añón (ed.), PUV, 2004, pp.111-170, p.130.

³³ F. J. Laporta, “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n.67 (1985), pp.3-31, p.6.

³⁴ STC 75/2011, de 19 de mayo, F.J.6º.

El principio de “igualdad material” puede suponer un correctivo al principio de igualdad formal, puesto que a diferencia de éste último, el primero trata de hacer “efectivos” la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, teniendo en cuenta la posición fáctica de desigualdad en la que éstos pueden encontrarse³⁵:

El art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material³⁶.

El Tribunal Constitucional ha afirmado al respecto que no se trata de conseguir una identidad absoluta en la posición social de los ciudadanos pero sí impone actuaciones positivas a los poderes públicos. Y, en este sentido, “puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial”, con la finalidad de proteger a ciertos sectores sociales discriminados³⁷. Como señala muy acertadamente PRIETO SANCHÍS, “la igualdad jurídica genera frente al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, mientras que la igualdad de hecho genera obligaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación”³⁸. No contravienen, por tanto, la garantía del artículo 14 CE aquellas medidas que favorezcan a determinados “colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”³⁹. Ello no obsta a que el legislador, en el margen de apreciación que se le ha atribuido para introducir un trato diferenciado en atención a la desigualdad sustancial, tenga límites derivados precisamente del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria⁴⁰.

³⁵ No faltan autores que rechazan esta interpretación del artículo 9.2, en defensa de una interpretación extensiva del artículo 14 CE, de forma que englobaría los supuestos considerados tradicionalmente incluidos en la igualdad real (Vid. E. Carmona Cuenca, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p.279)

³⁶ STC 12/2008 de 29 enero, F.J. 4º.

³⁷ E. Carmona Cuenca, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., pp.273-275.

³⁸ L. Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Mª José Añón (ed.), PUV, 2004, pp.111-170, p.127.

³⁹ STC 216/1991, de 14 de noviembre.

⁴⁰ STC 34/1981, de 10 de noviembre.

En relación con el derecho de libertad religiosa el Tribunal Constitucional formuló en una temprana Sentencia los siguientes criterios de aplicación del principio de igualdad:

“Es asimismo cierto que hay dos principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de «agere licere» del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los artículos 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos. Dicho de otro modo, el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso, y el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico y se deduce de los artículos 9 y 14 CE”⁴¹.

Sin embargo, la misma Sentencia no encuentra obstáculos al reconocimiento de un trato especial a los miembros de la confesión católica –en este caso, en relación con la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, cuya prestación asume el Estado- y los de las demás confesiones, alegando que éstas tienen un igual derecho a la asistencia religiosa en la “medida y proporción adecuadas”⁴². Argumento que parece haber sido asentado como criterio de interpretación general del principio de igualdad en el ejercicio del derecho de libertad de creencias. La proporcionalidad –referida normalmente al número de creyentes que conforman una comunidad religiosa- parece ser el elemento de “relevancia jurídica” que permite admitir como constitucional un trato jurídico diferenciado como el que posee la Iglesia Católica en España en relación con el resto de confesiones religiosas o con asociaciones ideológicas no confesionales. Sin embargo, y desde el punto de vista de los derechos subjetivos, el resultado de conjugar el artículo 16 CE con el 9.2 del mismo texto normativo debería significar la imposición a los poderes públicos de un deber de respeto y garantía de las creencias

⁴¹ STC 24/1982 de 13 mayo, F.J.1

⁴² *Ibíd*em, F.J.4^º

particulares, con independencia de la extensión geográfica o social de la comunidad a la que pertenezca⁴³.

A las anteriores afirmaciones hay que añadir además el cuerpo de doctrina que el Constitucional ha generado en torno al apartado tercero del artículo 16 CE, esto es, el mandato a los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y cooperar con la Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas.

La cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas se ha traducido en la práctica en el compromiso de los poderes públicos de asumir determinadas prestaciones a favor de los colectivos religiosos más relevantes desde un punto de vista sociológico. Desde esta perspectiva, el principio que debe regir la actuación de los poderes públicos en relación con la dimensión colectiva de la libertad religiosa –en la medida y proporción adecuadas- es el de *laicidad positiva*:

“El contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen, pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional (...) Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad, considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de confesionalidad o laicidad positiva que “veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales”⁴⁴.

La jurisprudencia constitucional no parece haber tenido en cuenta el principio de igualdad sustancial proclamado en el artículo 9.2 de la CE, del que sí se deriva la posibilidad de

⁴³ G. Ruiz-Rico, “Los derechos de las minorías en el ordenamiento constitucional español”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.91, enero-marzo1996, pp.99-138, p.105.

⁴⁴ STC 128/2001 de 4 junio, F.J.2º

que el Estado, mediante acciones positivas, pueda lograr favorecer a los colectivos sociales más desfavorecidos para corregir situaciones de desigualdad real. En materia de creencias tanto el legislador español como los órganos judiciales han favorecido la creación de un status privilegiado para la confesión de mayor implantación social, en abierta contradicción, desde mi punto de vista, con el principio de igualdad material.

Con independencia de la precisión anterior, comparto plenamente la opinión de RUIZ MIGUEL cuando afirma que la garantía de una igual libertad de creencias –de orígenes diversos, no exclusivamente religiosos- pasa por seguir concibiendo este derecho como una libertad meramente negativa, de garantía de no interferencia⁴⁵, restringiendo las acciones positivas de “facilitación” –en todo caso- de los poderes públicos a la remoción de los obstáculos que impidan el pleno ejercicio del derecho, en aquellas situaciones en que efectivamente sea necesario algún tipo de acción por existir un verdadero “obstáculo” que impida su ejercicio. Cualquier otra opción supone una intromisión del Estado en un ámbito para el vedado por aplicación del principio de neutralidad.

El artículo 16.3 CE debe interpretarse en conexión con el principio de igualdad. La diferencia de trato normativo que la Constitución introduce entre las creencias religiosas y las demás convicciones no puede dar lugar, sin lesionar el principio de igualdad del individuo en su elección de planes de vida, a una conversión de derechos subjetivos de libertad en derechos prestacionales en virtud del mandato de cooperación. Este precepto sólo puede explicarse, – como ha puesto de manifiesto RUIZ MIGUEL- en el sentido de “colaboración” del Estado con las confesiones religiosas en áreas de interés común, como la sanidad, la educación, asistencia social, etc.⁴⁶; colaboración que evidentemente debe desplegarse de igual modo con las asociaciones no confesionales en tanto persigan fines de interés general.

II. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa

El derecho reconocido en el artículo 16 CE ha sido desarrollado a nivel legislativo de manera parcial. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, ha excluido de su ámbito de aplicación las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos u otros fines análogos ajenos a los religiosos. Se restringe exclusivamente a lo

⁴⁵ A. Ruiz Miguel, “Para una interpretación laica de la Constitución”, cit., p.16.

⁴⁶ Ídem., p.23.

“religioso” sin definir en qué consiste esta noción. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha generado bastantes problemas de aplicación en relación con la inscripción en el Registro especial creado en el Ministerio de Justicia para el reconocimiento en España de las “entidades religiosas”; cuestión que analizaremos en un tema posterior.

El artículo 2 LOLR garantiza, a su vez, las siguientes manifestaciones de la libertad religiosa, que intentan delimitar su contenido esencial, tanto en el ámbito individual como en el colectivo:

- a. “Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.
- b. Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.
- c. Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
- d. Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el Ordenamiento Jurídico General y lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sean en territorio nacional o en el extranjero.

Tres. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”.

En el año 2008 el Grupo Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentó en el Congreso de los Diputados una *Proposición de Ley Orgánica de libertad ideológica, religiosa y de culto*, para sustituir la LOLR de 1980⁴⁷. Se pretendió ampliar el ámbito de aplicación de la actual normativa, incluyendo la libertad ideológica y la religiosa, tal y como se recogen en el texto constitucional, al considerar que merecen un mismo encaje legal debido “a que todas estas realidades corresponden a un mismo concepto: la libertad de pensamiento”. Por otra parte, trataba a su vez de fomentar una igual libertad religiosa y la laicidad del Estado. Se pretendió imponer la neutralidad ideológica del Estado sin fisuras, haciendo efectivo el principio de separación de las comunidades religiosas y el Estado a través de medidas como las siguientes: a) aplicación del principio de laicidad en actos oficiales y protocolo de las administraciones públicas; b) abstención de cargos públicos en ceremonias o ritos de cualquier creencia en el ejercicio de sus funciones; c) las confesiones y comunidades de carácter religioso o basadas en creencias de toda índole quedan sometidas al régimen general de asociaciones; d) las subvenciones a las diversas creencias serán finalistas y se regirán por lo establecido en la Ley General de Subvenciones; etc. La proposición fue rechazada (2010) por 330 votos en contra frente a siete a favor.

⁴⁷ BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm.85-1, de 25 de abril de 2008.