

ALMUDENA RODRÍGUEZ MOYA *

UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

1. LA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Se ha dicho que la historia de las relaciones Iglesia-Estado es la historia de Europa. Los modelos que adopta esa relación van a definir el marco del reconocimiento de la libertad de conciencia¹. En estas páginas se pretende llevar a cabo una breve expresión de la evolución histórica de la cuestión, que en un momento dado provoca la aparición de lo que modernamente se entiende como Derecho eclesiástico del Estado.

En las culturas primitivas, la forma de vida del hombre: en círculos pequeños compuestos por una misma raza, una sola religión, los mismos intereses y el mismo espacio vital, no resultaba en modo alguno posible la oposición entre el orden religioso y el temporal, es más ni si-

* UNED y Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid.

¹ El análisis de los distintos modelos de Estado desde una perspectiva histórica es imprescindible ya que de cómo se conforme la realidad de las relaciones Iglesia-Estado dependerá el reconocimiento de la libertad de conciencia, como señala D. LLAMAZARES, *Derecho a la libertad de conciencia y laicidad*, Cívitas, Madrid 1997, pp. 108-109, también en D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia (I)*, Cívitas, Madrid 2002, pp. 39-40.

quiera se puede hablar de distinción de ambos órdenes. Con el paso del tiempo y el cambio de circunstancias entre las que cabría destacar los distintos asentamientos, surge la identificación del poder espiritual con el poder temporal².

Esta etapa histórica se caracteriza por ser una etapa monista en la que la religión y la política no se encuentran diferenciadas. El monismo se caracteriza por la absorción realizada por el poder político del fenómeno religioso. El representante del poder temporal asumía el religioso y las funciones propias del mismo como lo son: las funciones sacerdotales y el culto.

1.1. GRECIA

La ciudad griega es una comunidad política cuyo fin son las buenas acciones y no la convivencia. La Polis es el marco donde se desarrollan las manifestaciones religiosas corriendo ambas una evolución paralela. Las buenas acciones se fundamentan en las creencias religiosas además de los principios éticos y la educación. En la civilización griega la religión ocupa un lugar privilegiado, ya que se encuentra presente en las manifestaciones de su propia cultura³.

«En principio la ley era inmutable, puesto que era divina. Conviene observar que nunca se derogaban las leyes... La ley antigua nunca tiene considerandos. ¿Y para qué? Jamás tiene que dar sus razones: existe porque los dioses la han hecho, no se discute, se impone; es una obra de autoridad: la obedecen los hombres porque tienen fe en ella.

Durante muchas generaciones, las leyes no estuvieron escritas; se transmitieron de padres a hijos, con la creencia y la fórmula de la oración. Eran una tradición sagrada, que se perpetuaba en torno del hogar de la familia o del hogar de la ciudad... Existen considerables indicios de que las palabras de la ley estaban rimadas... Los griegos decían *nomoi*, cantos»⁴.

La división política del período heleno se manifiesta en la diversidad de divinidades, así cada ciudad tiene su dios principal, sus festividades y sus ritos, todo esto sin olvidar los elementos comunes⁵.

² R. GALLEGO GARCÍA, *Historia del Arte*, Madrid 1998, p. 19.

³ P. FERNÁNDEZ URIEL, *Historia antigua universal*, Madrid 1997, p. 693.

⁴ N. D. FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, Barcelona 1979, pp. 231 y 232 (trad. de C. A. Martín).

⁵ Sobre esto: J. A. SOUTO, *Comunidad política y libertad de creencias*, Madrid 1999, pp. 39-48.

En la Polis griega el fenómeno religioso forma parte de la misma. El ciudadano griego, entre sus deberes, debe cumplir con los dioses. Esto no se entiende únicamente como cumplimiento de deberes espirituales, sino como deberes propios de todo ciudadano. Debemos señalar la ausencia de libertad a la hora de elegir la divinidad a la que se rendirá culto, el nacimiento determinará los dioses a los que alabará el ciudadano.

«Puesto que el hombre tuvo participación en el dominio divino a causa de su parentesco con la divinidad, fue, en primer lugar, el único de los animales en creer en los dioses, e intentaba construirles altares y esculpir sus estatuas... Pero cuando se reunían, se atacaban unos a otros, al no poseer la ciencia política; de modo que de nuevo se dispersaban y perecían.

Zeus, entonces, temió que sucumbiera toda nuestra raza y, y envió a Hermes que trajera a los hombres el sentido moral y la justicia, para que hubiera orden en las ciudades y ligaduras acordes de amistad. Le preguntó, entonces, Hermes a Zeus de qué modo daría: ¿Las reparto como están repartidos los conocimientos? Están repartidos así: uno sólo que domine la medicina vale para muchos particulares, y lo mismo los otros profesionales. ¿También ahora la justicia y el sentido moral los infundiré así a los humanos, o los reparto a todos? A todos, dijo Zeus, y que todos sean partícipes»⁶.

1.2. ROMA Y LA APARICIÓN DEL CRISTIANISMO

Roma con una concepción monista, clásica del mundo antiguo, había integrado el fenómeno religioso en su organización política. En un principio las familias nobles controlaban la religión, con la democracia la religión pasa a ser un cometido de la República, encargándose de ella los funcionarios romanos. Durante la República corresponde al Colegio sacerdotal la vigilancia del cumplimiento de las conductas religiosas de los ciudadanos, de entre ellos se elegía a uno que tendría el título de *pontifex maximus*, será considerado como heredero del monarca, ostentando funciones religiosas no dejará de lado algunas políticas.

Atendiendo a su intención expansiva y de conquista de otros pueblos resultaba imprescindible en su utilización del fenómeno religioso como medio, la asunción de los dioses de los territorios a los que Roma llegaba⁷. Así los dioses de los pueblos conquistados pasaban a formar parte de los del Imperio, quedando respetados en todo momento los cultos,

⁶ PLATÓN, «Protágoras», en: *Diálogos*, Madrid 1981, pp. 526-528 (trad. de C. García Gual).

⁷ S. Z. EHLER, *Historia de las relaciones entre Iglesia y Estado*, Madrid 1966, p. 18.

con la única condición de que aceptaran la inclusión del Emperador, entre sus divinidades, al que debían rendir culto. A partir del Principado en Roma se promoverá el culto al Emperador.

Augusto asume el título de Pontífice máximo. El politeísmo romano se encontraba apoyado por el Emperador, siendo éste Pontífice Máximo y ostentando a la vez el rango de divinidad que, como todas, era susceptible de adoración. Esta situación era fácilmente asumida por aquellos pueblos que practicaban el politeísmo, pero resulta lógico que ésta fórmula no pudiera ser aceptada por los pueblos de religión monoteísta, ya que el monoteísmo implicaba la renuncia a la aceptación del emperador como una divinidad más. Así es fácilmente comprensible la confrontación con el pueblo judío que adoraba a un único Dios.

El surgimiento del cristianismo provoca, como ocurría con el judaísmo, un choque frontal con las prácticas religiosas romanas. El cristianismo es igualmente una religión monoteísta lo que impedía rendir culto a otras divinidades. El cristianismo aporta por vez primera la distinción entre el poder temporal y el religioso⁸, el propio Jesucristo en sus enseñanzas subraya que es necesario «dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios».

De la Hera⁹ afirma que el dualismo cristiano producirá las siguientes consecuencias en la vida del hombre: «1) es posible que se constituyan dos sociedades o comunidades sociales diferentes, como expresión de la naturaleza social del hombre en orden al desenvolvimiento de los dos aspectos —el espiritual y el temporal— de la vida humana; tales dos sociedades poseerán la autonomía e independencia mutua proporcionadas a la autonomía e independencia de sus fines y sus medios; 2) existirán dos centros de poder distintos, uno orientado a dirigir al hombre en cuanto agrupado socialmente para el desarrollo de su vida religiosa, y otro para el desarrollo de su vida profana, temporal o política; ambos centros de poder poseerán la autonomía e independencia respectivamente necesarias para el desempeño de sus respectivas misiones; 3) el hombre, pese a esa dualidad de órdenes y de fines, no se rompe, no se convierte en dos hombres; es uno solo, obligado a vivir en una doble vertiente; ambos aspectos de su vida se entrelazan, pues, en la medida en que son aspectos, precisamente, de una misma y única vida; correlativamente, se entrela-

⁸ J. TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, Madrid 1990, p. 89 (trad. de J. Pradera).

⁹ DE LA HERA, «Iglesia y poder temporal», en: AA.VV., *Derecho Canónico*, Pamplona 1977, pp. 611-651.

zan los órdenes religioso y temporal, las posibles sociedades religiosas y temporales y los correspondientes centros de poder».

Esta dualidad de poderes o dualismo predicada por los cristianos, acompañada del monoteísmo era incompatible con el sistema establecido en Roma¹⁰ caracterizado por el monismo y el politeísmo religioso. Por su negativa a cumplir con el culto de los dioses romanos los cristianos fueron pronto considerados como ateos. El Dios cristiano no fue asumido por el Imperio por distintas razones, en primer lugar, porque las enseñanzas de Jesucristo chocaban con la concepción monista de Roma y segundo porque los propios cristianos se negaban, por un lado a rendir culto a los dioses romanos y por otro equiparar a su Dios con divinidades como Afrodita.

El cristianismo es tachado de secta y como tal catalogada de ilícita, por lo que eran perseguidos todos sus seguidores. Si bien la situación en sus comienzos no resultaba especialmente grave, si podemos afirmar que las medidas persecutorias que sufren los cristianos se van endureciendo paulatinamente. Las prácticas del culto se mantienen y realizan en lugares inaccesibles, de forma clandestina.

Las persecuciones en modo alguno frenaron la difusión del cristianismo, a nuestro modo de ver fue todo lo contrario, en grupos pequeños donde el apoyo de unos a otros es grande, y además se pierde toda perspectiva de lo que ocurre en el exterior. Diocleciano realizó el último intento para evitar la propagación del cristianismo, el último de los Decretos destinados a ese fin imponía la muerte a todo cristiano que no quisiera, de ninguna manera, sacrificar a los ídolos. El avance del cristianismo en Roma supuso el cambio de la sociedad que en su gran mayoría se había hecho cristiana. Con Galerio comienza el cambio de actitud por parte de los emperadores respecto del cristianismo, con la proclamación de su edicto de tolerancia en 311.

«Entre las restantes disposiciones que hemos tomado mirando siempre por el bien y el interés del Estado, nos hemos procurado, con el intento de amoldar todo a las leyes tradicionales y a las normas de los romanos, que también los cristianos que habían abandonado la religión de sus padres retornasen a sus buenos propósitos. En efecto, por motivos que desconocemos se habían apoderado de ellos una contumacia y una insensatez tales, que ya no seguían las costumbres de los antiguos... como muchos han perseverado en su propósito y hemos constatado que ni prestan a los dioses el culto y la veneración de-

¹⁰ G. H. SABINE, *Historia de la Teoría Política*, México 1972, pp. 144 y 145 (trad. de V. Herrero).

bidos, ni pueden honrar tampoco al Dios de los cristianos, en virtud de nuestra benevolísima clemencia y de nuestra habitual costumbre de conceder a todos el perdón, hemos creído oportuno extenderles también a ellos nuestra muy manifiesta indulgencia, de modo que puedan reconstruir sus lugares de culto, con la condición de que no hagan nada contrario al orden establecido»¹¹.

El principal defensor de la tolerancia hacia los cristianos fue Constantino. Constantino no actúa en modo alguno movido por la fe, sino por un espíritu político, ya que hasta el final de sus días no podemos afirmar que fuera cristiano. En el año 313 Constantino promulga el Edicto de Milán en el que se levantan las prohibiciones contra los cristianos, equiparando ésta religión a las demás del Imperio. El Emperador deja claras todas sus ideas en la afirmación:

«Hemos tomado esta resolución, inspirados en la sana y muy noble convicción de que ningún hombre debe estar privado de la libertad de elegir y obedecer las costumbres y el culto de los cristianos. Más bien sea concedida a cada uno la libertad de encontrar aquella religión que él mismo considere que le conviene, a fin de que la divinidad nos preste su acostumbrada providencia y benevolencia»¹².

Se puede afirmar que el año 313 supone el inicio de un sistema histórico de las relaciones entre en poder político y el espiritual.

Teodosio el Grande en el año 380 declara el cristianismo religión oficial del Imperio.

«Es nuestra voluntad que todos los pueblos que son gobernados por la administración de nuestra clemencia, profesen la religión que el divino Pedro, el Apóstol, dio a los romanos... ordenamos que los que sigan esta regla sean llamados cristianos católicos. Los demás, empero, a los cuales juzgamos estar dementes y locos, sufrirán la infamia de los dogmas heréticos; sus lugares de reunión no se denominarán con el nombre de iglesias y serán destruidos en primer lugar por la venganza divina, y después por la retribución de nuestra iniciativa, que tomaremos de acuerdo con el juicio divino»¹³.

¹¹ LACTANCIO, *De mortibus persecutorum*, XXXIV, Madrid 1982, pp. 165-167 (en: R. NAVARRO-VALLS y R. PALOMINO, *Estado y Religión*. Textos para una reflexión crítica, Madrid 2000, pp. 31 y 32 (trad. de Ramón Teja).

¹² LACTANCIO, *De mortibus...*, XLVII, Madrid 1982, pp. 165-167 (en: ibidem, pp. 32 y 33).

¹³ E. GALLEGO BLANCO, *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media*, Ediciones de la Revista de Occidente, Biblioteca de Política y Sociología, Madrid 1973, pp. 69-77 (Ibid.).

La Iglesia pasa a formar parte del organigrama de Roma, esto supondrá la protección del emperador a la religión cristiana, pero como contrapartida aquél verá en este sistema la posibilidad de control del poder espiritual, surge así el fenómeno denominado cesaropapismo. El cesaropapismo supone la asunción del poder espiritual por parte del temporal, incluso se comienza la transformación del Derecho Romano para adecuarlo a los postulados cristianos.

A la muerte de Teodosio el Imperio queda dividido resultando así el de Oriente y Occidente. En Oriente el Cesaropapismo tuvo una inmensa acogida, favorecida por la lejanía del Papa provocada por la distancia física. En Occidente, las cosas transcurrieron de forma radicalmente distinta, el Imperio estaba llegando a su fin: tras la muerte de Teodosio no duró siquiera un siglo. El vacío de poder que queda respecto del ámbito temporal es asumido rápidamente por los representantes del poder espiritual.

1.3. LA EDAD MEDIA

Los reinos bárbaros no sustituirán en modo alguno el sistema romano. La figura del Papa León I saliendo al encuentro de Atila «para evitar la destrucción de Roma, será el símbolo de la única fortaleza que permanece en pie como testimonio de la cultura y la hegemonía romanas al comenzar la Alta Edad Media»¹⁴. El poder espiritual asume el temporal dando lugar a lo que se ha dado en llamar Hierocratismo.

Como señalábamos en páginas anteriores, el cristianismo introduce la distinción de los órdenes espiritual y temporal. En el año 429 el Papa Gelasio en una carta al emperador bizantino Anastasio le recordará la obligación cristiana de dar a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César.

«Hay, en verdad, augustísimo emperador, dos poderes por los cuales este mundo es particularmente gobernado: la sagrada autoridad de los papas y el poder real. De ellos, el poder sacerdotal es tanto más importante cuanto que tiene que dar cuenta de los mismos reyes de los hombres ante el tribunal divino. Pues has de saber, clementísimo hijo, que, aunque tengas el primer lugar en dignidad sobre la raza humana, empero tienes que someterte fielmente a los que tienen a su cargo las cosas divinas, y buscar en ellos los medios de tu salvación. Tú sabes que es tu deber, en lo que pertenece a la recepción y reverente administración de los sacramentos, obedecer a la autoridad

¹⁴ DE LA HERA, «Iglesia y poder temporal», cit., pp. 611-651.

eclesiástica en vez de dominarla. Por tanto, en esas cuestiones debes depender del juicio eclesiástico en vez de tratar de doblegarlo a tu propia voluntad. Pues si en asuntos que tocan a la administración de la disciplina pública los obispos de la Iglesia, sabiendo que el imperio se te ha otorgado por disposición divina, obedecen tus leyes para que no parezca que hay opiniones contrarias en cuestiones puramente materiales: ¿Con qué diligencia, pregunto yo, debes obedecer a los que han recibido el cargo de administrador de los divinos misterios? De la misma manera que hay gran peligro para los papas cuando no dicen lo que es necesario en lo que toca al honor divino, así también existe no pequeño peligro para los que se obstinan en resistir cuando tienen que obedecer...»¹⁵.

De la lectura del texto podemos decir que existen dos potestades: la espiritual y la temporal, ambas tienen un origen divino, siendo independientes la una de la otra, sin que pueda prevalecer ninguna de ellas. Sin embargo merece mayor dignidad la del poder espiritual. Aquellos que ostenten los citados poderes se encontrarán sometidos entre ellos en las funciones que cada uno ostente. Esta teoría será conocida como dualismo gelasiano.

En la Edad Media el dualismo gelasiano será olvidado para triunfo del hierocratismo; la supremacía del poder temporal por parte del espiritual. La caída del Imperio Romano de Occidente dejará un vacío de poder que será llenado por la autoridad eclesiástica, los prelados y dignatarios eclesiásticos son a su vez señores feudales.

La lucha entre poder temporal y espiritual cede en favor del primero con la figura de Carlomagno. La necesidad de protección del papado fortalece al emperador, el cual, le garantiza seguridad a cambio de la cesión de cierto poder. Se produce cierto intercambio de intereses, por un lado, la garantía de que el ejército protegerá el territorio de la iglesia, y por otro, la ayuda y respaldo de ésta a los intereses del emperador.

Roma había estado asediada desde la caída del Imperio de Oriente, tras períodos interrumpidos de paz la intención lombarda de someter a Roma se hace realidad. Esto supondría un giro copernicano que favorecería la unión del Papado con los francos. La coronación de Pipino por el Papa produjo como consecuencia la entrada de Pipino en Italia y la derrota de los lombardos. «El Papa pertenecía de lleno al Imperio, invocaba la protección y la justicia del emperador y le debía fidelidad, como otro vasallo cualquiera. Pero al mismo tiempo, el papa, como última instancia sobre la tierra, había conferido la dignidad real e imperial

¹⁵ J. B. LO GRASSO, *Ecclesia et Status*, Roma 1952, p. 50 (Ibíd.).

a la familia reinante, y no como un funcionario que ejecuta un rito, sino como un creador de derecho. En lo sucesivo, quien quisiera poseer la dignidad imperial de Carlomagno, sólo podía recibirla de manos del Papa, y si este se la negaba, no podía ser emperador»¹⁶.

La progresiva transformación territorial en reinos, y el fortalecimiento de éstos, provocará un aumento del poder temporal que supone una rehabilitación de la instancia política frente a la religiosa.

El fraccionamiento del poder político en reinos, fortalecerá la figura de los reyes, los que serán emperadores en sus reinos. El fraccionamiento perjudicará las relaciones con Roma y favorecerá el aislamiento. No parece excesivamente chocante el hecho de que el poder temporal sufriera un fraccionamiento.

1.4. LA REFORMA PROTESTANTE

En el siglo XVI surgirá lo que se dio en llamar la Reforma Protestante, liderada por Lutero. El monje agustino pretendió introducir la doctrina de la salvación por sólo la fe, prescindiendo de las obras. Niega la autoridad del Papa, la jerarquía, el culto de los santos, el purgatorio y la misa.

La doctrina luterana niega la existencia de un poder eclesiástico diferenciado del poder temporal, sólo a este último reconoce la facultad de legislar. Si bien entiende la existencia de dos órdenes distintos, al hombre sólo le reconoce su capacidad en el temporal¹⁷.

Las consecuencias de la Reforma en las relaciones Iglesia-Estado aparecieron rápidamente. «Muchos príncipes alemanes no sólo simpatizaban con Lutero, sino que se pusieron abiertamente de su lado; así, cuando se publicó la orden de destierro contra él, no le fue difícil hallar refugio entre sus amigos... Lutero tuvo que buscar la protección del poder secular, tanto para poder sobrevivir como para garantizar el triunfo de su nueva religión. Y lo logró; mas como consecuencia, la posición de la Iglesia reformada en relación con el poder temporal de los príncipes luteranos adquirió un aspecto totalmente distinto de la concepción de la Iglesia católica¹⁸.

El nacimiento del protestantismo permitirá lo que apuntábamos antes no sólo el fraccionamiento político en naciones europeas, tam-

¹⁶ L. HERTLING, *Historia de la Iglesia*, Berlín 1967, pp. 153-156 (trad. de Eduardo Valentí).

¹⁷ J. LORTZ, *Historia de la reforma, I*, Friburgo 1962, pp. 416-426 (trad. de Lucio García Ortega).

¹⁸ S. Z. EHLER, *Historia de las relaciones...*, *op. cit.*, pp. 81-83.

bién el fraccionamiento religioso. Muchas otras escisiones no habían pasado de ser meras anécdotas, pero el florecimiento del nacionalismo y el absolutismo facilitó la asunción por parte de los monarcas, de la religión que les conviniera para sus intereses políticos. Es más Lutero manifestó escaso interés en crear una organización similar a aquella que denostaba, por lo que dejó «el *ius episcopale*» a los príncipes¹⁹.

Esto dio lugar a la formación de Iglesias nacionales. Las Iglesias nacionales son un fenómeno que surge a la vez que aumenta el poder de los príncipes alemanes. «No es casual... que la idea del Estado independiente, autónomo, propuesta en interés de los príncipes por sus juristas se dirigiera contra los representantes de la Iglesia para arrebatarles en la medida de lo posible sus derechos»²⁰. Cada reino ostentará la religión de su rey, quedará así establecido el principio derivado de la Paz de Ausburgo: *cuius regio, eius religio*.

La Reforma provoca la ruptura de la unidad religiosa en Europa, algo que creó un sinfín de dificultades; como señala Peces-Barba, ante esa situación se producirán distintas respuestas. La primera de las respuestas será la guerra, la segunda consolidará el principio de que cada reino tendrá su religión. Surge de esta manera la Iglesia de Estado. «La organización y régimen jurídico de estas confesiones corresponderá al monarca, naciendo así, en los países protestantes una nueva rama del derecho: el Derecho eclesiástico del Estado». Así quedará sustituido el Derecho Canónico por el Eclesiástico correspondiendo el primero al Papa y el segundo al Príncipe. Y por último se pretende lograr la unidad a través de conversaciones. Ninguno de los modelos señalados podrá unir de nuevo a los europeos en materia religiosa. Con esto se da por concluida la etapa de la unidad medieval²¹.

El reconocimiento de la potestad de legislar en materia religiosa, que observan los postulados de la Reforma Protestante, será el origen del Derecho eclesiástico del Estado. Las materias que tradicionalmente regulaba la Iglesia y las materias mixtas quedarán ahora bajo el poder de los príncipes.

Como señala Llamazares, «la Reforma Protestante supone un importante punto de inflexión, ya que a partir de ella comenzarán a darse

¹⁹ S. Z. EHLER, *Historia de las relaciones...*, *op. cit.*, p. 84.

²⁰ J. LORTZ, *Historia de la...*, *op. cit.*, p. 157.

²¹ G. PECES BARBA, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid 1988, pp. 120 y 121.

los primeros pasos hacia la separación de poderes y de ordenamientos, pero sin que esa separación se produzca todavía. La Reforma reserva a la Iglesia únicamente las competencias normativas referentes a la fe, ya que la propia Iglesia se concibe a sí misma como un puro fenómeno de conciencia, atribuyendo todas las demás competencias normativas, referentes a materias eclesiásticas, al Estado. El Derecho eclesiástico del Estado pasará a ser ahora el conjunto de normas emanadas del Estado, y con eficacia vinculante derivada de la autoridad de éste, sobre materias eclesiásticas»²².

Los rasgos propios de la Reforma otorgaban ciertos privilegios que los monarcas católicos no quisieron obviar. La influencia de la Reforma no alcanza únicamente a aquellos países que adoptan la religión reformada. Los países católicos reivindicarán competencias eclesiásticas en favor del Rey.

«La defensa de los derechos del rey (regalías) frente a pretendidas invasiones de la autoridad eclesiástica dio lugar a este problema de competencias que —según Maldonado— tuvieron su planteamiento en los espacios concretos de cada reino nacional, favoreciendo la idea de Iglesias, que aun sin renunciar a sus vínculos con la Iglesia de Roma, tenían muy acentuados unos caracteres nacionales. Por eso proyectó el regalismo, dentro del aspecto puramente canónico un deseo de disminuir la autoridad pontificia, y por eso, en este aspecto, estuvieron entroncados sus defensores con las antiguas ideas conciliaristas»²³.

Los instrumentos utilizados en los países católicos²⁴ para alcanzar los mismos resultados fueron: el derecho de patronato y las libertades de la Iglesia nacional.

Así, los monarcas en Europa tienden a un mismo modelo por caminos distintos. El Regalismo supone intolerancia religiosa y la participación del Estado en asuntos eclesiásticos.

Después de las monarquías absolutas de carácter confesional, era previsible que surgieran corrientes que pretendían relajar de algún modo la situación de intolerancia religiosa que se vivía. Las guerras de religión habían devastado Europa y resultaba necesaria una mínima apertura que permitiera entre otros, los movimientos migratorios.

²² D. LLAMAZARES, *Derecho de la...*, *op. cit.*, p. 20.

²³ J. A. SOUTO PAZ, *Comunidad Política...*, *op. cit.*, p. 133.

²⁴ Declaración de las libertades galicanas (1682), Patronato regio en España (Concordato 1753).

1.5. LA DOCTRINA DE LA TOLERANCIA Y LAS PRIMERAS DECLARACIONES DE DERECHOS

En medio de este panorama se extiende la doctrina de la tolerancia religiosa²⁵ que no busca otra cosa que la ausencia de persecución por motivos religiosos. Serán los filósofos de la tolerancia los que intentan superar la crisis abierta por la ruptura, «su pensamiento será la base de los primeros textos jurídicos modernos»²⁶. Esta incipiente apertura respecto del fenómeno religioso culminará en la búsqueda y el reconocimiento, tanto por el ciudadano como por el Estado, de la libertad religiosa como derecho del individuo.

Frente a los dos poderes tradicionales: Iglesias y Príncipe, surge con la revolución francesa el poder del pueblo, es necesario el estudio de esta etapa histórica para la comprensión del surgimiento de las primeras libertades reconocidas legalmente. El Estado se proclama como sujeto no creyente, limitando la religión a la conciencia del individuo.

La enorme importancia del reconocimiento de la libertad religiosa en textos legales la ha puesto de manifiesto Peces Barba²⁷ cuando dice que la libertad religiosa «es el primero de los signos de la aparición histórica de los derechos humanos, como concepto propio del mundo moderno»; es más, señala que en la etapa que va de la doctrina de la tolerancia a la libertad religiosa es donde se formará el concepto moderno de derechos fundamentales.

Hasta que se produce la revolución, en Francia, se aplica el Derecho canónico en el marco de la soberanía estatal, con él coexisten otras normas en materia religiosa que emanan del poder regio²⁸. Se podría afirmar «con la Revolución francesa, hacían imposible una vuelta a las posiciones precedentes... todo esto culmina con la consecución de la separación entre la Iglesia y el Estado»²⁹.

²⁵ Al respecto se puede consultar: J. LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la réforme*, París 1994.

²⁶ *Ibíd.*, p. 121. Al respecto, vid. J. BONET-MAURY, *La liberté de conscience en France depuis L'Edit de Nantes jusqu'à la separation*, 2.^a ed., París, 1909; W. K. JORDAN, *The Development of religion toleration in England*, Londres 1932-1940; J. LECLER, *Les premiers défenseurs de la liberté religieuse*, París 1969.

²⁷ G. PECES BARBA, *Escritos...*, *op. cit.*, Madrid 1988, p. 29.

²⁸ F. MESSNER, *Du droit ecclésiastique au droit des religions: evolution d'une terminologie*: *Revue du Droit Canonique [RDC]*, 47/1, 1997, p. 144.

²⁹ A. CASTRO JOVER, *Le basi del Diritto ecclesiastico dello stato*, QDPE, abril 1993, pp. 74-103.

No podemos olvidar los dos textos pioneros en el reconocimiento de Derechos fundamentales: Por un lado La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), en América:

«SECCIÓN 16. Que la religión, o el deber que tenemos para nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia; y que es deber recíproco de todos practicar la benevolencia cristiana, el amor y la caridad hacia los otros.»

y La Declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano (1779):

«ARTÍCULO 10. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley.

ARTÍCULO 11. La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede pues hablar, escribir e imprimir libremente a reserva de responder del abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley.»

Los presupuestos ideológicos necesarios para la autonomía del Derecho eclesiástico se dan en la escuela racionalista del Derecho natural. La escuela de Derecho eclesiástico de la Universidad de Le Halle asumirá esos presupuestos, fijando el objeto de su estudio en la razón. Así se comienza a elaborar una ciencia que estudiará al Derecho sobre materia eclesiástica³⁰.

2. EL NACIMIENTO DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

2.1. EL IMPACTO DE LA REFORMA

El componente de origen estatal, que fue clave para la autonomía del Derecho eclesiástico no tiene aplicación hasta el momento histórico en que comienza a afirmarse la personalidad de las organizaciones políticas con respecto de la tutela de la Iglesia. En tanto permanece en la historia la íntima compenetración entre la Iglesia y el poder político, y

³⁰ L. DE LUCA, *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico*, Padua 1946, pp. 77 y 78.

mientras se afirme el origen divino del poder que legitima, incluso, el ejercicio de la autoridad civil, no es posible identificar un sistema de Derecho independiente del Derecho de la Iglesia para regular materias eclesiásticas. Y ello con independencia de los intentos del poder político para intervenir en los asuntos de la Iglesia, que dieron lugar a varias formulaciones desde antiguo. Derecho eclesiástico era igual a Derecho canónico.

Esta es la situación hasta que llega la Reforma. Se ha dicho que la Reforma fue causada por la disolución de los principios y estructuras fundamentales que soportaron la Edad Media. La Iglesia atraviesa una crisis histórica y, al tiempo que el papado se debilita, el Imperio pierde su poder a favor de las monarquías nacionales emergentes. A comienzos del siglo xvi los órdenes medievales se disuelven y queda preparado el marco para la acción de los reformadores. El movimiento protestante es un enfrentamiento revolucionario en materia de costumbres, sin perjuicio de sus fundamentos teológicos. Se enfrenta directamente contra las prácticas degradadas de la Iglesia (los abusos eclesiásticos) y reacciona de manera frontal contra los componentes estructurales y jerárquicos de la Iglesia de Roma. Es un movimiento de espiritualización de la Iglesia y de negativa al reconocimiento de la autoridad del papado.

En tanto, se habían ido sentando las bases de unas Iglesias territoriales, o nacionales, en un movimiento paralelo a la pretensión de independencia por parte de los Estados. La necesidad de componer los intereses del papado y de los monarcas da lugar, en ocasiones a través de Concordatos, a unas Iglesias acostumbradas a la intervención del príncipe en sus asuntos, señaladamente en la provisión de beneficios y otros.

La combinación de todos estos fenómenos y de manera muy especial la pretensión antijuridicista de los reformadores, que se forja en la lucha contra la jerarquía romana, da lugar a la consolidación de un sistema de normas que tienen su origen en el poder civil. Aquí aparece un Derecho eclesiástico que no se identifica con el *Ius canonicum*, denominación que se reserva para el Derecho de los cánones medievales, contra el que la Reforma reacciona porque es el Derecho de la Iglesia de Roma.

El nuevo Derecho eclesiástico así concebido procede del Estado o de la recepción por el Estado de las normas eclesiásticas, pero adquiere su imperatividad formal porque el poder civil lo respalda. En términos técnicos, no hay aquí ingerencia del príncipe, como sí la habrá en los Estados de tradición confesional (los Estados católicos) cuando convierten los privilegios pontificios en derechos reales. El poder del monarca del Estado reformado también es de origen divino y ejerce sus potestades so-

bre los asuntos eclesiásticos (*iura circa sacra* o, incluso, *ius in sacra*) porque los asuntos jurídicos no son asuntos de la competencia de la Iglesia.

La Reforma rompe definitivamente la unidad medieval de la *Cristiandad*. Pero, contra lo que pudiera pensarse, no introduce la libertad religiosa, sino tan sólo la pluralidad de creencias que a veces da lugar, por cierto, a una incipiente tolerancia. Antes bien, el sistema de Iglesia nacional se fundamenta en el principio de unidad en la fe (*cuius regio eius religio*) o capacidad del príncipe de imponer a sus súbditos una religión. Sobre este planteamiento, que divide la antigua unidad medieval en Estados católicos y Estados reformados, se construye finalmente en 1555 la paz de Ausburgo y el sistema de «Iglesia de Estado» que constituirá un modelo de relación Iglesia y Estado aún vigente en la actualidad, bien con las matizaciones propias del transcurso del tiempo.

2.2. LA DOCTRINA ALEMANA DEL SIGLO XIX

Para poder comprender el estudio del Derecho eclesiástico en la Alemania del siglo XIX, debemos tener en cuenta la idea de una cierta supremacía del Estado sobre la Iglesia³¹. Es necesario saber que en la primera mitad del siglo XIX el territorialismo de los Estados alemanes produce un sistema de Derecho eclesiástico que, en modo alguno, acepta la autonomía de la Iglesia respecto del Estado. La confederación alemana después de 1815 no formula derecho de ámbito nacional respecto de las Iglesias³². La difícil combinación entre el Estado y la Iglesia enfrentará tanto a la facción liberal como a la conservadora añadiendo un factor más a los conflictos del siglo XIX.

La Constitución de Frankfurt tratará a fondo la relación entre las Iglesias y el Estado. La Asamblea Nacional debe partir del hecho de que la Federación garantizaba, a las tres confesiones más relevantes, la libertad religiosa. En un primer proyecto de la Constitución del Reich se plantea el ejercicio de la libertad religiosa en público y en privado como un derecho fundamental.

Podemos inducir cuatro principios de la Constitución de 1848³³: la posibilidad de crear Confesiones religiosas sin necesidad de obtener un permiso del Estado, la negativa a tener Iglesia de Estado y a la vez un

³¹ Al respecto seguiremos el trabajo de P. LANDAU, *La Genèse du «staatskirchen-recht» en Allemagne dans la seconde moitié du XIX^e siècle*: RDC, 47/1, 1997, pp. 161-189.

³² Según el artículo 16 del acto federal no se garantiza más que la libertad religiosa para los miembros de las tres grandes confesiones cristianas.

³³ P. LANDAU, *La Genèse...*, *op. cit.*, p. 167.

principio de igualdad entre confesiones, la autonomía de las Confesiones y, por último, la sumisión de las Confesiones a la ley del Estado.

Lo que falta en este catálogo respecto de las Constituciones de Weimar y Bonn es el reconocimiento de las Iglesias como corporaciones de Derecho público. El Derecho eclesiástico de la Constitución de 1848 se aleja de la tradición que suponía el reconocimiento de determinados privilegios de las Confesiones mayoritarias en el antiguo régimen.

El primer tratado de Derecho de la Iglesia en Alemania lo escribe Kahl³⁴ y sus teorías se verán reflejadas en la Constitución de Weimar³⁵.

Continuando con el estudio de Landau procede en este punto el estudio y análisis del Derecho eclesiástico en Alemania después de 1870. Curiosamente los autores que se dedicaron al estudio de la coexistencia entre el Estado y las Iglesias en Alemania eran canonistas.

Destaca, en primer lugar, Friedberg³⁶, quien parte del hecho de que el Estado debe perseguir un ideal ético. El Estado debe poder convertir a las Confesiones religiosas en asociaciones privadas, introducirá igualmente una cierta separación entre la Iglesia y el Estado, sin llegar a exigirla. El Estado no debe tener influencia clerical por lo que se afirma que el Estado, tal y como Friedberg lo concibe se opone a la idea de un «Estado cristiano». La normativa respecto de las Iglesias debe ser normativa estatal, esto supone el rechazo de los Concordatos³⁷.

Las teorías, Friedberg las justifica desde un punto de vista teológico. Siguiendo la doctrina de Lutero es el Estado el único que puede legislar, incluso en materia eclesiástica. Una vez más se reafirma la teoría de que el origen del Derecho eclesiástico está en los postulados de la Reforma protestante.

Más allá, en las teorías que otorgan al Estado soberanía en materia religiosa, va Rudolph Sohm. Sohm³⁸ entiende que el Estado tiene la sobe-

³⁴ Como señala LANDAU: «Le livre de Kahl, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, qui date de 1894, représente le premier traité de droit de l'Eglise en Allemagne», en: P. LANDAU, *La Genèse...*, *op. cit.*, p. 174.

³⁵ Esto no quiere decir que se le niegue a Richter la sistematización del Derecho eclesiástico. Cf. L. DE LUCA, *Il concetto...*, *op. cit.*, Padua 1946, p. 33.

³⁶ E. Friedberg, Catedrático en Friburgo y Leipzig.

³⁷ Para profundizar en la materia Landau señala: E. FRIEDBERG, *Das geltende Verfassungsrecht der evangelischen Landeskirchen in Deutschland und Österreich*, Leipzig, 1888; E. FRIEDBERG, *Die Grenzen zwischen Staat und Kirche und die Garantien gegen deren Verletzung. Historisch-dogmatische Studie mit Berücksichtigung der deutschen und außerdeutschen Gesetzgebungen und einem Anhang von zuvor teilweise ungedruckten Aktenstücken*, Tübingen 1872.

³⁸ P. LANDAU, *La Genèse...*, *op. cit.*, p. 180.

ranía absoluta y por ello es él quien debe regular las distintas organizaciones que surjan, garantizando, en todo momento la posibilidad de que los ciudadanos tengan libertad para desarrollarse moralmente. Todo el Derecho debe ser producido por el Estado; la Iglesia no se reconoce de forma legal más que como una corporación reconocida por el Estado.

El autor entiende que la verdadera Iglesia de Cristo no es una comunidad de Derecho, por ello el Derecho canónico es un Derecho espiritual sin verdadera naturaleza jurídica. Estas teorías condicionarán el derecho público de la Iglesia en Alemania, ya que supone que la Iglesia y el Estado tienen competencias diferentes y no pueden coincidir.

Hinschius será el primero en sistematizar el Derecho eclesiástico alemán en 1883 con su obra *Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche*.

Hinschius en su estudio del Derecho eclesiástico parte de la libertad de conciencia y de religión y de la soberanía del Estado. El Estado es el encargado de garantizar el derecho fundamental de libertad de conciencia, el Estado no puede ser confesional. Para el correcto desarrollo del derecho de libertad religiosa, el Estado debe garantizar a las Iglesias su autonomía. Es la Iglesia la que se debe encargar del aspecto espiritual de los individuos.

Landau³⁹ afirma que: «La definición de las Iglesias como corporaciones de derecho público, no entiende Hinschius que el Estado pueda imponer un modelo obligatorio de Constitución de las Iglesias. Por el contrario insiste en su independencia en la que puedan elegir su modo de organización. Hinschius prefiere para las Iglesias la definición de derecho público en lugar de corporación; él parte de que las Iglesias tienen un poder de organización propio y autónomo, en lo que se distingue de Sohm; ese poder de las Iglesias no viene del Estado, por él está limitado, pero no dominado por su soberanía»⁴⁰.

Para Hinschius en las relaciones Iglesias-Estado debe prevalecer siempre este último ya que es él quien debe garantizar el orden público y el respeto de las Iglesias por el mismo⁴¹.

Kahl⁴² retomará las tesis de Sohm de la igualdad entre el Estado y la Iglesia. El Estado se debe ocupar de las Iglesias de forma distinta de las

³⁹ *Ibidem*, p. 185.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Esto es lo que Hinschius llama el *ius advocatie*. Ver P. HINSCHIUS, *Die Orden und Kongregationen der Katholischen Kirche in Preußen*, Berlín 1874, pp. 117-148.

⁴² W. KAHL, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik. Erste Hälfte. Einleitung und allgemeiner Teil*, Friburgo 1894.

demás asociaciones sociales⁴³, debe proteger y ayudar realmente a las Iglesias y favorecer su desarrollo. Profundizará de esta manera en la idea del *ius advocatiae*⁴⁴.

Kahl promoverá la asistencia religiosa en las fuerzas armadas, los hospitales y las prisiones. Tomará una concepción confesional del derecho penal afirmando que aquél deberá proteger a las Iglesias y sociedades religiosas, las doctrinas de Kahl se transformarán en Ley en la Constitución de Weimar⁴⁵.

De la doctrina del antiguo régimen se retoma el principio de la paridad y no la igualdad absoluta que había proclamado la legislación de Frankfurt⁴⁶.

2.3. LA RECEPCIÓN ITALIANA

Ruffini⁴⁷ hace posible la recepción, en Italia, de los postulados de la escuela histórica alemana⁴⁸. Junto con Scaduto serán los pioneros de la eclesiasticística moderna. Ruffini centra su atención en el estudio del factor religioso a la tutela de la libertad de los ciudadanos y considera la libertad religiosa como un derecho subjetivo público. Resulta llamativo cómo afirma que la confesionalidad es perfectamente compatible con la libertad religiosa⁴⁹.

Ambos influirán de manera decisiva en la ciencia del Derecho canónico, tanto en su país como en España. Para Ruffini⁵⁰ el Derecho eclesiástico es un conjunto de normas derivadas tanto de la Iglesia católica como de los Estados sobre la materia religiosa independientemente de

⁴³ P. LANDAU, *La Genèse...*, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Artículos 138 a 141 de la Constitución de Weimar.

⁴⁶ P. LANDAU, *La Genèse...*, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁷ F. RUFFINI, discípulo de Friedberg y catedrático en Turín, traduce al italiano la obra más importante de su maestro *Trattato di Diritto ecclesiastico Cattolico ed Evangelico*, esta traducción será vital en la influencia de la Escuela Histórica Alemana.

⁴⁸ Sin embargo, De Luca entiende que la formulación dualista de la escuela histórica alemana puede *meramente desinarsi como in origine italiana*. L. DE LUCA, *Il concetto...*, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁹ F. RUFFINI, «Libertá religiosa e separazione tra Stato e Chiesa», en: *Scritti giuridici minori*, vol. L, pp. 101ss.

⁵⁰ F. RUFFINI, *Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico*: Rivista Italiana per le scienze giuridiche, vol. XIII, 1892, pp. 35-71. También encontramos la teoría de RUFFINI, *Líndirizzo odierno del diritto ecclesiastico*: Il Filangieri, vol. XXI, 1896, pp. 341-437.

la fe de los individuos. Así, el Estado podrá legislar sobre distintas religiones, no necesariamente la católica.

Para Scaduto, sin embargo, el Derecho eclesiástico no emana de las distintas confesiones religiosas. El Derecho eclesiástico emana del Estado, o al menos no puede contradecir su normativa⁵¹. Esta postura tuvo una gran relevancia en la Italia de finales del siglo XIX y primeros del XX, aunque fueron precisamente sus discípulos los que situaron el Derecho canónico como parte del Derecho eclesiástico⁵².

La diferencia fundamental entre ambos es que Ruffini es capaz de aunar libertad religiosa y confesionalidad en tanto que Scaduto piensa que un Estado que favorece un determinado credo no puede garantizar de la misma manera el ejercicio de la libertad religiosa.

Santi Romano desarrolla una teoría en la que se entiende que Derecho eclesiástico es, tanto Derecho del Estado como Derecho de las Confesiones religiosas, pero no de una sola confesión⁵³. Tradicionalmente el ordenamiento que se confrontaba al ordenamiento estatal era el de la Iglesia católica. Quizá lo que hemos calificado de germen del Derecho eclesiástico: la Reforma protestante hizo, a los estudiosos, fijarse en el Derecho de ésta confesión, ya que las Iglesias reformadas, por sus propios postulados, carecían de capacidad normativa. Santi Romano sostendrá que cada Confesión podrá tener su propio Derecho.

En 1929 se firma un Concordato entre la Santa Sede e Italia⁵⁴ para poner fin a lo que se dio en llamar «la cuestión romana», que no es otra cosa que la negativa de la Santa Sede a aceptar la unificación italiana. En el citado Concordato la Iglesia de alguna manera otorga un aval al fascismo y éste le corresponde otorgándole multitud de privilegios. Los eclesiasticistas de entonces centran sus investigaciones —como es lógico— en el citado texto⁵⁵.

⁵¹ Cf. F. SCADUTO, *Il concetto moderno del diritto ecclesiastico*, Palermo 1886.

⁵² V. DEL GIUDICE, *Per lo studi del diritto canonico nelle Università italiane*, Padova, y FALCO, *Corso di Diritto Ecclesiastico*, 2.^a ed., Padova 1933.

⁵³ SANTI ROMANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, citado por FINOCCHIARO el derecho eclesiástico en, *Le doctrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milán 1977, p. 168.

⁵⁴ Los pactos de Letrán supusieron la emergencia de diversas cuestiones en las relaciones entre ordenamientos jurídicos, además de suponer un empujón a la ciencia del Derecho eclesiástico en Italia.

⁵⁵ Poco antes se publica el *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, de FRANCESCO RUFFINI, Turín 1924. Obra que no fue bien recibida por la defensa que realizaba el autor del Estado como garante de las libertades.

Junto a la caída de la monarquía y del fascismo se produce el final de la Segunda Guerra Mundial. En Italia el uno de enero de 1948 entra en vigor la Constitución; a pesar de la innovación que supone, respecto de nuestra materia las cosas no cambian demasiado, sobre todo si tenemos en cuenta que el propio texto constitucional menciona el Concordato de 1929 corroborando de esta manera su vigencia. Los valores propugnados en la Constitución eran: igualdad y libertad; basándose en el primero de ellos, se intentará equiparar las relaciones que mantenía el Estado italiano con la Iglesia católica a las demás confesiones —algo que no se conseguirá hasta mediados de los años ochenta—. En la década de los sesenta comienza a insistirse en el segundo de los valores, propugnando la libertad religiosa⁵⁶.

En 1985 se modifica el Concordato de 1929 de tal manera que podríamos decir que es otro, se materializa la idea de la igualdad entre las confesiones y, por tanto, se amplía el estudio del eclesiasticista a las relaciones del Estado con otras confesiones.

La realidad en Italia hoy es muy distinta. En la actualidad, la doctrina se divide en dos corrientes diferenciadas, por un lado, la que asume los postulados de Ruffini, donde se sitúan Finochiaro, Feliciani o Tedeschi. Estos autores admiten la preeminencia de la Iglesia católica sobre las demás confesiones debido a su influencia histórico-sociológica en Italia. Consideran estos autores objeto del Derecho eclesiástico la libertad religiosa.

Otra posición más cercana a Scaduto como se puede observar en la obra de Del Giudice. Estos autores, incluirán en el estudio del Derecho eclesiástico las creencias religiosas y no religiosas.

Ahora bien, si los eclesiasticistas fueron defensores del análisis del hecho religioso hoy día dirigen sus miradas hacia una libertad más amplia que, si bien comprenda la religiosa sea una libertad de conciencia ya que la primera está comprendida dentro de esta última. Afirmando que el Derecho eclesiástico debe ocuparse del estudio de las identidades culturales, las minorías⁵⁷.

⁵⁶ Vid. F. RUFFINI, *Discorsi parlamentari*, Roma 1986; *Guerra y riforme costituzionali. Suffragio universale. Principio maggioritario. Elezione proporzionale. Rappresentanza organica*, Turín 1920; *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Turín 1901; *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, Bolonia 1974.

⁵⁷ S. FERRARI, «Una modesta proposta per prevenire...», en: *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 1998.

3. EL DERECHO ECLESIAÍSTICO EN ESPAÑA

Finochiaro entendía que la calificación del Derecho eclesiástico como ciencia supone el estudio sistemático y autónomo de la normativa sobre el factor religioso, estudio tendente a determinar, con lenguaje específico a través de reglas, aquellos principios en que se inspira el tratamiento jurídico por parte del Estado del fenómeno religioso, la teoría de las fuentes y las líneas fundamentales de los más relevantes institutos del sistema⁵⁸.

3.1. EL DERECHO ECLESIAÍSTICO ANTES DE 1978

Al contrario de lo que ocurre en Italia, en nuestro país, históricamente, no había una ciencia eclesiasticística que primara los derechos del Estado frente a la Iglesia. Quizá la Segunda República, con su reconocimiento de libertad de cultos⁵⁹, hubiera sido la oportunidad pero su brevedad lo impidió.

En España no triunfa la Reforma protestante, punto de inflexión en nuestra materia como ya hemos señalado. Si entendemos que el regalismo es el reflejo del protestantismo en los países católicos podríamos intuir ahí las bases de un Derecho eclesiástico. Ahora bien, tampoco las tesis de la Revolución francesa se asumen en España como en el resto de Europa, la ausencia de anticlericalismo y el hecho de que la religión se entendiera como algo oficial, no ayudaron precisamente a la concepción de la religión como un derecho del individuo que debe regular el Estado.

Es la instauración de la democracia unida a la promulgación de la Constitución de 1978 lo que, al superar la confesionalidad e introducir los principios de libertad, igualdad, neutralidad confesional y coopera-

⁵⁸ F. FINOCHIARO, «Lo studio del diritto ecclesiastico negli ultimi venti anni», en: *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Milán 1982, pp. 149-152.

⁵⁹ Otros autores quieren ver en la Constitución Republicana un «intento de limitar la actividad de la sociedad eclesiástica, se trataba de incapacitarla para la enseñanza, para la actuación pública, para el comercio o la industria, para la acción benéfica. Se trataba, en una palabra de reducirla a la sacristía», es curioso, hoy, reseñar la afirmación que el mismo autor realiza: «el plan de los nuevos gobernantes era el de crear una sociedad laica y un Estado dueño totalmente de sí mismo y metafísicamente neutro». J. M. LABOA, *Iglesia y Religión en las constituciones españolas*, Madrid 1981.

ción en materia religiosa, permite la construcción de un sistema completo de Derecho eclesiástico⁶⁰.

Souto afirma que la libertad de cultos reconocida en los textos constitucionales de 1869 y 1931 no permitieron asentar la disciplina del Derecho eclesiástico por su breve vigencia⁶¹. Este mismo autor entiende que la denominación de Derecho eclesiástico, «además de convencional, resulta contradictoria. Si atendemos a sus orígenes históricos, el Derecho eclesiástico del Estado surge en un momento histórico en el que el absolutismo y la confesionalidad del Estado conlleva la intolerancia religiosa, la persecución y la represión de los disidentes del monarca en materia religiosa. Pero es evidente que la intolerancia religiosa supone la privación de la libertad religiosa; es más, constituye su antítesis. Por eso atendiendo a su formulación histórica, el Derecho eclesiástico del Estado vinculado a la intolerancia religiosa es un fenómeno antagónico de la libertad religiosa. Denominar Derecho eclesiástico a la rama del ordenamiento jurídico que se ocupa del estudio de la libertad religiosa es sencillamente una antinomia»⁶². Así pues, el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales reconocidos y garantizados por nuestra Constitución conforman una base jurídica sin la cual sería impensable hablar de un sistema de Derecho eclesiástico del Estado.

⁶⁰ Cf. M. E. OLMOS ORTEGA, *Estado actual de la ciencia del Derecho eclesiástico español*: ADEE (1987), pp. 210-211. No comparte esta idea Ibán, cuando afirma que: «No se puede discutir que la Constitución ha marcado unas “reglas de juego” que vienen demostrando ser eficaces, pero me parece peligroso el proceso de “iusnaturalización” de la misma que se viene fomentando. Son imaginables otras reglas de juego; la Constitución no puede considerarse como un todo absoluto inamovible, la propia Constitución establece mecanismos para su modificación» o «en definitiva, sin pretender restar ni un ápice de la importancia que pueda tener la Constitución en nuestro sistema de fuentes, me permitiría recordar que la misma es una norma jurídica y que el intérprete doctrinal del ordenamiento debe atender a la misma, pero también al resto del ordenamiento y, si se me permite la expresión, con una presunción *uris tantum* de que el resto de las normas son constitucionales, hasta que el órgano competente declare lo contrario». I. C. IBÁN, «Sistema de fuentes del Derecho eclesiástico», en: *Curso de Derecho eclesiástico*; I. C. IBÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. MOTTILLA DE LA CALLE, Madrid 1991, p. 138. En la misma línea, González del Valle: «El eclesiasticista suele ser hoy día hiperconstitucional», J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, Madrid 1989, p. 106.

⁶¹ J. A. SOUTO PAZ, Prólogo a la *Legislación eclesiástica*, de A. Reina, Madrid 1984, p. 11.

⁶² J. A. SOUTO PAZ, *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, Madrid 1995, p. 36.

Para el estudio de esa incipiente ciencia del Derecho eclesiástico, seguiré el análisis que realiza Rodríguez García⁶³. En el trabajo de este autor, se sitúan como precedentes próximos del Derecho eclesiástico español diversas recopilaciones de normas jurídicas de principios del siglo xx⁶⁴. Pero nos limitaremos al análisis de los precedentes inmediatos, podríamos afirmar que este incipiente estudio del Derecho del Estado sobre materia religiosa, se materializa en dos revistas trascendentes para la canonística española: *Ius Canonicum* y la *Revista Española de Derecho Canónico* [REDC].

Será Maldonado, pionero con sus comentarios sobre legislación y jurisprudencia en la REDC, quien con el título *Reseña de Derecho del Estado sobre materias eclesiásticas* analice el Derecho estatal sobre el fenómeno religioso. Labor con la que continuarían Bernárdez y Portero.

En la doctrina española de los años cincuenta y sesenta los temas clave del Derecho eclesiástico giraban en torno a las relaciones entre el Derecho canónico y el Derecho estatal, es decir se analizaba la relación entre ambos ordenamientos. Centraba la doctrina sus estudios en el reenvío y el presupuesto, así como las relaciones entre «Derecho eclesiástico» y Derecho concordatario⁶⁵, llegándose a modificar el nombre de la disciplina por el de Derecho concordatario⁶⁶.

García Barriuso, en 1959, en la publicación *Verdad y vida*, publica un artículo llamado «Dogmática del Derecho eclesiástico del Estado español» en el que el autor se comprometía a desarrollar aquello que trataba en la citada publicación. Se esperaba pues una obra de mayor envergadura, o al menos de mayor amplitud, que nunca llegó a ver la luz. El citado artículo, como señala Rodríguez García, contenía una definición del Derecho eclesiástico señalándole como: «el conjunto de normas racional y sistemáticamente estudiadas, establecidas por la autoridad pública civil, mediante las cuales son regulados los actos ju-

⁶³ J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, «Aproximación histórica al Derecho eclesiástico del Estado en España», en: *Laicidad y libertades: Escritos jurídicos*, Madrid 2001, pp. 189-216.

⁶⁴ Así, *El Concordato de 1851 y disposiciones complementarias vigentes*, de E. PIÑUELA, F. MEANA, M. PARDO y J. SOTO, Madrid 1921; el manual: *Elementos de Derecho Administrativo*, de A. ROYO VILLANOVA; *La recopilación de normas de Derecho eclesiástico: Leyes religiosas*, de M. CORAZÓN Y DE LA ROSA, M. GRANADOS Y AGUIRRE y A. SEGOVIA, 1935. *Ibid.*

⁶⁵ J. FORNÉS, *La ciencia canónica contemporánea*, Pamplona 1984, pp. 375-377.

⁶⁶ BERNÁRDEZ, «Problemas generales del Derecho eclesiástico del Estado», en: *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Madrid 1972, p. 371.

rídicos de las personas y cosas en conexión con la religión católica de los españoles»⁶⁷.

Rodríguez García⁶⁸ reconoce como intento de análisis de la libertad de conciencia como libertad espiritual el de Carro Martínez⁶⁹. En su análisis este último contempla igualmente la libertad de culto, y así explica en qué consisten cada una de ellas:

- «a) *La libertad de conciencia.*—La libertad de conciencia es la propiedad que cada uno tiene de su propia conciencia. Hauriou afirma que esa libertad consiste en que nadie podrá ser obligado a declarar sus opiniones religiosas, que nadie pueda ser obligado a declarar su profesión religiosa y que nadie pueda ser inquietado por su participación o no en el culto (...).
- b) *La libertad de cultos.*—La libertad de cultos supone pasividad o neutralidad del Estado ante las manifestaciones del culto religioso —de cualquier religión—. Esta libertad es consecuencia inmediata de lo anterior, porque la libertad de culto exige que previamente exista libertad de conciencia (...). La verdadera libertad de cultos exige neutralidad por parte del Estado (...). Pero si el Estado adopta una actitud proteccionista en relación con algún culto, tampoco existe verdadera libertad. En este último caso se halla España, puesto que subvenciona al culto católico (...). Y, por otra parte, se encuentra la libertad de pensamiento, no es una libertad para “creer”, sino la libertad para opinar».

Algo va a cambiar la evolución de esos estudios sobre el Derecho estatal en materia religiosa: el Concilio Vaticano II⁷⁰. Su doctrina obligó al Estado español a modificar su legislación, aunque, como muy bien recoge Suárez Pertierra⁷¹, ya existía la redacción de un proyecto de estatuto que regularía la situación de los no católicos en España. La confesionalidad católica del Régimen de Franco no reconocía libertad religiosa alguna, el propio Código Penal era una muestra significativa al respecto⁷².

⁶⁸ J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 212.

⁶⁹ A. CARRO MARTÍNEZ, *Derecho político*, Madrid 1959, pp. 319-321.

⁷⁰ Sobre esto: C. CORRAL SALVADOR, *Repercusión de la Declaración conciliar «Dignitatis Humanae» sobre la confesionalidad católica del Estado español*: Revista Española de Derecho Canónico, XXI, 1966, pp. 269ss.

⁷¹ G. SUÁREZ PERTIERRA, *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*, Vitoria 1978, p. 36.

⁷² Sobre tutela penal de la libertad religiosa se pueden consultar: E. CUELLO CALÓN, *La protección penal de la religión*: REDC, 9 (1954), pp. 923-929; J. M. RODRÍGUEZ

El reconocimiento de la libertad religiosa por parte de la Santa Sede obliga al gobierno español a modificar su legislación en materia eclesiástica, surge así la Ley de libertad religiosa de 1967. Una gran parte de los canonistas dedicarían sus esfuerzos al estudio y análisis de esta nueva norma y la normativa de ella derivada⁷³.

«No es necesario profundizar demasiado para comprender que esta ley obedece a la necesidad, formulada por el ordenamiento fundamental, de inspirar la legislación del Estado en la doctrina de la Iglesia»⁷⁴.

Llamazares califica la celebración del Concilio como revulsivo para el cambio en la legislación. La tradicional confesionalidad española entra en colisión con el principio de libertad religiosa que propugnaba la propia Iglesia católica. Como resume el autor la Declaración *Dignitatis Humanae* considera como ideal la libertad religiosa, además de proclamarla derecho civil, sólo acepta la confesionalidad si no entra en colisión con la libertad religiosa y si se trata de una confesionalidad histórico-sociológica, en ningún caso doctrinal.

Llamazares subraya que ni se reformó el Concordato, ni tampoco la Ley de principios del Movimiento.

«Con ello no se salvaba la contradicción interna del sistema, ya que contradictorios en sí mismos seguían siendo tanto el artículo 1.º del Concordato como el 2.º de los principios del movimiento nacional;

DEVESA, *Delitos contra los sentimientos religiosos*: Estudios de Deusto, XIII (1965), pp. 635-651; A. FERNÁNDEZ CORONADO, *La tutela penal de la libertad religiosa*: ADEE, II (1986), pp. 17-55; A. FERNÁNDEZ CORONADO, *Tutela penal de la libertad de conciencia*: EJB, t. IV, Madrid 1995, pp. 733-735; F. PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, Eunsa, Pamplona 1995; J. ROSSELL, *Religión y jurisprudencia penal. Un estudio de la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS en el período 1930-1995*, Ed. Complutense, S.A, Madrid 1996; A. FERNÁNDEZ-CORONADO, *El contenido de la libertad de conciencia en el Código Penal de 1995*: Revista del Poder Judicial, 52 (1998), pp. 135-176; J. FERREIRO GALGUERA, *Protección jurídico penal de la religión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, La Coruña 1998.

⁷³ Son claros ejemplos los trabajos de: A. BERNÁNDEZ CANTÓN, *Elementos de Derecho eclesiástico español*, Pamplona 1974, pp. 401ss.; C. CORRAL SALVADOR, *La ley española de libertad religiosa ante el Derecho comparado en Europa occidental*: Revista Española de Derecho Canónico, XXI, 1967, pp. 623ss.; I. MARTÍN MARTÍNEZ, *La libertad religiosa en la Ley Orgánica del Estado*: Revista de Estudios Políticos, 182, 1972, pp. 181ss.; J. PÉREZ LLANTADA, *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*, Madrid 1974, y G. SUÁREZ PERTIERRA, *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*, Vitoria 1978.

⁷⁴ J. FORNÉS, *Elementos de Derecho eclesiástico español*, Derecho Canónico, AA.VV., Pamplona 1977, p. 790.

contradicción que se hará patente en la Ley de libertad religiosa que, en aplicación del artículo 6 reformado del Fuero de los Españoles, será promulgada el mismo año 67.»

Como se desprende del análisis de nuestra historia más reciente, no sólo fueron algunos canonistas los que dedicaron sus esfuerzos al estudio del Derecho estatal sobre el fenómeno religioso; muchos otros, estudiosos de otras ramas del Derecho, cultivaron ésta⁷⁵.

En las unidades didácticas de la UNED en 1978 se dedicaban apenas unas lecciones, dentro de la asignatura de Derecho canónico, al estudio de un incipiente Derecho eclesiástico. En el tema XXVIII en su página tercera señalaba la «dificultad de recomendar una obra, o número reducido de obras, en que puedan encontrarse tratados los principales temas de esta materia con carácter elemental, completo y de conjunto». Sin embargo, sí apuntaba diversas obras que servían de consulta⁷⁶.

3.2. LA IRRUPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Como señala Suárez Pertierra⁷⁷, nuestra Constitución de 1978 sentó un planteamiento que permite superar la endémica cuestión religiosa en España.

El mismo autor manifiesta que son principalmente tres los aspectos que supone la verdadera transformación constitucional: en primer lugar, la Constitución, como ya habíamos señalado, introduce un modelo basado en un conjunto de valores superiores o principios que se materializan en lo que se ha dado en llamar «derechos fundamentales». El derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto, libertad de conciencia en definitiva, «comprende la libertad de opiniones, ideas y creencias, el derecho a la formación de la propia conciencia, la libertad de expresar, las propias opiniones y la libertad para no ser impedido de actuar según

⁷⁵ I. C. IBÁN, *Valoración de una «recepción» (La Ciencia eclesiasticística italiana en las revistas canónicas españolas)*: ADEE, II (1986), pp. 89-163, también en DE, I (1987), pp. 580-667.

⁷⁶ C. BRUNO, *El Derecho Público de la Iglesia*, Buenos Aires 1956; J. CALVO, *Teoría General del Derecho Público Eclesiástico*, Santiago de Compostela 1968; FERNÁNDEZ LANDA, *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado*, Madrid 1968; J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y T. RINCÓN, *Iglesia, Estado y conciencia moderna*, Madrid 1971, y L. PÉREZ MIER, *Iglesia y Estado nuevo*, Madrid 1940.

⁷⁷ Conferencia de apertura del V simposio de la Sociedad Española de las Ciencias de las Religiones, «Religión, Religiones, Identidad, identidades, Minorías», Valencia, 1 al 3 febrero 2002.

ellas y para no ser compelido a actuar en su contra... se trata —como tendremos ocasión de explicar— de una misma libertad, inescindible, cuya categoría esencialmente unitaria se manifiesta a través de diferentes formulaciones».

El segundo elemento que destaca Suárez Pertierra es la laicidad del Estado. Esto implica la neutralidad estatal, lo que no implica caer en el laicismo, la separación Iglesias-Estado y la autonomía. Tampoco debe confundirse con la idea de laicidad positiva ya que como señala el autor: «Neutralidad del Estado no supone desprendimiento axiológico, pero ética social y ética religiosa no son lo mismo. La laicidad no es indiferencia, es exigencia de la libertad, es neutralidad de los poderes públicos y promoción de las libertades en los términos sustanciales y no sólo formales en que se pronuncia la propia Constitución».

Como tercer elemento de transformación señala el principio de tolerancia en el proceso constitucional. El sistema que se crea con la Constitución es complejo para, de esta manera, favorecer el consenso. Esto produce las ambigüedades del 16.3, aunque no ampara que se pueda interpretar lo que en cada momento convenga. El entramado que regula la posición del Estado frente al fenómeno religioso pretende paliar las tensiones producidas por una cierta beligerancia.

Reina señala que el análisis del Derecho eclesiástico español debe centrarse en el análisis de la Constitución de 1978, ya que el cambio político que supone «dota de mayor complejidad al Derecho eclesiástico del Estado, que adquiere entidad a medida que la sujeción del Estado se aminora, tal y como certeramente observó Ruffini»⁷⁸.

Martínez Torrón⁷⁹ sitúa en la aparición del texto constitucional, no el origen, sino un «despegue» de la doctrina eclesiasticista española.

Toda la doctrina eclesiasticista española le concede al estudio de la Constitución la mayor relevancia; sin embargo, nosotros vamos más allá afirmando que sólo después de la promulgación de nuestro texto constitucional podemos hablar de Derecho eclesiástico del Estado⁸⁰.

⁷⁸ V. REINA y A. REINA, *Lecciones de Derecho eclesiástico*, Barcelona 1986, p. 247. Considera el autor que la propia Constitución supone una convocatoria y a su vez reto al legislador para el desarrollo de los principios constitucionales. Afirma que son estas razones sustantivas a la vez que las científicas las que «confluyen en el nacimiento del Derecho eclesiástico del Estado en España».

⁷⁹ J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Religión, Derecho...*, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁰ Lombardía considera que: «Una excesiva insistencia en la consideración constitucional y en la soberanía del Estado puede constituir un obstáculo cara a un despliegue verdaderamente actual de la ciencia del Derecho eclesiástico que, a mi jui-

El hecho de que afirmemos que sólo se puede hablar de un sistema de Derecho eclesiástico con posterioridad a la Constitución, no quiere decir, como señala Martínez Torrón⁸¹, que nos olvidemos de «la atención que los canonistas españoles habían prestado anteriormente a la problemática de las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y el factor social religioso. Pero su estudio presuponía, en el plano político, una confesionalidad estatal que por entonces se mostraba inatacable, y que se traducía, en el plano jurídico, en una máxima relevancia civil del Derecho canónico sobre la base de la normativa concordada con la Santa Sede. Todo lo cual conducía a que la doctrina española abordara el tema con una doble limitación. Por una parte, su formación estrictamente canónica les movía a contemplar las relaciones Iglesia-Estado, la mayoría de las veces, desde la óptica del ordenamiento canónico. Por otra, su formación dogmático-jurídica les impulsaba a una consideración preferente del dato positivo, lo que en aquel momento significaba centrarse en el análisis técnico-jurídico del Concordato de 1953...».

cio, debe tener más en cuenta la tutela de la libertad religiosa en el ecuador de las declaraciones para la protección de los Derechos Humanos». P. LOMBARDÍA, «La relación entre el Derecho canónico y el Derecho eclesiástico», en: *Ius Canonicum*, 1982, p. 16. Martínez Torrón habla simplemente de «un nuevo enfoque», o de «el proceso de reconstrucción —y no de construcción— que se ha llevado a cabo en la regulación del hecho religioso...». J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Religión, Derecho...*, op. cit., p. 147.

⁸¹ J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Religión, Derecho...*, op. cit., pp. 37 y 38.