DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO: LA LAICIDAD COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO.

Jose Antonio Rodríguez García
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

ÍNDICE

Capítulo I. CONCEPTO Y CIENCIA DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

1. **Introducción**
2. **El Derecho eclesiástico como sinónimo de Derecho canónico.**

3. Presupuestos y factores determinantes de la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico hacia su significación actual.

A) Los factores histórico-políticos.
A.1. El Estado Moderno como presupuesto.
A.2. La Reforma protestante
A.3. El Regalismo.
B) Los factores filosóficos-jurídicos.
B.1. La Escuela Racionalista del Derecho Natural
B.2. La Escuela Histórica del Derecho
B.3. El Positivismo jurídico
B.4. La reacción de la Iglesia católica a los postulados positivistas: El Derecho Público eclesiástico.

4. El concepto de Derecho Eclesiástico del Estado en su significación actual.
A) Nacimiento del Derecho Eclesiástico del Estado en sentido moderno: Estudio específico de la Doctrina sobre Derecho Eclesiástico en distintos países durante el siglo XIX y principios del siglo XX.
A.1. El Derecho Eclesiástico en Francia durante el siglo XIX.
A.2. El Derecho Eclesiástico en Alemania durante el siglo XIX.
A.3. La doctrina dualista italiana.
B) El Derecho Eclesiástico como "Legislatio Libertatis"

Capítulo II. EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO COMO DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

1. **Críticas al término "Derecho eclesiástico del Estado".**
2. **El proceso de secularización**
3. **El Derecho de la libertad de conciencia y el contenido de esta disciplina académica.**
4. **El Derecho Eclesiástico del Estado en España**

A) Introducción.
B) Precedentes remotos del Derecho Eclesiástico del Estado (hasta el siglo XIX).
C) El siglo XIX.
D) Precedentes próximos.
E) Avances en la concreción actual del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado.
F) El principio de laicidad como garantía del Derecho de libertad de conciencia.

Capítulo III. AUTONOMÍA CIENTÍFICA Y SISTEMA DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

1. **Autonomía científica del Derecho Eclesiástico del Estado.**
2. **El sistema como herramienta metodológica aplicada al Derecho.**
3. **El sistema como garante de la autonomía científica del Derecho Eclesiástico del Estado.**

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y CIENCIA DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del concepto de "Derecho Eclesiástico del Estado", como ciencia jurídica, va indisolublemente unido al estudio de su evolución histórica, como ha puesto de manifiesto el profesor Luigi DE LUCA[1]. El término "Derecho eclesiástico del Estado" ha sufrido una serie de continuas mutaciones hasta ser entendido en la actualidad como Derecho de la libertad de conciencia, siguiendo al profesor LLAMAZARES[2]. Estas mutaciones se han producido, por un lado, en el contenido u objeto regulado por este Derecho y, por otro, en las fuentes jurídicas que lo han ido creando (debido a la relación entre Derecho divino y Derecho positivo, entre Derecho estatal y Derecho religioso que llevará aparejado la configuración del Derecho Eclesiástico alrededor del monismo o dualismo de fuentes). Estas transformaciones se han debido a las aportaciones de las diversas corrientes o concepciones jurídicas que se han sucedido en la historia del pensamiento jurídico, así como a diferentes factores históricos, políticos, religiosos y sociales que han incidido decisivamente en su formación histórica[3]. Todo ello, podría haber dificultado una configuración y delimitación

---

[1] LUCA, L. de: *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1970.

[2] LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. Conciencia, tolerancia y laicidad*, Vol. I. Cuarta edición. Civitas, 2011.

[3] LUCA, L. de: op. cit., p. 1 y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Cristianismo, Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", en *Studia Carande*, nº 6, 2001, págs. 121-136. Además, debemos tener presente las siguientes palabras de G. CATALANO: "La vastità della sua problematica si profila in tutta la sua evidenza e dá ragione a chi ha ritenuto che norme di diritto ecclesiastico esistono in tutti gli ordinamenti e in tutte le epoche", citado por M. TEDESCHI en su obra *Sulla scienza del Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 76.

En este primer apartado sobre el concepto de Derecho Eclesiástico del Estado hemos tenido en cuenta un fenómeno que Rudolf von IHERING, en 1884, definió como "los viajes de las ciencias". Este fenómeno era descrito con las siguientes palabras:

"Señores, cada ciencia tiene que atravesar períodos en los cuales la estrechez de su ámbito llega a abrumarla, en los que siente el irresistible deseo de salir al aire libre, para orearse y recrearse, igual que nosotros cuando hemos estado trabajando todo un año sentados tras nuestros escritorios y sentimos necesidad de hacer un viaje para recobrar fuerzas. Llamaré a este fenómeno el de los *viajes de las ciencias* (...). Del mismo modo también nuestra jurisprudencia sintió de cuando en cuando la necesidad de hacer una visita a sus hermanas; en otros tiempos sintió predilección por la historia, la filología y la filosofía, pero

coincidente por parte de la doctrina sobre el concepto actual de Derecho Eclesiástico del Estado[4]. El camino, como se ha escrito, ha sido convulso, pero precisamente por ello fructífero[5].

2. EL DERECHO ECLESIÁSTICO COMO SINÓNIMO DE DERECHO CANÓNICO.

Una primera definición de jurisprudencia la encontramos en el Derecho romano, en concreto, de ULPIANO: "*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scienti*"[6]. La primera relación entre Derecho humano y Derecho divino se concreta en los términos "*Ius*" y "*Fas*" que, en un primer momento, son sinónimos, en el sentido, de delimitar la licitud de un acto con la voluntad de los dioses[7]. Con posterioridad, los *pontífices*[8] (primeros juristas de Roma) comienzan a distinguir entre Derecho divino y Derecho humano y, finalmente, en los últimos años de la República se produce la absoluta *secularización*[9] del "*Ius*" (Derecho de los hombres) siendo el término "*Fas*"

---

en el último decenio prefirió las ciencias naturales y la medicina", vid. IHERING, R. von: *Bromas y veras de la ciencia jurídica (Ricendo dicere verum)*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 89.

[4] Según RUFFINI no puede darse "*a priori*" una definición de Derecho Eclesiástico, sólo "*a posteriori*", cuando se tenga claro la materia objeto de estudio. Esta posición doctrinal se encuadraría en una corriente escéptica (vid. DEL GUIDICE, F.; MARIANI, F.: *Diritto Ecclesiastico*, Edizioni Simone, 1993, p. 11). Y, en parecido sentido, el profesor I. C. IBAN opina que "no creemos que hoy se pueda hablar de *concepto* de Derecho eclesiástico, sino, antes bien, de *conceptos*. Y no se trata de diferencias de matiz, sino de diferencias muy profundas", vid. *Derecho Canónico y Ciencia Jurídica*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, pág. 183.

[5] FERNANDEZ-CORONADO, A. y AMÉRIGO, F.: *Elementos para el estudio del Derecho Eclesiástico del Estado*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. C. M., 2010, pág. 12.

[6] Cfr. *Digesto*, 1, 1, 10, 2.

[7] Sobre la relación entre religión y Derecho, vid, *Lex Sacra: Religión y Derecho a lo largo de la historia, Actas del VIII Congreso de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, 2010; NAVARRO VALLS, R. y PALOMINO LOZANO, R.: *Estado y religión*, Ariel, 2000, y PALOMINO LOZANO, R.: *Manual breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, 3ª ed., 2015, págs. 1-20; SAN MIGUEL PÉREZ, E.: *La democracia cristiana y la democracia de los cristianos*, Fundación Universitaria Española, 2010; del mismo autor: *¡Europa, sé tú misma!. La identidad cristiana de la integración europea*, Digital Reasons, 2016.

[8] La jurisprudencia o ciencia del Derecho era ejercida, en un primer momento, por los pontífices, sólo a finales del siglo IV y comienzos del III a. C. deja de ser pontifical.

[9] Sobre el concepto de secularización, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: *El proceso de secularización del matrimonio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 11-15. Por "secularización se quiere significar, dicho muy en síntesis, que el poder y el orden político no se sustentan en algo transcendente de índole sobrenatural, sino en la racionalidad inmanente de las cosas en la que no ha lugar para el misterio, ya que todo es claro al entendimiento y sujeto a la ley natural sin excepción, en la que el hombre o el pueblo no son criaturas, sino creadores de su propio destino; en la que los criterios de la razón y sólo de la razón determinan los fines, la organización y la legitimación del orden político", vid.

restringido o equivalente al Derecho divino; es decir, a las normas que son divinas tanto por su origen como por su objeto[10]. Esta breve intromisión en el Derecho romano se trae a colación porque podría anticipar y ser un primer antecedente del proceso de secularización que se va a producir en la evolución del concepto de Derecho eclesiástico. Pero no adelantemos conclusiones, ya que sólo aquí pretendemos que estos datos nos sirvan de mera hipótesis de trabajo, y vayamos por parte.

Desde el punto de vista histórico, la denominación "Derecho canónico" como Derecho de la Iglesia cristiana empieza a vislumbrarse a partir del siglo IV. Aunque en los tres primeros siglos se habían conocido reglas jurídicas, deducidas de los textos sagrados. Va a ser en el siglo III cuando aparece una verdadera legislación fruto de las decisiones conciliares o de medidas pontificias. Sin embargo, nos encontramos, todavía, con un proceso embrionario en la formación del Derecho canónico[11].

GARCÍA PELAYO, M.: "Sobre la sacralización del Estado", en *Obras Competas*, II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 2986. Sobre el concepto de secularización y sus cinco posibles acepciones, vid. MARRAMAO, G.: *Poder y secularización*, Península, Barcelona, 1989, nota nº 8, págs. 254-255; y del mismo autor: *Cielo y tierra. Genealogía de la secularización*, Paidós, Barcelona, 1998, págs. 121-122.

También, se ha definido secularización, siguiendo a GRUMELLI, como "el proceso de distanciamiento de la sociedad y de la cultura del influjo de las instituciones religiosas, o en sentido más general, del influjo de lo sagrado en cualquier manifestación o personificación", (citado por MARTÍNEZ BLANCO, A.: *Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 37). Coincidimos con A. MARTÍNEZ BLANCO en que desde la aparición del hombre se ha producido un proceso histórico de secularización o desacralización (op. cit., pág. 37), del que pretendemos dar cuenta en estas páginas.

Es necesario destacar, siguiendo a Carl SCHMITT, en su *Politische Theologie*, de 1922, que "*todos los conceptos más importantes de la doctrina moderna del Estado son conceptos teológicos secularizados*". La categoría de secularización ofrece a Carl SCHMITT la llave de acceso no sólo a la metamorfosis histórica sino a la misma estructura semántica de los conceptos jurídicos, que el Derecho estatal deduciría directamente del plano teológico, vid. MARRAMAO, G.: *Cielo y tierra*, op. cit., pág. 67.

[10] IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, Ariel, Madrid, 1988, págs. 95-96, TORRENT, A.: *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Neo ediciones, Zaragoza, 1993, págs. 113-116. Como ha señalado Max WEBER, esta diferenciación influyó en la racionalización del Derecho occidental orientándose hacia un Derecho racional-formal, vid. *Rechtsoziologie*, pp. 218 y 224, citado por FARIÑAS DULCE, Mª J.: *La Sociología del Derecho de Max Weber*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 321.

[11] AGUILAR ROS, P.; HERRERA BRAVO, R.: *Derecho Romano y Derecho Canónico. Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Comares, Granada, 1994, pág. 9.

Se recoge en el siguiente texto de Miguel de UNAMUNO, una crítica a la aparición del Derecho canónico: "Pero después de Constantino, cuando empezó la romanización de la cristiandad, cuando empezó a querer convertirse la letra, no el verbo, del Evangelio en algo así como una ley de las Doce Tablas, los Césares se pusieron a querer proteger al Padre del Hijo, al Dios del Cristo y de la Cristiandad. Y nació esa cosa horrenda que se llama el Derecho canónico. Y se consolidó la concepción jurídica, mundana, social del supuesto cristianismo. San Agustín, el hombre de la letra, era ya un jurista, un leguleyo. Lo era San Pablo. A la vez

Durante los siglos I al IV que corresponden con la Iglesia apostólica y la Iglesia misionera de la diáspora mediterránea, el Derecho canónico vive, en cuanto al ordenamiento jurídico naciente, encerrado en sí mismo: de ahí su originalidad y su profundo carácter espiritual. Dada la ruptura con el mundo judío de un lado y, su desconfianza frente al aparato jurídico romano, por otro, no toma en préstamo, en este primer momento histórico, elementos procedentes de ninguno de esos ámbitos. A través de diversos ensayos, la Iglesia cristiana va creando su propio Derecho rehuyendo todo mimetismo y procurando que las instituciones eclesiales se acomoden lo mejor posible a la propia evolución de la misma, como son: la constitución y organización de las iglesias locales, primeros esbozos de un Derecho penal canónico y la *episcopalis audientia* (aunque en relación a esta última institución no se sabe con precisión que *lex christiana* aplicaba[12]).

También hay que resaltar fenómenos como el marcionismo y el montanismo, ya en la segunda mitad del siglo II, confirman la existencia en el seno de la Iglesia cristiana de movimientos que apuestan por la negación de lo jurídico[13]. El enfrentamiento entre juridismo y antijuridismo es un fenómeno permanente a lo largo de la historia de la Iglesia católica[14].

En un primer momento, se produce una identificación entre Derecho eclesiástico y Derecho canónico. La expresión "*Ius ecclesiasticum*", a finales del siglo IV, era utilizada para designar, la "*potestas ecclesiatica solvendi et legandi*" y el "*ius peccata donandi*"[15].

---

que un místico. Y el místico y el jurista luchaban en él. De un lado, la ley, de otro, la gracia", en *La agonía del Cristianismo*, 8ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1996, págs. 134-135.

[12] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Canónico Fundamental*, Colegio Universitario de León, León, 1980, pág. 79. Sobre la audiencia episcopal, vid. AGUILAR ROS, P.; HERRERA BRAVO, R.: op. cit., págs. 12-14.

[13] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Canónico Fundamental*, op. cit., pág. 24.

[14] Ibídem, pág. 27.

[15] HARNACK, A.: *Ius ecclesiasticum*, Berlin, 1903, XI Sitzung, S. 221 ff., citado por L. DE LUCA: op. cit., p. 3.

La identificación entre los términos Derecho canónico y Derecho Eclesiástico venía, también, determinado porque ambos Derechos recogían las normas de Derecho divino y las normas de Derecho humano (entendido, este último, como normas o preceptos jurídicos emanados de las autoridades eclesiásticas). Después, se produce una distinción, siendo el término "Derecho canónico" empleado para todas las normas de la Iglesia católica y, restringiendo, el término "Derecho eclesiástico", para las normas de Derecho (las que procedían de la autoridad eclesiástica), vid. GARCÍA HERVÁS, D.: "El Derecho eclesiástico", en *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid, 1997, pág. 57. Por otra parte, el profesor J. M. PÉREZ PRENDES apunta la existencia de un "Derecho eclesiástico" o legislación estatal sobre una serie de materias que posteriormente la Iglesia católica reclamará como competencia propia durante los siglos IV y V, (vid. *Curso de Historia del*

El edicto de Milán del 313, de libertad religiosa, provocará el encuentro entre el Derecho romano y el Derecho canónico. El Derecho canónico cambiará de óptica al proyectar su mirada sobre el Derecho romano y verá en él una mayor perfección técnica y, al mismo tiempo, un contenido normativo no siempre compatible con el ideal cristiano de comunidad (por ejemplo, la esclavitud). La técnica jurídico-canónica del período anterior, rudimentaria e incipiente, se beneficiará de la depurada jurisprudencia del Derecho romano[16].

Siguiendo al profesor TREBOLLE: "la transcendencia del Derecho romano en la historia del Oriente bizantino y del Occidente romano-germánico da idea de la importancia que tuvo la sustitución de la Ley judía por el Derecho romano en los inicios del cristianismo. El proceso de helenización y romanización del cristianismo no se ha de cifrar únicamente en el transvase de representaciones e ideas teológicas del mundo semítico al grecorromano, con el olvido de la reconversión de las instituciones y leyes bíblicas a las del Derecho greco-romano"[17].

Por otra parte, se ha señalado que al convertirse la religión cristiana en oficial del Imperio, conlleva que los emperadores van a legislar sobre múltiples temas religiosos, hecho que sin duda facilitó la consolidación de la Iglesia cristiana[18].

Entre el siglo VI y el siglo IX se utiliza la expresión "*Iura ecclesiastica*" para designar al conjunto de normas jurídicas. Y, en el siglo XII, *"Ius ecclesiasticum*" se contrapone a "*Ius forense*"[19]. El Derecho eclesiástico es una parte del Derecho canónico (*Ius Canonicum*), que emana de la Iglesia cristiana. El *Ius Canonicum*, durante la Edad Media, es un Derecho superior al "Derecho secular" que no podrá, en principio, dictar normas jurídicas en materia religiosa o eclesiástica por iniciativa propia[20]. Aunque esta afirmación como comprobaremos deberá ser matizada.

Derecho español, Serv. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. C. M., Madrid, 1984, pág. 204).

[16] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Canónico Fundamental*, op. cit., págs. 80-81; AGUILAR ROS, P.; HERRERA BRAVO, R.: op. cit. pág. 14.

[17] TREBOLLE BARRERA, J.: "La Biblia hebrea y la Biblia griega: Un clásico de Oriente y Occidente", en *Paganos, judíos y cristianos en los textos de Qumrán*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 338.

[18] GARCÍA y GARCÍA, A.: *Historia del Derecho Canónico*, *El Primer Milenio*, Salamanca, 1967, pág. 157.

[19] LARICCIA, S.: *Diritto ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1986, p. 3.

[20] Esta idea vendría expresada por Juan de SALISBERRY de la siguiente manera: "*Inutilis est constitutio principis, si non est ecclesiasticam disciplinae conformis*". Cfr. REINA, V.: "Los términos de la polémica sacerdocio-reino", en *Ius Canonicum*, nº 4, 1966, págs. 153-199; DE LUCA, L.:

El apoyo doctrinal a esta superioridad del Derecho canónico se encuentra en primer lugar, en SAN AGUSTÍN. San Agustín dividían las leyes y el Derecho en: ley eterna, ley natural y ley humana o temporal (Derecho positivo). Esta división tendrá una influencia decisiva en todo el pensamiento jurídico de este período histórico. La ley positiva, según San Agustín, era la derivación de la ley eterna a través de la ley natural y si se apartaba de la ley eterna no constituía Derecho. San Agustín no llegaba a identificar plenamente Iglesia y Estado con la "ciudad de Dios" y la "ciudad del diablo", respectivamente; pero, si negaba que el Estado pudiera intervenir en los asuntos religiosos; sin embargo, sólo en una materia consideraba necesario tal intervención: la represión de los herejes[21]. Gran parte de estas ideas se vuelven a repetir en SANTO TOMÁS DE AQUINO, como por ejemplo la división entre Derecho divino, Derecho natural[22] y Derecho positivo (este último, debía estar en armonía con el Derecho divino). En definitiva, la concepción tomista del Derecho implica una concepción monista por razón de la materia. En lo que a nosotros interesa, la materia eclesiástica será regulada por la Iglesia cristiana y, sólo excepcionalmente y bajo condición por el Estado[23].

Durante la Edad Media una serie de acontecimientos históricos, que tendrán un mayor o menor reflejo jurídico, vendrán a determinar unas convulsas relaciones entre la Iglesia católica y el poder político. Entre estos acontecimientos destacan: el dualismo gelasiano, la doctrina carolingia, el hierocratismo, la guerra de las investiduras[24]; es decir, la regulación, no sólo de la materia religiosa o eclesiástica, sino de la intervención directa de un poder en otro estará en el centro de las disputas a lo que contribuirán distintas doctrinas jurídicas.

---

op. cit., p. 3. En relación con los Concordatos, destaca el Concordato de Worms de 1122, vid. REGATILLO, E. F.: *El Concordato de 1953*, Sal Terrae, Santander, 1961, págs. 26 y 30.

[21] GARCÍA PELAYO, M.: *El reino de Dios. Arquetipo político (Estudio sobre las formas políticas de la alta Edad Media)*, en *Obras Completas*, I. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 768-772.

[22] En el inicio de la Edad Media, el Derecho natural y divino eran considerado como idénticos, vid., por ejemplo, GRACIANO: "*Ius naturale est quod in lege et evangelio continetur*". Posteriormente, la Escolástica pondrá las bases para su diferenciación que, siguiendo a GARCÍA PELAYO, con Guillermo AUXERRE ya es clara tal distinción, vid. *El reino de Dios*, op. cit., nota nº 10, pág. 805.

[23] LUCA, L. de: op. cit., p. 4.

[24] Sobre estos acontecimientos históricos y sus correspondientes consecuencias jurídicas y en la configuración de la libertad de conciencia (de creencias e ideas), vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, op. cit., págs. 68-85; SOUTO PAZ, J. A.: *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 62-107.

Las tensiones durante la Edad Media entre el Imperio y el Papado confluirán en la consolidación de la figura del rey-juez (*rex, in regno suo imperator*)[25] como precedente del Estado Moderno[26]. Como consecuencia de este hecho, se producirá una incipiente *secularización*[27] del poder, de las instituciones y del Derecho. Este proceso de secularización supondrá una cada vez mayor intervención estatal en las materias religiosas que se irá consolidando con dos hechos históricos sumamente relevantes: la Reforma protestante y el Regalismo.

En resumen, durante todo este período los términos "Derecho canónico" y "Derecho Eclesiástico" son expresiones sinónimas y su criterio identificador es su fuente productiva: la Iglesia católica[28]; sin embargo, el término "Derecho canónico" será el más usado[29].

---

[25] En palabras de DANTE ALIGHIERI, en su obra *Monarchia* (I, 14, 4): "*humanum genus potest regi per unum supremum principem, qui est Monarcha*".

[26] GARCÍA PELAYO: *El reino de Dios,* op. cit., pág. 904; SOUTO PAZ, J. A: "La idea medieval de nación", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 2, (septiembre-diciembre), 1997, págs. 128-132 y, de este último autor, en su obra *Comunidad política y libertad de creencias* ..., op. cit., págs. 112-126.

Se ha puesto de manifiesto "como el derecho sacro representa una fuente de validez y justicia, a partir de la cual puede legitimarse el poder, el status de este juez-rey cobra autoridad normativa. El derecho sacro preestatal, entrelazado con la costumbre y la moral, autoriza la posición de quien se ha erigido en su intérprete", vid. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, págs. 209, 213, 517 y 518.

[27] Siguiendo a Giacomo MARRAMAO: "Secularización es una metáfora" (vid. *Poder y secularización*, op. cit., pág. 23). Esta palabra tiene su origen en el Derecho canónico (*saecularisatio* de *saecularis*, *saeculum*), en concreto, en el término *saecularisatio* del Corpus Iuris Canonici. Su referencia aparece en los últimos decenios del siglo XVI, en juristas franceses como Jean PAPON en su obra: *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France* (1559, Paris, 1607, ed. Jean Chenu, p. 7) y Pierre GRÉGOIRE, en sus obras: *Institutiones breves et novae rei beneficiari ecclesiasticae* (Lyon, 1592, p. 10), y en *Syntagma juris universi* (Orleans, 1611, p. 250) y venía a significar el del tránsito de *regularis* a *canonicus*; es decir, el paso de un religioso "regular" al estado "secular", o más en general "reducción a la vida laica de quien ha recibido órdenes religiosas o vive según la regla conventual", vid. MARRAMAO, G.: *Cielo y tierra*, op. cit., págs. 17-19. Sobre el término "secularización de religiosos", vid. *Diccionario de Derecho canónico*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 567-568.

[28] LOMBARDIA, P., FORNES, J.: "El Derecho Eclesiástico", en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, 1996, pág. 27; BERNÁRDEZ CANTÓN, A.: "Problemas generales del Derecho eclesiástico del Estado", en *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1972, pág. 22.

[29] DE LUCA, L.: op. cit., p. 4. En el Código de Derecho Canónico de 1983 se sigue utilizando el término "Derecho eclesiástico" en los cánones 1078, 1079 y 1156.

La formación de un Derecho secular encuentra sus fundamentos iniciales en el Derecho romano (con la incorporación de sus conceptos y principios[30]) y en la autoridad regia[31]. Este proceso formativo no fue brusco[32] y estuvo impregnado de aportaciones doctrinales que situaron el Derecho de la Iglesia católica como superior al Derecho regio o viceversa[33]. La recepción del aristotelismo supondrá que quede abierto el camino para la idea de una organización política y un Derecho al margen y distinto de la Iglesia católica[34]. Sin embargo, este período histórico está presido por el *Ius comune*, que es entendido como el conjunto de legislación romana (Derecho justinianeo, feudal e imperial) y la legislación canónica; es decir, estaba constituido por dos sistemas: el *Corpus Iuris Civilis* (Institutiones, Digestum, Codex Iustiniani,

---

[30] LLAMAZARES, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.,* op. cit., págs. 64 y ss.; KANTOROWICZ, E. H.: *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Alianza editorial, Madrid, 1985, págs. 97-98; 120 y 129.

[31] KANTOROWICZ, E. H.: op. cit., págs. 142 y 187.

[32] Ibídem, pág. 99.

[33] Se pueden citar, por ejemplo, el *Liber augustalis* del rey Federico II (sobre la política eclesiástica de Federico II, vid. BORDONALI, S.: "Note sulla politica ecclesiastica di Federico II", *Il diritto ecclesiastico*, I, 1995, pp. 863-882); JONAS DE ORLEANS; BRACTON; JUAN DE SALISBURY; HUGOCCIO DE PISA; ANÓNIMO NORMANDO; JUAN DE PARÍS; GUILLERMO DE OCKHAM, WICLIFFE, HUSS; etc. Aunque todos estos teóricos y otros muchos tienen matices en sus aportaciones las posturas más extremas las podríamos situar, por una parte, EGIDIO ROMANO (s. XIII) que en su obra *De ecclesiastica potestate* expresaba que no solamente *el papa estaba investido de todos los poderes, sino que fuera de la Iglesia no existe Derecho alguno.* Y, por otra parte, MARSILIO DE PADUA, que GARCÍA PELAYO considera "el primer pensador rigurosamente laico" (vid., *El Reino de Dios*, op. cit., pág. 903 y en "Sobre la sacralización del Estado", en *Obras Completas*, pág. 2988), en su obra *Defensor Pacis* (1324), cuestiona la existencia de poder espiritual (vid. LOMBARDIA, P., FORNES, J.: "El Derecho Eclesiástico", en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, 1996, pág. 43), por lo tanto, el poder político es independiente de la Iglesia cristiana y ésta es una parte (un departamento más) de la comunidad política (GARCÍA PELAYO, M.: *El Reino de Dios*, op. cit., pág. 903).

Esta situación de enfrentamiento entre los poderes político y religioso tuvo un claro reflejo en el ámbito jurídico. Siguiendo al profesor LLAMAZARES, el Derecho canónico y el Derecho romano imperial eran subsidiarios el uno del otro en los territorios en que no funcionaban como ordenamiento principal, pero la validez del Derecho romano-imperial como subsidiario del Derecho canónico estaba condicionada a su no contradicción con él; (vid. *Derecho de la libertad de conciencia. I* ..., op. cit., págs. 64-66). Los glosadores sostenían que cuando existiese contradicciones entre el Derecho canónico y el Derecho civil "*debet servare canon et non ius civile*". Sin embargo, BARTOLO DE SASSOFERRATO determinó que esta regla no se debía aplicar con carácter general sino sólo en función de una división de materias. Las materias espirituales se regirán por el Derecho canónico y en las materias temporales se aplicará también el Derecho canónico en los territorios del Imperio y del Pontífice o en materias que puedan inducir a pecado, en el resto de materias temporales se aplicará el Derecho civil.

[34] GARCÍA PELAYO, M.: *El Reino de Dios,* op. cit., págs. 812 y 897; VILLAPALOS SALAS, G. y SAN MIGUEL PÉREZ, E.: *Lecciones de Historia del Derecho español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014, págs. 122 y 123.

Novellae de Justiniano y Authenticum o Autenticae) y el *Corpus Iuris Canonici*, promulgado en 1580 por Gregorio XIII (Decretum Gratiani, Decretales de Gregorio IX o Liber Extra –1234—, Liber VI Decretalium Bonifacii VIII –1298—, Decretales Clementinae –1317—, Extravagantes Johannis XXII –1325— y Extravagantes communes –1500—) que tienen su fundamento en el Derecho divino[35].

Se produce, en definitiva, durante este período una auténtica espiritualización material y formal del Derecho positivo secular, por la continua influencia entre los ordenamientos estatal y confesional[36], que se ha venido a denominar "espiritualidad secular" o "*religio iuris*"[37].

Por último, los eclesiasticistas pueden reconocer como sus antepasados a los legistas de la Corte del rey francés Felipe IV, el Hermoso, que elaboraron los argumentos jurídicos (basándose en el Derecho romano) en el enfrentamiento contra el papa Bonifacio VIII, sobre la inmunidad de las propiedades de la Iglesia católica y su exención del pago de impuestos. Este hecho significó la última de las grandes querellas medievales entre el poder real y el Papado[38].

3. PRESUPUESTOS Y FACTORES DETERMINANTES DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO ECLESIÁSTICO HACIA SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL.

A) LOS FACTORES HISTÓRICO-POLÍTICOS.

A.1. EL ESTADO MODERNO COMO PRESUPUESTO.

Las conflictivas relaciones entre el Imperio y el Papado provocaron la formación del Estado Moderno[39], debido al debilitamiento tanto de una como otra institución y, al mismo tiempo, se irán conformando reinos independientes que tendrán cada vez más poder. Además, todos estos factores se irán interrelacionando mutuamente propiciando una nueva concepción del mundo

---

[35] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., pág. 81.

[36] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., págs. 74-75; 79-81.

[37] KANTOROWICZ, E. H.: op. cit., págs. 102; 106; 109; 123-126; 139; GARCÍA PELAYO, M.: *El Reino de Dios*, op. cit., págs. 899-900; 903. Según KANTOROWICZ, estas ideas serán precursoras de lo que posteriormente denominaremos Escuela Racionalista del Derecho Natural.

[38] LOMBARDIA, P.: "Il rapporto tra Diritto canonico e Diritto ecclesiastico", en *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 71; MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Religión, Derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999, págs. 13-14.

[39] GARCÍA PELAYO, M.: *El Reino de Dios*, op. cit., pág. 904.

que se concretó en el Humanismo[40]. Movimiento que se caracterizó por la afirmación de valores humanos con independencia de su fundamentación trascendente y que llevaba aparejado las premisas para poder entender de forma distinta el concepto de Derecho eclesiástico.

En resumen, siguiendo al profesor LOMBARDIA[41], el Estado Moderno fue el comienzo de la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico hacia su significación actual debido a que los reyes paulatinamente adquirieron mayor independencia en el ámbito político y en el religioso. En fin, sin la aparición del Estado Moderno no se podría entender dos fenómenos como la Reforma protestante y el Regalismo.

A.2. LA REFORMA PROTESTANTE.

La Reforma protestante significará el entender la Iglesia sólo en el plano espiritual alejada de las cuestiones temporales, como crítica a la intervención en los asuntos políticos por parte de la Iglesia católica[42]. La Reforma protestante provoca el surgimiento, bajo el principio "*cuius regio eius religio*", del fenómeno de las Iglesias Nacionales[43]. Este principio determinó la posibilidad de elegir religión; posibilidad sólo reservada al príncipe o rey que la imponía a sus súbditos. Dicha elección estaba restringida, en un primer momento, a dos religiones (luterana y católica –Paz de Augsburgo 1555[44]—) y posteriormente,

---

[40] AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F.: *Proyecto docente*, 1983, Texto mecanografiado, pág. 46.

[41] "La formación de la ciencia del Derecho Eclesiástico", en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1983, pág. 90.

[42] La iglesia es concebida como puramente espiritual (la comunidad de los creyentes en un mero fenómeno de conciencia) todo lo relativo a su exteriorización se considera competencia del príncipe, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho canónico fundamental*, op. cit., pág. 27.

En este sentido, LUTERO afirmó el principio de la necesidad de que la fe fuera absolutamente voluntaria: "Cuando la potestad secular se atreve a dar ley al alma interfiere en el régimen de Dios y sólo seduce y corrompe almas (...). El acto de fe es libre y nadie puede ser obligado a creer*" (De la autoridad secular y en qué medida se le debe obediencia* (1532)). Posteriormente, LUTERO proclama la intolerancia ante las revueltas de los campesinos. Por último, LUTERO escribía en una carta escrita en 1518: "La Iglesia no puede ser reformada si no nos deshacemos del Derecho canónico, de las Decretales y de la teología escolástica".

[43] El profesor SOUTO PAZ señala como antecedente de la formación de las Iglesias Nacionales la creación y fomento de los santos patrones durante la Edad Media, vid. "La idea medieval de nación", op. cit., págs. 136-138.

[44] El texto de la Paz de Augsburgo se puede consultar en alemán en el siguiente link: http://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=739&url_tabelle=tab_quelle.

El morisco Ricote, en el capítulo LIV de la Segunda Parte del *Ilustre Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, de Miguel de CERVANTES SAAVEDRA, relata lo siguiente, después de su destierro de España: "Pasé a Italia y llegué a Alemania, y allí me pareció que se podía

se ampliará a una tercera (calvinista –Paz de Westfalia 1648[45]—). Esta doctrina de la Reforma protestante supondrá lógicamente la intervención de los reyes y príncipes en asuntos eclesiásticos incluso en materias que afectan a la organización y autonomía interna de las confesiones como preceptos litúrgicos, de ahí que la iglesia quede convertida en una dependencia política del Estado[46]. En este sentido, se ha señalado que la decisión parlamentaria de Speyer (1526), donde se proscriben el luteranismo pudiera ser el momento histórico en que nació la concepción actual del Derecho eclesiástico del Estado, lógicamente, no entendida como "*legislatio libertatis*"[47].

En este período histórico se reconoce la libertad religiosa en algunas partes de Europa. Dichos reconocimientos son la excepción dentro del continente europeo y, en todo caso, su vigencia es efímera. En Polonia, por ejemplo, en 1573, la Confederación de Varsovia, proclamó la paz religiosa y la libertad absoluta de conciencia[48]. La Paz de Viena de 1606 garantizó la independencia de Transilvania y concedió la libertad religiosa a los protestantes,

---

vivir con más libertad, porque sus habitadores no miran en muchas delicadezas, cada uno vive como quiere, porque en la mayor parte della se vive con *libertad de conciencia*". Sobre esta cuestión, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Cervantes y la libertad de conciencia", en *Laicidad y Libertades*, nº 17, 2017, páginas 211-234. En relación con la literatura se ha señalado: "Los textos literarios actúan como "fermentos", son la materia con que el Derecho y los juristas de la sociedad abierta pueden lograr a corto, medio y largo plazo gran cantidad de estímulos y de material, así como valores orientativos", vid. HÄBERLE, P.: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 58.

[45] Con otros significados la palabra secularización (*séculariser*) había sido usada por el delegado francés LONGUEVILLE, en la paz de Westfalia, en concreto, en Münster, el 8 de mayo de 1646, con el significado de señalar el paso de propiedades religiosas a manos seculares; es decir, la expropiación –desamortización— de los bienes eclesiásticos en favor de los príncipes o de las Iglesias nacionales reformadas (cfr. MEIREN, J. G. von: *Acta Pacis Westphaliensis publica oder Westphäl. Friendens-Handlugen und Geschichte*, Tomo II, Hannover, 1734, S. 637, citado por MARRAMAO, G.: *Poder y secularización*, op. cit., pág. 23 y del mismo autor: *Cielo y tierra*, op. cit., págs. 18-19).

[46] ALVÁREZ-CAPEROCHIPI, J. A.: *Reforma protestante y Estado moderno*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 89-90; ROCA, Mª J.: "Origen de la competencia del poder civil sobre las Iglesias en las doctrinas protestantes", en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel, nº 1, enero, 2003. Según J. BENEYTO: "La Iglesia se convierte en un organismo dependiente e incluso vasallo del Estado, único detentador de la autoridad"; (vid. *Historia de las doctrinas políticas*, M. Aguilar editor, Madrid, 1948, pág. 216).

[47] ZABALZA BAS, I.: *Las confesiones religiosas en el Derecho eclesiástico alemán*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 6. Sobre la Paz de Augsburgo y Westfalia, en esta misma obra, págs. 6-9. Y, ROCA, Mª J.: "Aproximación al concepto de tolerancia en las fuentes jurídicas seculares de los territorios centroeuropeos durante la época de la Reforma: consecuencias para la interpretación actual del término", en *Foro. Revista de ciencias Sociales y Jurídicas*, 4, 2006, 49-83 y en *Anuario de Historia del Derecho*, núm. 77, 2007, pp. 587-614.

[48] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., pág. 106.

que ya había sido instaurada en 1552 (Edicto de Torda)[49]. Y, el denominado sistema de los "*millet*" del imperio otomano, que se ha considerado el precedente más importante en el reconocimiento de los derechos de las *minorías*. Este sistema permitía el autogobierno de cada una de las religiones que formaban parte de dicho imperio de religión musulmana. También se permitía practicar libremente las religiones cristianas y judía dentro de esos territorios; sin embargo, en la realidad, dicho sistema respondía más a "una federación de teocracias"[50].

Todo esto provocará una nueva concepción del Derecho Eclesiástico (*Kirchenrecht*) que supondrá la pluralidad de Derechos religiosos (Derecho interno confesional) al que habrá que añadir, con posterioridad, el Derecho estatal sobre cuestiones religiosas (materia religiosa que afectará a las confesiones asentadas en ese territorio) y, se entenderán los Derechos confesionales como derivados del Derecho estatal. Con otras palabras, "en aquellos países en los que triunfa la religión protestante, el Estado asume la competencia para regular los asuntos eclesiásticos, regulando la propia organización y disciplina interna de las confesiones. Nace así una nueva rama del Derecho estatal: el Derecho Eclesiástico del Estado. A diferencia del Derecho canónico, que regula los asuntos eclesiásticos desde el poder de la Iglesia, el Derecho eclesiástico regula las mismas cuestiones que afectan a las confesiones religiosas, pero desde el poder del Estado"[51]. Como consecuencia de todo esto y de la configuración de las iglesias como corporaciones de Derecho Público, el Derecho Eclesiástico es una parte del Derecho estatal, precisamente del Derecho Público y, con preferencia, estudiado por el Derecho Administrativo[52]. Así se distinguirá entre Derecho canónico que será el Derecho de la Iglesia católica anterior a la Reforma protestante[53] y Derecho

---

[49] MARCOS, J. de: "El edicto de Torda: un primer experimento en tolerancia religiosa en la Europa moderna", http://jdemarcos.tripod.com/estrel/docs/EL%20EDICTO%20DE%20TORDA.pdf.

[50] Cfr. KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural. Una teoría de los derechos de las minorías*, Paidos, Barcelona, 1996, págs. 215-217.

[51] SOUTO PAZ, J. A.: *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 32. Se ha escrito: "La legislación producida por el Príncipe era de naturaleza eclesiástica, pero no era canónica, como es obvio, dada la distinta autoridad que la creaba. Estas nuevas disposiciones dictadas por los Príncipes en orden a regular el fenómeno religioso fueron el origen del Derecho Eclesiástico, *que nace en contraposición al Derecho canónico*", vid. OLMOS, Mª E.: "Estado actual de la ciencia del Derecho Eclesiástico Español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. III, 1987, pág. 202.

[52] GARCÍA HERVÁS, D.: "El Derecho eclesiástico", op. cit., pág. 59.

[53] DE LUCA, L.: op. cit., p. 9. Otros, en cambio, lo sitúan en concreto en el *Corpus Iuris Canonici* lo que supondrán equiparar dicho *Corpus* a Derecho canónico, vid. CATALANO, G.: *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, Parte Prima, Giuffrè, Milano, 1989, p. 4.

Eclesiástico católico a las normas posteriores elaborada por la Iglesia católica[54]. El Derecho de la Iglesia católica viene a ser concebido como subespecie del Derecho eclesiástico y no van a coincidir más con el Derecho canónico[55].

La Reforma protestante da un paso más en la consolidación del Derecho secular al identificar la voluntad del soberano (el príncipe) con la ley, lo que desembocara en el absolutismo. Y, para ello, el príncipe se basa en un nuevo concepto de iglesia y en el principio de libertad de interpretación, ideas aportadas por la Reforma protestante[56].

- **A.3. EL REGALISMO.**

Las doctrinas regalistas[57] (denominada "herejía administrativa"[58]) implicaron la intervención de los reyes en los asuntos eclesiásticos a través de los denominados "*iura maiestatica circa sacra*" que fueron configurando las peculiaridades de las distintas Iglesias nacionales[59] en función de los privilegios que conseguían arrancar al papa y, a su vez, se va construyendo el Derecho nacional sobre materia religiosa a través de la doctrina del jurisdiccionalismo

---

[54] El primer autor que elabora tal distinción científicamente es B. CARPZOV en su obra: *Jurisprudentia ecclesiastica seu consistorialis*, Hanoviae (typis Joannis Aubry), 1652, citado por DE LUCA, L.: op. cit., p. 9 nota nº 6. También, es el criterio, seguido por RICHTER, vid. MALDONADO, J.: *Curso de Derecho canónico para juristas civiles. Parte general*, Madrid, 1967, pág. 192.

Se reserva la expresión Derecho Canónico (*Kanonisches Recht*) para referirse al Derecho contenido en el *Corpus Iuris Canonici*, mientras Derecho eclesiástico (*Kirchenrecht*) para designar todo el Derecho propio de la Iglesia fundada por Cristo, vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. Mª: "El Derecho eclesiástico: Denominación, origen, evolución y materias que abarca", en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 149; del mismo autor: *Derecho Eclesiástico español,* 4ª ed., Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1997, pág. 55 y DE LUCA, L.: op. cit., p. 28.

[55] DE LUCA, L.: op. cit., p. 9-10.

[56] ALVÁREZ CAPEROCHIPI, J. A.: op. cit., pág. 85.

[57] Sobre el regalismo, vid. CUENCA TORIBIO, J. M.: "Regalismo", en *Gran Enciclopedia RIALP*, vol. 19, 1974, págs. 814 y ss.; PERLADO, P. A.: "Aspectos jurídicos. Regalismo", en *Gran Enciclopedia RIALP*, vol. 19, op. cit., págs. 816-818; DE LA HERA, A.: *El regalismo borbónico*, RIALP, 1963.

[58] La expresión "herejía administrativa" aplicada al regalismo fue utilizada por MENÉNDEZ PELAYO en su obra *Historia de los heterodoxos españoles*, B.A.C., Madrid, 1956, Tomo II, pág. 395.

[59] DE LUCA, L.: op. cit., p. 5; IBAN PÉREZ, I. C.: *Derecho canónico y ciencia jurídica*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C.M., Madrid, 1984, págs. 11-112; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, *I.*, op. cit., pág. 65.

territorial; es decir, en el reino sólo puede haber un poder supremo que es el rey[60].

Tanto Roberto BERLARMINO en su *Tractatus* (1610) como Francisco SUÁREZ en su *De legibus* (1612) distinguían entre dos poderes soberanos e independientes: la Iglesia católica y el Estado (dualismo), pero además reelaboran la doctrina de la potestad indirecta de la Iglesia en cuestiones temporales[61]. El Derecho Eclesiástico sería el reverso: potestad indirecta del Estado en los asuntos eclesiásticos o materias espirituales.

El jurisdiccionalismo territorial provocará, en Francia, la configuración de la "Iglesia galicana"[62]. El galicanismo implicó que el poder temporal asumiera la responsabilidad del poder espiritual, confirmándose con el Concordato de 1516 y teniendo su culminación en la Declaración del clero de 1682, durante el reinado de Luis XIV[63]. Esta intervención real en materia religiosa dio lugar, en Francia, a una ciencia jurídica nueva, el "*Droit civil ecclésiastique*", entendido como la legislación y la jurisprudencia estatal en materia eclesiástica[64]. Sin embargo, la doctrina canonista católica seguían utilizando las expresiones "Derecho eclesiástico" y "Derecho canónico" de forma idéntica o como sinónimos[65]. Por otra parte, la configuración de esta materia directamente relacionada con la actividad de policía implicará que sea denominada como "policía de cultos o eclesiástica"[66]. En Francia, es muy significativa esta

---

[60] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., págs. 88-89.

[61] LOMBARDIA, P.; FORNES, J.: "El Derecho eclesiástico", op. cit., EUNSA, 1996, pág. 55.

[62] LANGERON, D. : *Liberté de conscience des agents public et laïcité*, Economica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1986, p. 37-39.

[63] BARBIER, M. : *La laïcité*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 20 ; BOYER, A. : *Le droit des religions en France*, P.U.F., Paris, 1993, p. 27. Sobre esta materia, vid. AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F.; RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Algunos elementos de formación del Estado laico francés como reacción defensiva contra la Iglesia católica" en *Miedo y religión*, coord. por F. DÍEZ DE VELASCO ABELLÁN, Ediciones del Orto, 2002, págs. 51-61.

[64] DE LUCA, L.: op. cit., p. 6. Francis MESSNER cita la obra de Louis de HÉRICOURT: *Les Lois ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel et une analyse de droit canonique conférés avec les usages de l'Église gallicane*, Paris, ed. David, 1756 (vid. "Du Droit Ecclésiastique au Droit des religions: évolution d'une terminologie", en *Revue de Droit Canonique*, nº 47/1, 1997, pp. 144-145). Este mismo autor detalla en este artículo que podría ser discutible la aparición del término "Droit civil ecclésiastique", en Francia, como consecuencia del Regalismo; ya que sitúa la utilización de esta terminología en el siglo XIX (vid. pp. 149-150).

[65] DE LUCA, L.: op. cit., p. 9. MONTESQUIEU señalaba, en el año 1748: "El hombre se gobierna por diversas clases: por el Derecho natural; por el Derecho divino, que es de la religión, *por el Derecho eclesiástico, llamado también canónico*, que es el que regula la religión", en la obra *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 322.

[66] DE LUCA, L.: op. cit., p. 52-54 y 118. Se ha señalado que durante el siglo XVII algunos escritores protestantes y unos pocos de tendencia jurisdiccionalista usaron para designar el

intervención estatal, a través de la técnica administrativa de policía, a partir de Napoleón. No obstante, algún autor como GOTTLOBS DE JUSTI entendía que "los sentimientos interiores no tienen nada en común con el objeto que se propone la república y, por tanto, no interesan al soberano, sí se debía impedir que (las personas) se sirvan del manto de la religión para turbar el Estado y regular todo lo concerniente al culto exterior con relación a este objeto", lo que, aparte de ciertas medidas como la censura, impedir las disputas de los clérigos, etc., llega hasta regular los días de fiesta ya que "influyen mucho sobre el orden económico"[67].

Toda esta doctrina francesa de los siglos XVII y XVIII ejercerá un especial influjo sobre la doctrina alemana, de la que después se nutrirá la Escuela italiana de Derecho eclesiástico[68].

Tanto la Reforma protestante como el Regalismo supusieron la independencia del poder político del religioso y de ahí que sea en este momento histórico concreto cuando se inicie el proceso de *secularización* del poder político, aunque todavía se seguía concibiendo como sagrado o divido su origen y su fin[69].

---

complejo de normas jurídicas emanadas del Estado en materia eclesiástica el término "policía eclesiástica", vid. CIPROTTI, C.: *Diritto ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1964, p. 5. D'AVACK apunta que: "coll'espressione di "polizia ecclesiastica" dello Stato e quale una specifica branca del suo diritto pubblico quel complesso di norme e di atti, con i quali lo Stato provvederva a disciplinare il fenomeno sociale religioso nel suo ordinamento e a tutelare quindi la cosiddetta personalitá spirituale dei suoi sudditti", en *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 12. Esta concepción del Derecho eclesiástico como policía eclesiástica determinó que fuera una parte del contenido del Derecho Administrativo, vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 53.

[67] GOTTLOBS DE JUSTI, J.-H.: *Eléments généraux de Police*, Paris, 1769, pp. 179, 180 y 186; citado por GARCÍA PELAYO, M.: *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, en *Obras Completas*, op. cit., pág. 1219.

[68] CUBILLAS RECIO, L. M.: *Proyecto Docente e investigador*, 1999, texto mecanografiado, págs. 21-22.

[69] LLAMAZARES, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., pág. 88. M. GARCÍA PELAYO señala: "la Reforma, acontecimiento que obliga al poder político a decidir cuál entre las iglesias es la verdadera Iglesia, de modo que la vigencia de la religión católica romana o de las religiones reformadas dependerá de una decisión del poder político, lo que considera desde cierto punto de vista no dejaba de ser una profanación de lo sacro por lo profano (...) la decisión es política, pero la ideología que preside la decisión política no había entrado en el franco proceso de secularización", (vid. "Sobre la sacralización del Estado", op. cit., pág. 2989).

Los neologismos *séculariser* (1586) y *sécularisation* (1567) se referían al lento y tormentoso proceso de reafirmación de una jurisdicción secular; es decir, laica, estatal, sobre amplios sectores de la vida en común, hasta entonces, administrados por la Iglesia, vid. MARRAMAO, G.: *Cielo y tierra*, op. cit., pág. 22.

En definitiva, tanto el Regalismo como la Reforma protestante implican un cambio en el concepto de Derecho eclesiástico que supondrá un dualismo en la fuente (Iglesia y Estado) pero monista en cuanto a la materia –religiosa o eclesiástica—.

B) LOS FACTORES FILOSÓFICOS-JURÍDICOS.

La evolución del concepto de Derecho Eclesiástico va a encontrar su impulso decisivo en una serie de corrientes iusfilosóficas. Estas corrientes, lógicamente, se darán en un momento histórico concreto, siendo frutos de su tiempo; encuadrándose en un proceso de constante *secularización* del Derecho y contribuirán decisivamente a la superación de la concepción teocrática del Derecho.

B.1. LA ESCUELA RACIONALISTA DEL DERECHO NATURAL.

La Escuela Racionalista del Derecho Natural desarrolló hasta sus últimas consecuencias las tendencias secularizadoras del Renacimiento. El iusnaturalismo racionalista concibe el Derecho Natural como el Derecho de la razón universal[70]. La razón humana es la única fuente del Derecho natural[71] y será concebida autónomamente, lo que pondrá las bases para diferenciar la filosofía de la teología y la moralidad natural de la sobrenatural. La razón no se encontrará sometida a la revelación cristiana, sino que quedará sometida a la crítica de la razón[72]. El estudio del Derecho natural se concibe como una solución a las diferencias religiosas e, incluso de los diversos modos de vivir y se apela al Derecho Natural como un instrumento de superación de tales diferencias[73]. El Derecho se concebirá como inmutable y fijo, como algo absoluto y estático, prescindiendo de la Historia.

---

[70] DE LUCA, L.: op. cit., p. 12. Siguiendo a SPINOZA, "El Derecho Natural, en lo que respecta al género humano estaría determinado únicamente por el poder de la razón" (*Tratado teológico-político*, (1665, publicado en 1670), Alianza, Madrid, 1985, pág. 146).

[71] Cfr. DE LUCA, L.: op. cit., p. 11.

[72] Estaríamos haciendo referencia a la frase de HUGO GROCIO: "aun cuando Dios no existiera" ("etiamsi daremus, ... non esse Deum", cfr. *De iure belli ac pacis*)

Los canonistas católicos fueron contrarios a la Escuela racionalista del Derecho Natural, vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 14 nota nº 15. Y, no podemos olvidar a otra serie de autores encuadrados en la Escolástica. Entre ellos, Francisco SUÁREZ en su obra *De Legibus* (1612) distingue entre Derecho civil y Derecho eclesiástico o canónico y, Francisco de VITORIA señalaba que si el papa dijere que alguna ley civil o disposición administrativa temporal no es conveniente al gobierno de la república y mandase derogarla, pero si el rey sostuviese lo contrario, el Papa no ha de ser oído, porque este juicio no le compete a él, sino al príncipe; en cambio las materias espirituales si le corresponde al papa, siguiendo la doctrina de Bartolo de SASSOFERRATO.

[73] RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. L.: *Historia del Pensamiento jurídico. I.*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C.M., Madrid, 1988, págs. 106, 108 y 144.

Con este aparataje conceptual, surge la *Escuela de Derecho Eclesiástico de HALLE*[74]. Esta Escuela determina que los conceptos de "Derecho Eclesiástico" y de "Iglesia"[75] se deben deducir de esquemas abstractos elaborados apriorísticamente por la razón, pero no se debían deducir del Derecho positivo[76].

El Derecho Eclesiástico natural se concibe, para esta Escuela de HALLE, como un Derecho unitario, eterno, inmutable y divino (Dios es la propia razón legisladora de la que deriva la razón humana)[77]. Esta corriente iusfilosófica sostiene la aplicabilidad de un concepto unitario de Derecho Eclesiástico, incluso fuera de las iglesias cristianas y la subordinación del Derecho positivo al Derecho natural[78]. Este planteamiento supondrá calificar esta rama del Derecho como eclesiástica en razón de la materia desechando el origen de procedencia de las normas del Derecho positivo, que para esta Escuela, no es objeto de su consideración[79]. Esta conclusión llevará consigo la inclusión de las normas de las iglesias cristianas distintas de la católica dentro del concepto de Derecho Eclesiástico y, una posterior extensión incluirá también las normas de cualquier confesión religiosa incluso no cristiana; es decir, los Derechos confesionales[80]. En definitiva, siguiendo este argumento, nos encontraríamos ante una concepción dualista en cuanto a las fuentes y monista en cuanto al objeto, olvidando la distinción entre ordenamiento confesional y ordenamiento estatal; en resumen, en el Derecho eclesiástico se incluirán normas derivadas de las iglesias, del Estado y normas concordatarias.

PUFENDORF insiste ante todo en la universalidad del Derecho natural y como ésta no se puede basar en la fe religiosa que es diferente sino en la razón que es común a todos los hombres.

[74] Esta Escuela estaba formada por teólogos y juristas protestantes y fue fundada con la colaboración de PUFENDORF y se relacionada con THOMASIUS (cfr. DE LUCA, L.: op. cit., p. 15). Sobre los autores, directa o indirectamente, relacionados con esta Escuela, vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 16 nota nº 20. PUFENDORF calificaba a las iglesias como meras asociaciones dentro del Estado, sometidas a su ordenamiento en su obra *De habitudine Religionis Christianae ad vitam*, Bremen, 1687.

[75] El concepto de "Iglesia" no hace referencia a la Iglesia cristiana, no al menos a la Iglesia católica, es "toda sociedad que se reúne para un culto externo común", vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 16. "Una Iglesia es una sociedad voluntaria de hombres, unidad por acuerdo mutuo con el objeto de rendir culto públicamente a Dios de la manera que ellos juzgan aceptable a Él y eficaz para la salvación de sus almas. Digo que es una sociedad libre y voluntaria" (vid. LOCKE, J.: *Carta sobre la Tolerancia*, (1689), Tecnos, Madrid, 1991, pág. 13).

[76] DE LUCA, L.: op. cit., p. 16.

[77] Ibídem, p. 17.

[78] Ibídem, p. 18.

[79] LOMBARDIA, P.; FORNES, J.: op. cit., EUNSA, 1996, pág. 26.

[80] REINA, V. y A.: *Lecciones de Derecho eclesiástico español*, P.P.U., Barcelona, 1983, pág. 130 y ss.; DE LUCA, L.: op. cit., p. 21.

Sin embargo, no sólo la Escuela de Halle tendrá importancia en la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico dentro de la Escuela racionalista del Derecho Natural, sino que otros autores aportarán su visión sobre esta materia. En este sentido, recogemos las tesis que defendió Thomas HOBBES[81]. Este autor venía de definir el Derecho Eclesiástico como una ley civil o estatal que regula las facultades que tenían atribuidas el poder real en los asuntos religiosos[82]. Por lo tanto, parte de un modelo de Iglesia de Estado donde el poder estatal ostenta también el poder espiritual[83]. Estas ideas se

---

[81] Siguiendo a Mario TEDESCHI, el mérito de HOBBES se sitúa en haber anticipado la concepción laica del Estado, (vid. "Potestá civile e potestá ecclesiastica nel pensiero di Thomas Hobbes", en la obra colectiva *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardia*, op. cit., págs. 1178 y 1181).

[82] En concreto, expresa las siguientes ideas en su obra *Elementos de Derecho Natural y Político* (1640), [C.E.C., Madrid, 1979]: "La ley civil incluye la eclesiástica como parte suya, procedente del poder del gobierno eclesiástico, dado por nuestro Salvador a todos los soberanos cristianos, como sus vicarios inmediatos" (pág. 367); y, antes había señalado: "En ningún caso puede estar sometido el poder soberano de una comunidad a ninguna autoridad eclesiástica, aparte del propio Cristo (...), no constituye causa justa para que cualquiera niegue su obediencia al Estado soberano el pretexto de que Cristo ha instituido un Estado eclesiástico por encima de él" (pág. 337); y, por último: "En cuanto a la primera división de la ley en divina, natural y civil, las dos primera ramas constituyen una sola e idéntica ley. Pues la ley natural, que es también la ley moral, es la ley de autor de la naturaleza, o sea, Dios Todopoderoso, y la ley de Dios, enseñada por Cristo, nuestro Salvador, es la ley moral (...) y aunque la doctrina de nuestro Salvador se componga de tres parte (moral, teológica y *eclesiástica*), sólo primera parte, que es la moral, posee la naturaleza de una ley universal, *la última parte constituye una rama del Derecho civil*; la teológica que contiene esos artículos referentes a la divinidad y al reino de nuestro Salvador sin los cuales no existe salvación no se expone con carácter de ley, sino de consejo y guía, para evitar el castigo a que están sometidos los hombres que violan la ley moral" (págs. 365-366 y vid., 364-367).

En otra obra, dice lo siguiente: "En cambio en el Estado, únicamente él, (...) es el legislador y las leyes del Estado son las leyes civiles. Las leyes civiles se pueden dividir según la diversidad de su materia en sagradas y seculares. Sagradas son las que se refieren a la religión (esto es, a las ceremonias y al culto de Dios, qué personas, cosas, lugares han de consagrarse y con qué rito, qué opiniones se han de enseñar acerca de la divinidad, con qué palabras y ritos se han de hacer las súplicas, etc.); y no se definen por ninguna ley divina positiva. Porque las *leyes civiles sagradas* son humanas, también llamadas *eclesiásticas*, acerca de las cosas sagradas; pero las seculares se suelen llamar por el nombre general de civiles" (*El ciudadano* (1646), (Editado por Debate CSIC, Madrid, 1993, pág. 125); y prosigue: "De este modelo, en los Estados cristianos, el juicio de las cosas espirituales como de las temporales corresponde a la autoridad civil. Y el hombre o asamblea que detente el poder supremo es la cabeza tanto del Estado como de la Iglesia, ya que Iglesia y Estado cristiano son una misma cosa" (*El ciudadano,* op. cit., pág. 189).

[83] Por otra parte, en el motivo de la "secularización del individuo religioso", que llega a ser, especialmente a partir de la revolución inglesa, el presupuesto de la "secularización del Estado" que E. TROELTSCH define como "el hecho más importante del mundo moderno", en "Protestantisches Christentum und Kirchen in der Neuzeit", en *Die Kultur der*

repetirán en otros autores como SPINOZA[84], aunque este último dará mayor relevancia a la libertad religiosa que HOBBES.

Siguiendo a J. HABERMAS[85], se puede concluir que "tras hundirse el baldaquino del Derecho natural cristiano, quedaron como ruinas las columnas que eran una política interpretada en términos naturalistas, por un lado, y un derecho sustentado por el poder de decisión política, por otra. KANT reconstruyó el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el derecho natural racional, fundamentado ahora en términos de autonomía, fue el encargado de ocupar el puesto vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico".

Por otra parte, la Escuela Racionalista como consecuencia de la concepción que formulan sobre la razón humana va a reconocer el principio de **libertad religiosa**[86]. Este derecho será concebido como un derecho individual, innato e inviolable[87]. Esta concepción iusnaturalista de los derechos humanos,

---

Gegenwart. Ihre Entwicklung und ihre Ziele, comp. por Paul HINNEBERG, I, Berlin-Leipzig, 1909, p. 593 y 624; citado por MARRAMAO, G.: *Cielo y tierra*, op. cit., pág. 65.

Sobre las consecuencias de la Revolución inglesa de la Gloriosa (1641-1649) en el siglo XVIII, vid. CELADOR ANGÓN, O.: *Religión y Política en el Reino Unido en el siglo XVIII*, Dykinson, Madrid, 1999.

[84] Reproducimos los siguientes textos de SPINOZA: "Cuán peligroso sea para la religión y la república conceder a los ministros de culto derecho de decretar alguna cosa o tratar los negocios del gobierno" (*Tratado teológico-político* (1670), op. cit., pág. 103); "Cuando he dicho antes que sólo el soberano tiene derecho sobre todas las cosas y de su voluntad depende el derecho de todos, no quise referirme solamente al Derecho civil, sino también al Derecho sagrado, pues deben ser además intérpretes y guardadores de éste" (*Tratado teológico-político*, pág. 108 y 118).

Las ideas básicas del *Tratado Teológico-político* de SPINOZA son: la competencia del Estado en cuestiones religiosas y el reconocimiento de la libertad religiosa. Estas ideas tienen como presupuesto una concepción democrática del Estado y que éste surge a través del pacto social. El Estado representa el poder absoluto y por eso todas las materias son de su competencia. El culto interno escapa al control del Estado, en cambio el culto externo si es de su competencia y que este culto externo cualquiera que sea su expresión es compatible con cualquier forma de Estado siempre dentro de unos límites razonables; (cfr. TIERNO GALVAN, E.: "Introducción al Tratado teológico-político", op. cit., págs. XV-XVII).

[85] Vid. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., pág. 580.

[86] Sobre la historia de la libertad religiosa, entre otras obras, vid. SOUTO PAZ, J. A.: *Comunidad política y libertad de creencias*, op. cit., págs. 141-161; CELADOR ANGÓN, O.: "Libertad religiosa y revoluciones ilustradas", en *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Vol. 2, Tomo 2, 1998, págs. 43-126.

[87] Cfr. DE LUCA, L.: op. cit., p. 21. El profesor SOUTO, ha señalado, que es en este momento histórico, cuando la libertad de creencias, se convierte en la primera libertad especializada, y siguiendo a JELLINEK confirma que: "La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo no es de origen político, sino

religioso" (vid. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*, Madrid, 1908, pág. 169, citado en *Comunidad política y libertad de creencias*, op. cit., pág. 28).

Dentro de los autores que han reconocido la libertad religiosa podemos citar:

-- Tomás MORO, en su obra *Utopía* (1516), mantenía como principio para ese país que nadie sería obligado ni coaccionado a aceptar y a practicar una religión determinada (Alianza, Madrid, Serv., págs. 184-185). Sin embargo, realiza una valoración positiva de lo religioso, lo importante es creer, ya que la fe es una parte de la dignidad humana y no se puede renunciar a tal dignidad. Considera a los ateos sujetos peligrosos incluso en Utopía (vid. op. cit., pág. 186).

-- Juan BODINO, que apuntaba que las materias de religión debían ser excluidas de la organización del Estado y que la soberanía tenía como fin mantener la libertad de cultos. También señalaba que sólo el poder soberano del Estado puede, a través del Derecho, crear un orden que garantice la paz religiosa y, en general, la paz social lo que supone el establecimiento del principio de neutralidad en materia religiosa.

-- MILTON en su obra *Areopagitica* (1644) señala que la libertad de pensamiento y de religión van a surgir del principio de separación entre el Estado y la Iglesia ya que ninguno de los dos poderes tiene derecho a intervenir en la elección de nuestras opiniones y creencias, pues dicha intervención supondría la destrucción de la dignidad humana. Estas ideas las vuelve a reiterar en la obra *A treatise of civil Power in Ecclesiastical causes*, de 1659.

-- Pierre BAYLE en su obra *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ* de 1686 expresaba que la coacción en la esfera religiosa era inmoral y suponía un atentado a la dignidad humana.

-- HOBBES en la obra *Elementos de Derecho Natural y Político*, (1640) expresa: "Ninguna ley humana pretenda obligar la conciencia del hombre, sino sólo las acciones" (pág. 309).

-- SPINOZA, (1670): "El fin del Estado es, pues, verdaderamente la libertad" ("Finis ergo reipublicae vera libertas est") (*Tratado teológico-político*, op. cit., pág. 125).

-- LEIBNIZ, en su obra *Escritos Políticos*, recoge una solución ecuménica que pasa por la reunificación de las iglesias dejando al lado las vías de la tolerancia y la paz civil.

-- LOCKE, en su *Carta sobre la Tolerancia* (1689), escribía: "Toda jurisdicción del magistrado se extiende únicamente a estos intereses civiles", "Porque el cuidado de las almas no está encomendado al magistrado civil ni a ningún otro hombre" (pág. 9) y éste no tiene derecho a imponer la religión que se debe profesar (págs. 10-11). Además, afirmaba que "el poder del magistrado civil no se extiende al establecimiento de artículos de fe o de formas de culto por la fuerza de sus leyes" (pág. 11) y, "Todo el poder del gobierno civil se refiere solamente a los intereses civiles de los hombres" (pág. 12). Las Iglesias no tienen jurisdicción alguna en los asuntos mundanos (pág. 21); la Iglesia en sí es una cosa absolutamente distinta y separada del Estado (pág. 23), son absolutamente distintas (pág. 65) y deben estar sometidas al Derecho común (págs. 62-64).

-- THOMASISUS (1714) la competencia estatal se reserva a la seguridad pública que no a ser alterada ni por las diferentes creencias religiosas ni siquiera por su proselitismo o difusión pública.

-- MONTESQUIEU, (1748) la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permitan.

-- ROUSSEAU, en el *Contrato social* (1762): "Todos pueden tener además de las opiniones que les plazcan, sin que corresponda al soberano conocerlas: porque no tiene ninguna competencia en el otro mundo" (*Contrato social*, Alianza editorial, 1982, pág. 139) y "La obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad".

-- VOLTAIRE, es su *Tratado de la Tolerancia* (1763), expone que el gobierno no debe estar al servicio de la Iglesia y además reitera el reconocimiento de la libertad de pensamiento y el valor de la secularización de la sociedad.

es un factor determinante en la racionalización del Derecho, según Max WEBER[88]. La libertad religiosa nos lleva a respetar toda creencia honesta y a respetar a la persona individual y a sus opiniones, lo que conduce, según KANT, al reconocimiento de la dignidad del ser humano.

La libertad religiosa sólo fue proclamada una vez que la sociedad política fue concebida como una comunidad distinta y separada de la comunidad religiosa y su explicación podría encontrarse en la idea del contrato social como criterio que permite esclarecer el origen de la sociedad[89]. Todas las aportaciones de esta corriente iusfilósofica influirá en la *Ilustración*[90] que a su vez será uno de los motivos que conducirán a las revoluciones americana y francesa; es decir, esta escuela proporciona el fundamento teórico al pensamiento revolucionario del siglo XVIII. En palabras de Max WEBER: "El Derecho Natural es, por ello, la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado"[91].

La ***ILUSTRACIÓN*** aportará las ideas de que el Estado no puede intervenir en materia de fe y que no puede actuar como brazo secular al servicio

---

-- Cesare BECCARIA, establece su convicción de que el delito y el pecado deben separarse, que la justicia es un asunto humano y el daño del delito se debe medir por el daño causado a la sociedad y no por razones religiosas o teológica externas, con lo que se profundiza en la secularización del Derecho penal. Expresaba que: "Los negocios del cielo se rigen por leyes bien diferentes de los que gobiernan los negocios humanos" (Capítulo 18) y, "Hablo sólo de los delitos que provienen de la naturaleza humana y del pacto social, no de los pecados, cuyas penas, aun las temporales, deben arreglarse con otros principios que los de una filosofía limitada" (Capítulo 39) en su obra *De los delitos y de las penas* (1764).

-- Benjamin CONSTANT, defiende la libertad de cultos, el pluralismo religioso y la separación entre el Estado y las confesiones, en su obra *Principios de Política* (1815).

-- Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, considera que "la libertad religiosa consiste en que no me sean impuestas representaciones religiosas, acciones religiosas, es decir, en ella sólo hay aquellas determinaciones que reconozco como mías, que hago mías. Una religión que me sea impuesta o respecto a la cual no me comporto como un ser libre, no es la mía, sino que permanece siempre como ajena para mí", en *Doctrina del Derecho, los deberes y la religión para el curso elemental.* En la obra *Filosofía del Derecho*, escribe: "Para que (...) el Estado cobre existencia como la realidad moral del espíritu que se sabe a sí misma, es necesario que se distinga de la forma de la autoridad y de la fe; y esta distinción sólo se manifiesta en la medida en que el lado eclesiástico llega a separarse en sí mismo; sólo así, sobre las iglesias especiales, adquiere y hace realidad el Estado la generalidad del pensamiento el principio de su forma".

[88] FARIÑAS DULCE, Mª J.: op. cit., pág. 338.

[89] BRAVO GALA, P.: "Introducción" de la *Carta de la Tolerancia* de J. LOCKE, op. cit., pág. XXV.

[90] "La Ilustración es la salida del hombre de su culpable minoría de edad", así respondía Immanuel KANT a la pregunta ¿Qué es la Ilustración? Vid. SOUTO PAZ, J. A.; SOUTO GALVÁN, C.: *El derecho de libertad de creencias*, Marcial Pons, 2011, págs. 19-21.

[91] Vid. *Rechtssociologie*, op. cit., pág. 265 (traducción española, p. 640), citado por FARIÑAS DULCE, Mª J.: op. cit., pág. 340.

de las iglesias[92]. La Ilustración supondrá la concepción de la autonomía e independencia de la verdad, del poder político y del Derecho de la fe religiosa[93], lo que tendrá enormes efectos en el futuro desenvolvimiento de los acontecimientos históricos que influirán decisivamente en el concepto del Derecho Eclesiástico. El Derecho se seculariza, ya que no encuentra su fundamento en el Derecho divino, sino en la voluntad popular, idea aportada por las teorías del contrato social[94]. La idea de que el Derecho surge y tiene su fundamento en la voluntad popular enraíza con el sistema democrático donde es esencial para su conformación el reconocimiento de la libertad ideológica. Asimismo, la religión se considera una cuestión de Estado y, en consecuencia, la tolerancia[95] y la libertad religiosa serán los principios informadores de la materia eclesiástica[96].

Un paso decisivo en la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico en función del criterio de la materia son las revoluciones americana[97] y

---

[92] PRIETO SANCHIS, L.: "Historia de las doctrinas acerca de las relaciones Estado-Iglesia", en *Derecho Eclesiástico*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 19.

[93] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.,* op. cit., págs. 111 y ss.. El proceso de *secularización* de la libertad de conciencia; es decir, la ampliación de la libertad religiosa a la libertad de pensamiento de cualquier opinión se encuentra en SPINOZA, principalmente en el *Tratado Teológico-político* de 1670; vid. BRAVO GALA, P.: "Introducción" a la *Carta sobre la Tolerancia*, op. cit., pág. XXIX. "Será, pues un gobierno violentísimo aquél en que se niegue a cada uno la libertad de decir y de enseñar lo que se piensa, y será, por el contrario, un gobierno templado aquel en que se conceda esta libertad a cada uno", pág. 124, *Tratado teológico-político*. A estas libertades, SPINOZA las denomina libertad de pensamiento (pág. 126), y son necesarias para promover las ciencias y las artes (pág. 128).

[94] Algún autor (ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A.: op. cit., pág. 143) ha señalado que las teorías de ROUSSEAU son una adaptación secular de las tendencias congregacionalista del republicanismo calvinista.

[95] Sobre el concepto de tolerancia y su formación, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Formación del concepto de tolerancia (siglos XVI-XVII)", en *Laicidad y Libertades*, nº 15, 2015, págs. 141-188.

[96] SATORRÁS FIORETTI, R. Mª: "Religión y poder político", con la colaboración del profesor I. ZABALZA BAS, en SATORRÁS FIORETTI, R. Mª: *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 32.

[97] La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) dispone: "La religión ... sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia ... todos los hombres tienen igual derechos al ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de la conciencia". Vid. SOUTO PAZ, J. A.; SOUTO GALVÁN, C.: *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., págs. 24-30. Sobre el modelo estadounidense, vid. CELADOR ANGÓN, O.: *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson, Madrid, 1998.

francesa[98], fundamentalmente esta última[99]. Ya que a ellas se deben la formulación de situar los derechos y libertades fundamentales en el centro del sistema político y, también, van a situar a la religión en la esfera privada del individuo reduciendo esta materia al Derecho común: libertad de pensamiento en general; y, por otra parte, las confesiones religiosas serán consideradas como una asociación más[100]. Este proceso supone también la *secularización* de la libertad de conciencia (de pensamiento[101], de creencias[102]) ya que se amplía la protección de la libertad religiosa y, por lo tanto, se protegerá a quien no tenga creencias religiosas[103]; lo que llevará aparejado el reconocimiento de otras libertades, por ejemplo, las libertades de educación y expresión y estas libertades serán concebidas como instrumentos de liberación de las conciencias[104].

---

[98] SOUTO PAZ, J. A.; SOUTO GALVÁN, C.: *El derecho de libertad de creencias*, op. cit., págs. 30-32. Una crítica a la Revolución francesa se puede encontrar en Louis-Ambroise de BONALD, en su obra *Teoría del poder político y religioso* (1796), donde critica el principio de separación señalando que la sociedad civil es la reunión de la sociedad religiosa y de la sociedad política (Tecnos, 1988, pág. 130). También BURKE realiza críticas a dicha Revolución en su obra *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* (1790), vid. CELADOR ANGÓN, O.: *Religión y política*, op. cit., págs. 81-85.

[99] AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A.: "Algunos elementos de formación del Estado laico francés como reacción defensiva contra la Iglesia católica", op. cit..

[100] IBAN PÉREZ, I. C.: "El concepto de Derecho Eclesiástico", en *Derecho Eclesiástico*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 70.

[101] Johann Gottlieb FICHTE escribía: "Sobre nuestra libertad de pensamiento no tenéis, príncipes, ningún derecho; no podéis decidir sobre lo que es verdadero o falso, no tenéis ningún derecho a determinar los objetos de nuestra investigación o a fijar sus límites, ningún derecho a impedir la comunicación de sus resultados, sean verdaderos o falsos, a quien y como queramos. Respecto a lo anterior, no tenéis ninguna obligación, nuestra obligación se refiere exclusivamente a fines terrenos y no a los superterrenos de la ilustración, respecto a los cuales debéis comportaros con una pasividad absoluta, ya que ellos no son de vuestra incumbencia", en la obra *Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron* (1793), y se encuentra en *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 40.

[102] SOUTO PAZ, J. A.: *Comunidad política y libertad de creencias*, op. cit., pág. 29.

[103] Según el profesor LLAMAZARES FERNÁNDEZ: "Se produce así *la secularización de la libertad de conciencia y el concepto se amplía, con fundamentos diversos*. No es referible a la libertad religiosa únicamente, sino también a la libertad de pensamiento y opinión, de ideas y creencias, sean o no religiosas, y, naturalmente, a la libertad de expresión, de palabra y por escrito, y mediante actitudes y conductas. Sus titulares son todos los ciudadanos, tengan o no creencias religiosas: todos ellos son iguales ante el Estado, sin privilegios para unos y discriminación negativa para otros en razón de sus creencias, religiosas o no", vid. *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., págs. 112-113.

[104] La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el artículo 10 dispone: "Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, ni siquiera religiosas, en tanto que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley" y el artículo 11: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre ...".

Y, por otra parte, se producirá la no intervención del Estado en asuntos religiosos a través de la plasmación del principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas. Idea que defenderá T. PAINE junto con la libertad de conciencia[105].

En resumen, el movimiento liberal, como hemos intentado poner de manifiesto, defiende la separación Estado-confesiones, la libertad religiosa, la igualdad de las confesiones religiosas y su sometimiento al Derecho común. Estas ideas liberales e ilustradas, en su origen son cristianas[106].

B.2. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO[107].

La Escuela Histórica del Derecho considera que el Derecho no se hace se encuentra[108], por lo que es contraria a la codificación[109]. La crítica de esta Escuela al iusnaturalismo se podría resumir en las siguientes palabras del

---

[105] PAINE, T.: *Derechos del hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*, (1792), Alianza editorial, Madrid, 1984, págs. 84-87; CELADOR ANGÓN, O.: *Religión y política* ..., op. cit., págs. 85-89.

[106] En Inglaterra, algunas confesiones religiosas protestantes (congregacionalistas, separatistas y baptistas) defendían abiertamente tanto la libertad religiosa como el principio de separación Iglesia-Estado. Posteriormente, estas ideas pasarán a las colonias inglesas de América. También, los católicos, en aquellos países donde eran perseguidos defenderán la libertad religiosa (vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., págs. 98-101). Este hecho se confirma, por ejemplo, en Maryland, colonia fundada por el católico CALVERT, lord Baltimore. ***Gracias a este lord católico se promulga el Acta de Tolerancia de 1649 y un dato que conviene resaltar es que va a ser en esta colonia católica de Maryland donde se fundan las primeras escuelas laicas del mundo; es decir, escuelas donde no se imparte ningún dogma religioso***; vid. SCOTT, E. G.: *Development of the Constitutional Liberty of the English Colonies of America, Littleton,* (1882).

[107] Según, Carlos Santiago NINO, la Escuela Histórica del Derecho es una corriente iusnaturalista de índole encubierta (vid. *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pág. 29).

[108] NINO, C. S.: op. cit., pág. 299.

[109] Siguiendo a Mª José FARIÑAS DULCE: "la labor codificadora de los príncipes supuso, paradójicamente, la definitiva secularización del derecho y, consiguientemente, el paso decisivo para el desarrollo de la racionalización jurídica de carácter formal. Esto es así, porque la codificación, por definición, significa la vigencia inequívoca del derecho, lo cual implica la presunción del triunfo definitivo de la difusión escrita del derecho sobre la transmisión oral del mismo. Y, cuando esta última es superada por aquélla, el derecho se despoja totalmente de su primitivo carácter carismático e irracional" (vid. op. cit., pág. 328). Y, prosigue: "el Code civil es un producto auténtico de legislación racional, libre de todo tipo de prejuicios históricos y que recibe su contenido únicamente de la razón humana" (vid. op. cit., pág. 337). "Este nuevo formalismo introducido por el Code se basa, a su vez, en los axiomas y la doctrina del Derecho natural", según René DAVID "la codificación es la técnica que va a permitir realizar la ambición de la Escuela del Derecho Natural" (vid. *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1964, p. 61-62, citado por FARIÑAS DULCE, Mª J.: op. cit., pág. 338).

escritor alemán F. HÖLDERLIN: "De la pura inteligencia no brotó nunca nada inteligible, ni nada razonable de la razón pura"[110].

La Escuela Histórica recoge algunos postulados iusnaturalistas, la teoría acerca de un Derecho común a todos los hombres, el papel de la libertad como postulado capaz de crear Derecho. La Escuela Histórica parte del concepto "pueblo" como central en su concepción. Por pueblo entiende un todo natural, supraindividual y supratemporal, cuya existencia reside en la capacidad de crear y vivir actividades y formas espirituales propias que convienen a su totalidad orgánica, mantenida a través de las generaciones por la básica circunstancia de hecho que supone el lazo de sangre y la descendencia común. A esa capacidad y a sus creaciones se denomina *Volksgeist* (espíritu del pueblo). Este espíritu se manifiesta en los lazos comunes que vinculan a todas las realizaciones u objetivaciones naturales entre las que se encuentra el Derecho[111]. La Escuela Histórica representa la expresión más genuina del romanticismo jurídico y relacionada con la filosofía idealista de HEGEL[112] y considera a la costumbre (como reflejo del *Volksgeist*) la fuente primaria del Derecho[113].

El concepto de Derecho eclesiástico para esta Escuela vendrá determinado por el objeto, la materia religiosa, independientemente de la fuente que provenga (Iglesia católica, confesiones protestantes, Estado) y que esté vigente en ese momento histórico en un territorio concreto[114].

Por último, la Escuela Histórica mantenía un especial interés por lo concreto y singular que se traducía, en este ámbito, en la reafirmación del principio personalista, del carácter individual de la libertad de conciencia.

---

[110] Vid. *Hiperión o el eremita en Grecia*, editorial Hiperión, Madrid, 1993, pág. 117.
[111] PEREZ-PRENDES, J. Mª: op. cit., págs. 42-43.
[112] DE LUCA, L.: op. cit., p. 22.
[113] BOBBIO, N.: *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1992, pág. 47.
[114] LOMBARDÍA, P.; FORNÉS, J.: "El Derecho Eclesiástico", op. cit., EUNSA, 1996, pág. 27. "No se trata, siguiendo al profesor DE LUCA, de valorar a la luz de principios dogmáticos presupuestos, la juridicidad de determinadas normas, sino, sobre todo, de exponer, prescindiendo de todo juicio personal, aquello que históricamente se afirma como derecho en el ámbito de un determinado territorio y en un determinado pueblo" (vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 39).

B.3. EL POSITIVISMO JURÍDICO.

El positivismo jurídico recoge el principio de causalidad, propio de las ciencias naturales[115], que se extiende al ámbito de la ciencia jurídica[116].

Por una parte, dentro del positivismo jurídico, se encontraría el *utilitarismo*, que entiende que una conducta es moralmente correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de gente. El utilitarismo si bien puede suponer un avance, ciertamente relativo, en relación con la *secularización* y el *pluralismo* (cada individuo o grupo puede tener intereses o sentimientos diferentes). Dicho principio utilitarista supone un sacrificio de los derechos de las minorías para la satisfacción general. Para BENTHAM, el Derecho viene dado o determinado por el principio de utilidad que es el que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia de ésta a aumentar o disminuir la felicidad de aquel ente, cuyo interés queda comprometido en la acción de referencia. Como consecuencia de este principio, la libertad religiosa y la neutralidad estatal en esta materia contribuye a esa felicidad[117].

La importancia de Rudolph von IHERING, viene determinada, entre sus muchas obras, por *La lucha por el Derecho*[118]. En esta obra se plasma la idea de la constante lucha por el derecho, la constante contribución de las personas que han permitido con su lucha los derechos que se han ido conquistado[119].

---

[115] Conviene recordar que DARWIN publica, en 1859, *El origen de las especies*. Un reflejo de esta teoría de la evolución en el ámbito jurídico sería la obra de Sir H. S. MAINE titulada: *El Derecho antiguo,* del año 1861 (Tirant lo Blanch, 2014).

[116] DE LUCA, L.: op. cit., p. 48-49.

[117] CELADOR ANGÓN, O.: *Religión y política*, op. cit., pág. 89-94. Defiende, BENTHAM la plena libertad religiosa y reprocha que queden limitadas sus manifestaciones a la no alteración del orden público establecido por la ley, ya que es una salvaguardia bien precaria por ser el concepto de orden público indeterminado y como consecuencia de ello el reconocimiento de la libertad religiosa puede ser débil e insignificante, vid. PENDÁS GARCÍA, B.: *Jeremy Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado constitucional*, CEC, Madrid, 1988, pág. 314.

[118] Los textos que reproducimos de esta obra creemos que resumen perfectamente las ideas de IHERING; en concreto, son el inicio y el final de esta obra: "El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin y como toda idea de tendencia es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis el fin y el medio (...). La idea del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz, la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo". Y los párrafos finales son: "Solamente luchando alcanzarás tu derecho. Desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica, así podemos aplicarle la sentencia del poeta:

Es la última palabra de la sabiduría
que sólo merece la libertad y la vida,
el que cada día sabe conquistarlas".

[119] I. C. IBÁN considera que en la actualidad la libertad religiosa, sigue siendo una conquista y no una concesión, por eso hay que luchar por ella en los tribunales o proponiendo reformas

Para AUSTIN, que se podría encuadrar dentro de los "analíticos", un orden jurídico es el conjunto de preceptos emanados del Estado, los cuales son válidos por el mero hecho de ser promulgados como normas estatales. En cambio, para el juez HOLMES, Derecho son las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos[120].

Como hemos puesto de manifiesto, el positivismo jurídico tuvo su origen directamente relacionado con las ciencias naturales, este hecho provocó que la propia evolución de la investigación en dicho ámbito (las ciencias naturales) pusiera en crisis el planteamiento clásico del positivismo jurídico. La física cuántica formulada por PLANCK, HEISENBERG y EINSTEIN, entre otros, provocó la ruptura con los postulados del positivismo formalista a través del "principio de incertidumbre" y de la "teoría de la relatividad" que tuvieron también su reflejo en la filosofía y en las ciencias sociales[121]. En todo caso, la creencia de que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y racionalmente justificables es perfectamente compatible con la concepción positivista del Derecho[122]. Alf RAWLS a través de los conceptos de "velo de ignorancia" y de "posición originaria" señala que cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, religiosa, por ejemplo) que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos, esta aseveración constituye para Alf RAWLS, el primer principio de justicia[123].

---

legislativas, si alguien se siente discriminado, vid. *Derecho y religión en Europa occidental,* Mc Graw Hill, Madrid, 1998, págs. 146-147. Sobre la importancia de esta obra de IHERING en la enseñanza del Derecho, vid. MARTÍN-RETORTILLO, L.: *A vueltas con la Universidad*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 77-82.

[120] En *La senda del Derecho*, Marcial Pons, 2012, p. 60. En el caso Abrams v. US (1919) el juez HOLMES recoge la famosa expresión "mercado de ideas" (*free trade in ideas*) con reflejo del pluralismo que reconoce la Constitución de los Estados Unidos. Esta idea creemos que tiene su origen en las doctrinas de A. SMITH, entre otras obras en la titulada: *La riqueza de las naciones* (1776). SMITH propone la libre competencia entre las diferentes religiones; es decir, que no podía existir monopolio de una religión o de unas pocas y para evitar dicho monopolio es necesario la separación entre el Estado y las confesiones religiosas y con ello se asegura la libertad religiosa; vid. PENA LÓPEZ, J. A.; SÁNCHEZ SANTOS, J. M.: "La perspectiva smithiana sobre los mercados de creencias: religión y políticas públicas", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 13, 2007, págs. 1-13.

Y, en el caso United States v. Schwimmer (1929), HOLMES escribe: "si existe un principio de la Constitución que exige adhesión más imperiosamente que ningún otro ese es el principio de libertad de pensamiento; no el libre pensamiento de aquellos con quienes estamos de acuerdo sino la libertad para el pensamiento que detestamos".

[121] AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F.: *Proyecto Docente*, op. cit., págs. 58 y 59.

[122] NINO, C. S.: op. cit., pág. 32.

[123] NINO, C. S.: op. cit., pág. 412.

Para el positivismo jurídico, el Derecho Eclesiástico es el Derecho del Estado sobre la materia religiosa: único Derecho en este ámbito ya que no reconoce otra posible fuente de producción jurídica[124]. Y, se niega el carácter jurídico de todas las normas de origen confesional. Se produce una identificación absoluta entre Derecho y Estado y, consecuentemente, Derecho Eclesiástico sólo puede ser Derecho del Estado (monismo de fuentes). En este sentido, O. MEJER consideraba que "no sólo no cabe concebir el Estado sin el Derecho, sino que tampoco cabe el Derecho sin el Estado"[125]. Con lo que se venía a negar el carácter jurídico de los derechos confesionales. Esta idea será recalcada por SÖHM, como comprobaremos más adelante. Para KELSEN, el concepto de Derecho eclesiástico está claramente determinado por el objeto, la materia jurídica calificada como eclesiástica en el ordenamiento jurídico estatal[126].

Dentro del positivismo menos formalista se encuentran dos posturas: la psicológica y la sociológica. La primera, representada por BIERLING no considera que el Derecho de la Iglesia sea Derecho en sentido jurídico porque aquel Derecho para el Estado y para sus magistrados es sólo un Derecho externo. Sin embargo, afirma la existencia de una dualidad de fuentes de producción de normas reguladoras de la materia religiosa y que se rechace el monismo jurídico[127]. La segunda corriente, la sociológica está encabezada por SANTI ROMANO, sobre este autor volveremos más adelante en relación a la doctrina italiana.

---

[124] LOMBARDÍA, P.; FORNÉS, J.: "El Derecho eclesiástico", op. cit., EUNSA, 1996, pág. 27.

[125] DE LUCA, L.: op. cit., pág. 60. La obra de O. MEJER es *Lehrbuch des deustschen Kirchenrechtes*, Götingen, 1869, p. 6 y 304. Estas ideas de O. MEJER serán recogidas en la doctrina italiana, por ejemplo, C. MANNETI en *Concetto ed importanza dello studio del diritto ecclesiastico. Discorso letto il 20 novembre 1892 per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Universitá di Macerata*, p. 49, citado por DE LUCA, L.: op. cit., p. 67.

[126] DE LUCA, L.: op. cit., p. 81. H. KELSEN en su obra *Los fundamentos de la democracia* señala que "la convicción religiosa no es bastante fuerte como para sobreponerse a la inclinación política". Debe entenderse por Estado de Derecho, siguiendo a KELSEN, aquel Estado que posee un ordenamiento en función del cual los poderes públicos se encuentran sometidos a las leyes. Estas leyes emanan de un Parlamento elegido por el pueblo, además los miembros del Poder Ejecutivo responden de sus actos ante el Parlamento y los jueces son independientes de los otros poderes y, también, se garantizan los derechos fundamentales, especialmente, decía KELSEN, la libertad de conciencia y de expresión (vid. BASTERRA, D.: *El derecho de libertad religiosa y su tutela*, Civitas, 1989, págs. 361 y 362).

[127] Las palabras de BIERLING son las siguientes: "Consecuencia de todo ello ha sido el mantenimiento de la idea, según la cual sobre materias eclesiásticas podían existir normas procedentes de la Iglesia y normas procedentes del Estado, que incluso fuesen compatibles entre sí, y el reconocimiento en el Derecho civil moderno no sólo por los católicos, sino incluso por los protestantes, de que el Derecho de la Iglesia es un Derecho externo al Estado", citado por MALDONADO, J.: op. cit., pág. 193; cfr., también, DE LUCA, L.: op. cit., p. 84-87.

B.4. LA REACCIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA A LOS POSTULADOS POSITIVISTAS: EL DERECHO PÚBLICO ECLESIÁSTICO.

Frente a estas posturas positivistas, la respuesta de la Iglesia católica, durante el siglo XIX, será la elaboración del Derecho público eclesiástico[128]. En los Tratados de este Derecho, la Iglesia católica será representada como una sociedad jurídica perfecta, soberana en su orden, independiente y autónoma, capaz de dictar normas jurídicas; confirmando la superioridad indirecta de la Iglesia católica sobre el Estado[129]. Este Derecho tiene un fuerte contenido apologético y, más que Derecho nos encontraríamos en el campo de la Teología. En consecuencia, el Derecho público eclesiástico no es parte del Derecho canónico[130] ni, por supuesto, constituye un precedente en el concepto de Derecho eclesiástico en sentido moderno[131].

4. EL CONCEPTO DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO EN SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL.

A) NACIMIENTO DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO EN SENTIDO MODERNO: ESTUDIO ESPECÍFICO DE LA DOCTRINA SOBRE DERECHO ECLESIÁSTICO EN DISTINTOS PAÍSES DURANTE EL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX.

Se ha precisado que el principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas dio lugar al origen del Derecho Eclesiástico como rama autónoma del saber jurídico en Francia y en los Estados Unidos[132] a mediados

---

[128] Sobre esta materia, vid. FOGLIASSO, E.: "La tesi fondamentale del Ius Publicum Ecclesiasticum", en *Salesianum*, nº 8, 1946, pp. 67-135; del mismo autor: "Per la sistematicità e la funcionalità del «Ius Publicum Ecclesiasticum»" en *Salesianum*, nº 25, 1963, pp. 412-480 y HERA, A. de la y MUNIER, Ch.: "Le Droit Public Ecclésiastique à travers ses définitions", en *Revue du Droit Canonique*, nº 14, 1964, pp. 32-63.

[129] HERA, A. de la: *Introducción a la ciencia del Derecho canónico*, Tecnos, 1980, págs. 39-42.

[130] LOMBARDÍA, P.: "El Derecho canónico en las Facultades de Derecho", en *Escritos de Derecho Canónico. I.*, EUNSA, Pamplona, 1973, págs. 311-316.

[131] IBÁN, I. C.: *Derecho canónico y ciencia jurídica*, op. cit., pág. 189.

[132] Sobre el modelo de Estados Unidos, vid. CELADOR ANGÓN, O.: *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson, 1998; CASTRO JOVER, A.: *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones del trabajo en los Estados Unidos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. C. M., 2005, págs. 47-76; NUSSBAUM, M. C.: *Libertad de conciencia. Contra los fanatismos*, Tusquets, 2009. En este punto nos hacemos eco de la última modificación, de 16 de diciembre de 2016, de la International Religious Freedom Act, de 1998 (IRFA). Esta modificación incluye la libertad de pensamiento dentro del contenido de la Ley, que solamente hacía referencia a la libertad religiosa. Con ello equipara su régimen jurídico como consecuencia del principio de igualdad.

del siglo XIX. Siguiendo este argumento, el principio de separación provocó que careciera de sentido el tratamiento conjunto del Derecho estatal y del Derecho interno de las confesiones religiosas, como sistemas complementarios, en concreto, el francés M. GAUDRY (sobre el que volveremos más adelante) y, estadounidense R. H. TYLER (en su obra *American Ecclesiastical Law of Religious Societes*, Albany, 1886). Ambos autores estudian el régimen jurídico de la libertad religiosa[133].

A.1. EL DERECHO ECLESIÁSTICO EN FRANCIA DURANTE EL SIGLO XIX.

Para afrontar el estudio del Derecho eclesiástico en Francia[134] durante el siglo XIX, debemos tener presente la existencia de varias posiciones doctrinales. Por una parte, se sitúan los autores que siguen utilizando la terminología del Antiguo Régimen. En concreto, los términos asuntos eclesiásticos, código eclesiástico, código de administración eclesiástica, repertorio eclesiástico y Derecho eclesiástico ("*Droit ecclésiastique*")[135]; es decir, identifican Derecho canónico y Derecho eclesiástico. Y, por otra parte, destacamos la aparición de manuales que van a combinar los términos "civil" y "eclesiástico", en concreto: Derecho civil eclesiástico ("***Droit civil ecclésiastique***")[136], legislación civil eclesiástica, Derecho civil y eclesiástico y jurisprudencia civil eclesiástica. El término "*Derecho civil eclesiástico*", utilizado por la doctrina francesa entre 1847 y 1936, encuentra su fundamento en el poder estatal. Tiene por objeto los derechos acordados con las confesiones religiosas y las obligaciones impuestas por las leyes del Estado y, además, representa una tendencia de valorar y defender la identidad y las libertades de las instituciones de la Iglesia católica[137].

---

[133] GONZÁLEZ DEL VALLE, J. Mª: *Derecho Eclesiástico español*, op. cit., págs. 60-61, y en "El Derecho Eclesiástico: denominación ...", op. cit., págs. 152-153.

[134] En estos párrafos sobre Francia, seguimos a Francis MESSNER, op. cit., pp. 148-156.

[135] HENRION, M. R. A. : *Manuel de droit ecclésiastique, code du clergé*, (1835); POMPSAULT, J. H. R.: *Dictionnaire raisonné de droit et de jurisprudence ecclésiastique*, (1849), 3 vols.; OLLIVIER, E.: *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français, textes et commentaires*, (1886-1907), 2 vols..

[136] CAMPEAUX, G. de : *Le Droit civil ecclésiastique français, ancien et moderne, dans ses rapports avec le droit canon et la législation actuelle*, (1848), 2 vols., 2ª ed. (1852); CAMPION, A.: *Manuel practice de droit civil ecclésiastique ou Expose da la législation et de la jurisprudence sur l'administration temporelle du culte catholique et ses rapportes avec l'autorité civile*, (1866); 2ª ed. (1876), [sobre esta obra, vid. IBAN PÉREZ, I. C.: *En los orígenes del Derecho Eclesiástico*, BOE, 2004, págs. 114-116]; ANDRÉ, M.: *Dictionnaire alphabétique, théorique et pratique de droit civil ecclésiastique* (1873), 2 vols..

[137] Es necesario precisar que el término "Derecho civil eclesiástico" *(Droit civil ecclésiastique)*, nunca fue utilizado por autores protestantes o judíos. Y, en la actualidad, sólo es utilizado en Francia en la Facultad de Derecho canónico del Instituto católico de París; cfr. MESSNER, F.: op. cit., p. 156. Sobre esta materia, vid. BASDEVANT-GAUDEMET, B. : "Historie du droit ecclésiastique en Europe, une discipline universitaire", en *Enseignement Du Droit Ecclésiastique de L'état Dans Les Universités Européennes*, Peeters, 2005, p. 1 y ss..

En el siglo XIX, surge en Francia, el denominado "*Derecho de cultos*" (*Droit des cultes*) que se desarrolla conjuntamente con el Derecho civil eclesiástico. Las obras de este Derecho de cultos se pueden dividir en dos períodos. En un primer período, que comprende desde 1842 a 1879; las obras estudian la administración de cultos, la legislación de cultos y el culto católico, fundamentalmente[138]. Y, un segundo período, siguiendo a MESSNER, que se ampliaría hasta 1957, con 17 obras[139]. Estas obras siguen la temática del período anterior, lo único que dos hechos concretos influirán en su contenido: la Ley de Separación de 1905 y el problema de las asociaciones cultuales y las congregaciones católicas. Sin embargo, en la actualidad, en Francia se sigue utilizando el término "régimen de cultos", tanto por investigadores como por profesores, para describir la legislación que se aplica a las confesiones religiosas y a sus actividades y, ciertamente, tanto la laicidad como la libertad religiosa forman una dimensión que engloba y sirve para describir conjuntamente la regulación cultual[140].

Por último, en Francia, se ha elaborado a partir de 1980 la expresión "*Derecho de las religiones*" (*Droit des religions*), por los profesores de la Universidad de Estrasburgo y su contenido es el estudio de los derechos y disciplinas internas de las diferentes religiones; es decir, el "Derecho interno de

---

[138] DELCOURT, A.: *Législation du culte catholique*, (1844); DALLOZ, D. y A.: *Législation et traité des cultes, fabrique d'église et sépultures*, (1853); CERE, P. y BLONDEAUX, E. des: *Manuel du clergé et du culte catholique pour le règlement des choses du temporel*, (1854); BLANC, H. y TARDIF, A.: *Lois, décrètes et règlements relatifs á l'administration des cultes* (1854); GAUDRY, J.-A.-J.: *Traité de la législation des cultes et spécialement du culte catholique ou de l'origine, du développement et de l'état actuel du droit ecclésiastique*, (1856). En relación con esta última obra, GONZÁLEZ DEL VALLE la sitúa como una de las obras que determinan el origen del Derecho Eclesiástico como rama autónoma del saber jurídico, como ya hemos puesto de manifiesto. Esta obra, siguiendo a este autor, se compone de tres volúmenes e incluye las leyes estatales sobre las confesiones religiosas (incluyendo los concordatos); los principios generales de la legislación civil sobre las confesiones entre las que se incluye la libertad religiosa y, por último, el estatuto jurídico de las confesiones católica, protestantes y judía.

[139] DEGROOTE, F.: *Aperçu des lois civiles concernât l'exercice du culte catholique en France*, (1881), DURIEU, P.: *Traité de l'administration temporelle des grands et des petits séminaires, des congrégations autorisées et non autorisées et des collèges ecclésiastiques*, (1890); DUBIEF, A. y GOTTOFREY, V.: *Traité de l'administration des cultes*, (1891-1892), 3 vols.; PENEL BEAUFIN, A.L.: *Législation générale du culte israélite en France, en Algérie et dans les colonies*, (1894); BAUGEY, G.: *De la condition légale du culte israélite en France et en Algérie*, (1898); FANTON, F.: *Traité de fabriques et du culte catholique d'après les lois civiles*, (1898), 2 vols.; FANTON, F.: *Traité de l'organisation des cultes sous le régime de la séparation*, (1906); CROUZIL, L.: *Régime légal du culte catholique. Étude théorique et pratique*, (1911); DALLOZ, *Manuel des cultes, législation, jurisprudence*, (1911); LODS, A.: *La nouvelle législation des cultes protestants en France, 1905-1913*, (1914); ROGNONI, P.-J.: *Du statut légal de l'Eglise en France*, (1920); BAZOCHE, M.: *Le régime légal des cultes en France*, (1948); RIVET, A.: *Traité du culte catholique et des lois civiles d'ordre religieux*, (1947-1950), 2 vols.; GROSHENS, J.-C.: *Les institutions et le régime juridique des cultes protestants*, (1957).

[140] MESSNER, F.: op. cit., p. 154.

las religiones" y que tendría, según estos autores, la intención de responder a las demandas de una sociedad pluriconfesional[141].

- A.2. EL DERECHO ECLESIÁSTICO EN ALEMANIA DURANTE EL SIGLO XIX.

En el siglo XIX se reemplaza, en Alemania[142], el término "*Kirckenstaatsrecht*" (Derecho estatal de las iglesias) –Derecho aplicable a las tres confesiones mayoritarias investidas de un estatuto de Derecho público— que había aparecido en el siglo anterior por el término "*Staatskirchenrecht*" (Derecho eclesiástico del Estado) y, en la segunda mitad, de este siglo XIX, aparece el término "*Religionsrecht*" (Derecho de las religiones)[143].

RICHTER incluye en el Derecho eclesiástico todas las normas que disciplinan las relaciones entre las iglesias y el Estado[144] y ha sido considerado como el verdadero fundador y sistematizador de la nueva ciencia del Derecho eclesiástico del Estado. Entre sus discípulos o seguidores se pueden citar a FRIEDBERG, HINSCHIUS, SCHULTE, DOVE, MEJER[145].

El "*Staatskirchenrecht*" tiene como características, por una parte, la separación entre las iglesias y el Estado en el ámbito organizativo y, por otra, el reconocimiento de las confesiones religiosas en el ámbito público[146]. En estas características tiene gran influencia la Constitución alemana de 1848 y la Constitución prusiana de 1850[147].

---

[141] MESSNER, F.: op. cit., p. 157.

[142] Se ha precisado que Alemania fue el país clave en la ciencia eclesiasticista en el siglo XIX y que se elaboró por parte de la doctrina alemana un "concepto acabado acerca del objeto de la disciplina", vid. IBAN, I. C.: "El concepto de Derecho Eclesiástico", en *Derecho Eclesiástico*, op. cit., pág. 70. Con anterioridad, ya se había señalado que los orígenes del Derecho Eclesiástico del Estado son alemanes, vid. HERA, A. de la: *Introducción a la ciencia* ..., op. cit., pág. 79.

[143] MESSNER, F.: op. cit., p. 158-159. Durante la primera mitad del siglo XIX algunos autores alemanes siguen identificando Derecho canónico y Derecho eclesiástico, por ejemplo, WALTER en su obra *Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen*, Bonn, 1822 y PHILIPS en su libro: *Kirchenrechts*, Regensburg, 1845 (vid. HERA, A. de la: "La ciencia del Derecho eclesiástico en Italia (Notas para su recepción en España)", en *El fenómeno religioso en España* ..., op. cit., págs. 86-87). Otros autores, como EICHHRON y GLÜCK, que defienden un concepto amplio de Derecho eclesiástico (vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 29).

[144] DE LUCA, L.: op. cit., p. 30-31.

[145] Ibídem, op. cit., p. 37.

[146] LISTL, J.; PIRSON, D. (dir.): *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humblot, 2ª ed., Berlin, 1994, S. 47.

[147] LANDAU, P. : "La genèse du "Staatskirchenrecht" en Allemagne dans la Seconde moitié du -XIXe siècle", en *Revue de Droit Canonique*, nº 47/1, 1997, p. 166-174.

La evolución del Derecho Eclesiástico del Estado en Alemania no ha sido otra cosa que la historia de la recuperación de la autonomía por parte de las Iglesias[148] y viene determinado por las aportaciones de diferentes autores[149] a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que influirán decisivamente en: primero, la posterior configuración del Derecho Eclesiástico del Estado que se recogerá en la Constitución de Wiemar de 1919 y que llega a nuestros días a través de la remisión que realiza el artículo 140 de la Ley Fundamental de Bonn[150] y, segundo, en la doctrina italiana.

El primer autor, que analizamos, es Emil FRIEDBERG (1837-1910), que parte la concepción que hemos denominado Escuela Histórica del Derecho, escribió entre otras obras[151] la siguiente: *Die Gränzen zwischen Staat und Kirchen und die Garantien gegen deren Verletzung. Historisch-gogmatische Studie mit Berücksichtigung der deutschen und außerdeutschen Gesetzgebungen un einem Anhang von zuvor teilweise ungedruchten Aktenstücken* (Tübingen, 1872, 2 vols.). En esta obra "Las barreras entre el Estado y las Iglesias y las garantías contra su violación", se recogen una serie de ideas que configuran el pensamiento del autor y que constituyeron la apertura literaria de la Kulturkampf, en concreto, son las siguientes:

-- El Estado es libre de reducir la posición de las confesiones a asociaciones privadas.

-- El Estado puede establecer el principio de separación entre el Estado y las confesiones. Sin embargo, FRIEDBERG no exige la separación, pero reclama la liberación de cada ciudadano de los lazos clericales sobre los cuales

---

[148] LLAMAZARES CALZADILLA, Mª C.: "El Derecho Eclesiástico del Estado: la formación de un sistema", en *Laicidad y Libertades*, nº 2, 2002, pág. 239.

[149] Seguimos en este apartado el artículo de LANDAU, P.: op. cit., p. 175-189.

[150] **En relación a la evolución del Derecho Eclesiástico del Estado durante el siglo XX en Alemania**, vid. LLAMAZARES CALZADILLA, Mª C.: op. cit., págs. 246-248. De este siglo XX destaca LISTL, J./ PIRSON, D. (Hrsg.): *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, (la primera edición de 1975 y la segunda de 1994). **Sobre el Derecho eclesiástico del Estado en Alemania en este siglo XXI,** vid. MÜCKL, S.: "Aktuelle Herausforderungen für das Staatskirchenrecht", http://www.bpb.de/apuz/162394/aktuelle-herausforderungen-fuer-das-staatskirchenrecht?p=all (2013). Entre la bibliografía, citamos: CAMPENHAUSEN, A./WALL, H.: *Staatskirchenrecht*, München, 2006; MÜCKL, S. (Hrsg.), *Das Recht der Staatskirchenverträge*, Berlin 2007; MÜCKL, S.: *Europäisierung des Staatskirchenrechts*, Baden-Baden, 2005 y UHLE, A.: *20 Jahre Staatskirchenverträge in Sachsen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016. Los temas que centran estos trabajos son: la secularización, el pluralismo religioso (especialmente, la religión islámica en Alemania) y la dimensión europea.

[151] Citamos las siguientes obras de FRIEDBERG; *Das geltende Verfassungsrecht der evangelischen Landeskirchen in Deutschland und Österreich*, (1888). Entre sus discípulos citamos a Karl RIEKER y a Francesco RUFFINI, sobre este último volveremos al estudiar la escuela italiana.

el Estado está atado; es decir, que a pesar de la proclamación del principio de separación, eso no evitará que la Iglesia católica perdiera su influencia sobre el pueblo gracias a la educación religiosa en las escuelas y la presión clerical sobre los electores. Los registros y el matrimonio deben ser civiles para liberarse de dicha influencia clerical. El Estado debe reconocer el principio de autonomía interna de las confesiones religiosas y vigilarlas.

-- Se opone a la firma de concordatos porque parte de la supremacía del Estado sobre la Iglesia católica.

Finalmente, FRIEDBERG concibe que el Derecho Eclesiástico se determina en función del objeto, sin tener en cuenta la fuente[152].

En cambio, Rudolph SÖHM (1814-1917), incide en la atribución al Estado de la soberanía absoluta y, consecuentemente, todo Derecho es producido por el Estado. La Iglesia católica existe solamente en el sentido legal como corporación pública reconocida por el Estado y subordinada al Estado. A SÖHM se le debe la aplicación del concepto jurídico de corporación de Derecho público a las confesiones religiosas[153]. También, señala que la Iglesia católica no es una sociedad de Derecho y niega al Derecho canónico legitimidad jurídica externa, es un Derecho espiritual; en cambio, el Derecho de la Iglesia protestante viene de la autoridad soberana y lo es porque es solamente Derecho secular[154].

Según LANDAU, el primer pensamiento sistemático del Derecho Eclesiástico del Estado alemán moderno se debe a Paul HINSCHIUS (1835-1898). Publica, este profesor, la presentación general de relaciones entre Estado e Iglesia en un "*Compendio de Derecho público*", en 1883[155]. En esta obra expresa las siguientes ideas:

-- La *libertad de conciencia* y la *libertad religiosa* se garantizan como derechos fundamentales en un Estado soberano que no puede ser un Estado creyente.

---

[152] DE LUCA, L.: op. cit., p. 31.

[153] Estas ideas aparecen en "Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt", en *Zeitschrift für Kirchenrecht*, nº 11, 1872, S. 157-184.

[154] Estas ideas aparecen desarrolladas en *Kirchenrecht, Band I: Die Geschichtlichen Grundlagen* y *Band II: Katholisches Kirchenrecht*, Leipzig (1892). Sobre la obra de SÖHM, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Sacramento-Iglesia-Derecho en el pensamiento de R. Söhm*, Instituto de Estudios jurídicos, Oviedo, 1969 y DE LUCA, L.: op. cit., p. 73-75. Por último, una crítica inmediata a los argumentos de SÖHM, en MERKEL, A.: "Über das Verhältuis der Rechtsphilosophie zur "positiven" Rechts wissenschaft und zum allgemeinen Teil deselben", en *Gruünhuts Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*, nº 1, 1874, S. 1-10.

[155] La obra se titula "Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche", en MARQUARDSEN, H. (dir.): *Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübigen, 1883, S. 187-372. Otra obra de HINSCHIUS es: *System des Katholischen Kirchenrechts mit besonderer. Rücksicht auf Deutschland*, Berlin, 1869.

-- Reconocimiento del principio de independencia del Estado respecto a las confesiones religiosas.

-- Reconocimiento del principio de autonomía en los asuntos propios de las confesiones religiosas, rechazando la obligatoriedad de que se constituyan en corporaciones de Derecho público.

En este sentido, HINSCHIUS no sigue las posiciones radicales de estatalidad de la *Kulturkampf* como FRIEDBERG, sino que considera que sólo la autonomía de las confesiones religiosas puede impedir la intervención del Estado y garantizar la *libertad de conciencia* completa. El concepto que utiliza HINSCHIUS para aplicarlo a las relaciones Estado-confesiones es la fórmula de CAVOUR: "*Libera Chiesa in libero Stato*". Consecuentemente, considera que en la relación entre el Estado y la Iglesia católica no existe ni coordinación ni subordinación, sino una graduación de autoridades y proclama la coexistencia de la Iglesia católica y el Estado, pero rechazando la noción de cooperación.

En cambio, las obras de Wilhelm KAHL (1849-1932) recogen una serie de deberes estatales en relación con la protección de los ciudadanos, tomando en consideración la importancia que tienen en las vidas de los ciudadanos el fenómeno religioso. Configura la libertad religiosa como un derecho subjetivo público[156]. Este catálogo de deberes estatales pasará a la Constitución de Weimar de 1919, en concreto, los artículos 138 a 141[157]; cuya redacción no sólo se deben a sus teorías sino también a su participación como parlamentario en la discusión de estos "Kirchenartikel"[158]. Además, considera que la separación entre el Estado y la Iglesia como solución definitiva de un problema que resultaba de la historia universal tener un futuro interminable[159], con lo que enfatiza este principio en comparación con los autores alemanes antes citados. Por último, señala que la expresión "Derecho eclesiástico" (*Kirchenrecht*) no puede equiparse a Derecho de la Iglesia (*Kircheliches Recht*) y, en consecuencia, el

---

[156] JEMOLO, A. C.: *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, Guiffrè, Milano, 1979, p. 124.

[157] ZABALZA BAS, I.: *Las confesiones religiosas en el Derecho eclesiástico alemán*, op. cit., págs. 29-50.

[158] LANDAU, P.: op. cit., p. 174-175; 188-189.

[159] Estas ideas se recogen en el libro *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik Erste Hälfte. Einleitung und allgemeiner Teil*, Leipzig, 1894. Esta obra surge como reacción al libro de SÖHM: *Kirchenrecht,* de 1892. En el libro mencionado de KAHL se recogían las siguientes palabras: "El catolicismo enseña que Cristo ha otorgado a su Iglesia una ordenación jurídica invariable y fija en sus rasgos fundamentales. SÖHM enseña que Cristo ha dado desde el comienzo a su Iglesia una organización invariable, de tal suerte que, fundamentalmente y para toda época, excluye cualquiera conexión con el Derecho. Lo uno es tan equivocado como lo otro", (p. 74, citado por RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Comares, Granada, 1999, pág. 246).

Derecho estatal en materia eclesiástica (*Staatskirchenrecht*) representa una parte, solamente, del Derecho eclesiástico[160].

Por último, existirían una serie de autores alemanes ya a principios del siglo XX cuyas obras se dedican, principalmente, al análisis del principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas[161].

- A.3. LA DOCTRINA DUALISTA ITALIANA.

El progresivo desinterés por el Derecho canónico en las Universidades públicas italianas durante el siglo XIX, debido entre otras causas a los peculiares acontecimientos históricos y políticos italianos (desaparición de los Estados Pontificios como consecuencia de la unificación italiana en 1870) provocó la recepción de una ciencia nueva (*Staatskirchenrecht*), que en Alemania gozaba ya de un amplio desarrollo y cuyo objeto es el estudio del Derecho del Estado sobre cuestiones eclesiásticas[162].

Se ha afirmado, que el propio Derecho Eclesiástico del Estado como especialidad jurídica nace en Italia en las cátedras de Derecho canónico[163] y, A. C. JEMOLO escribe: "El Derecho Eclesiástico del Estado es una disciplina eminentemente italiana"[164]. Aunque, a la luz de los autores alemanes, anteriormente estudiados, esta afirmación debería ser puesta en cuestión.

El análisis de la doctrina italiana se aborda, principalmente, a través de las aportaciones que realizaron una serie de autores, que seguidamente estudiamos. En consecuencia, la doctrina eclesiasticista italiana enlaza directamente con la doctrina eclesiasticista alemana[165]. En este sentido, tanto RUFFINI como SCADUTO son fruto de la doctrina alemana, así RUFFINI

---

[160] DE LUCA, L.: op. cit., p. 32, nota nº 65.

[161] Entre estos autores citamos:

-- ROTHENBÜCHER, K.: *Die Trennung von Staat und Kirche* (1908).

-- NEUNDÓRFER, *La cuestión de la separación de la Iglesia y del Estado en el presente,* (1913).

-- SÄGMULLER, *El concepto jurídico de la separación de la Iglesia del Estado*, (1916).

Por otra parte, sobre la labor llevada a cabo por estos autores alemanes, que hemos analizado, en el siglo XIX, en el ámbito del Derecho canónico, vid. HERA, A. de la: *Introducción a la ciencia del Derecho canónico*, op. cit., págs. 87-90.

[162] HERA, A. de la: *Introducción a la ciencia del Derecho canónico*, op. cit., pág. 114.

[163] MARTÍNEZ TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999, pág. 3.

[164] *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 123.

[165] LLAMAZARES CALZADILLA, Mª C.: "El Derecho Eclesiástico del Estado: la formación de un sistema", op. cit., págs. 238-239.

era discípulo de FRIEDBERG (del que traduce su *Tratado*[166]) y SCADUTO, era discípulo de FRIEDBERG y de HINSCHIUS y, por lo tanto, aparentemente, todos se encuadrarían en el Escuela histórica del Derecho Eclesiástico, fundada por EICHHRON, en oposición a la Escuela iusnaturalista de HALLE[167] .

El profesor F. SCADUTO consideraba que el Derecho eclesiástico vigente está constituido por la legislación estatal en materia religiosa y este Derecho es el que tiene interés para los juristas civiles, por tal motivo, sólo una parte del Derecho canónico entrará a ser objeto de estudio por el Derecho eclesiástico[168]. Así, SCADUTO afirma la autonomía y distinción entre el ordenamiento estatal y el canónico[169]. Será el autor que aporte el concepto moderno de Derecho eclesiástico porque la concepción de SCADUTO no coincide con el viejo concepto de "policía eclesiástica"[170].

Demostró sus ideas claramente positivistas y separatistas; es decir, que el Estado no debe intervenir en los asuntos de la Iglesia y que la Iglesia debe estar

---

[166] FRIEDBERG, E.: *Trattato di diritto ecclesiastico catolico ed evangelico* (Edizione italiana riveduta ed annotata da Francesco Ruffini), Torino, 1893; vid. IBÁN PÉREZ, I. C.: *En los orígenes del Derecho Eclesiástico*, BOE, 2004, pág. 70.

[167] TEDESCHI, M.: "Il contributo di Francesco Ruffini alla nueva scienza del Diritto ecclesiastico", en *Scritti di Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 42. SCADUTO aporta la tradicional mentalidad e influencia del Regalismo y jurisdiccionalismo, típico del Reino de las dos Sicilias y, RUFFINI, sigue la directriz histórico-jurídica de la doctrina alemana del Derecho Eclesiástico del Estado, vid. REINA, V. y REINA, A.: *Lecciones* ..., op. cit., págs. 123-124.

[168] SCADUTO, F.: *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, Napoli, 1889-1891, p. 91-92 y DE LUCA, L.: op. cit., p. 90-91. "El Derecho Eclesiástico sólo se ocupa "delle legi del potere civile in materia ecclesiastica". El derecho de las Decretales sólo interesa al jurista laico en la medida en que sean reconocidas directa o indirectamente "dal potere civile", vid. OLMOS, Mª E.: "Estado actual ...", op. cit., pág. 203, citando la obra de F. SCADUTO: *Il concetto moderno di Diritto Ecclesiastico*, Palermo, 1885, p. 14.

En el estudio que realiza I. C. IBÁN PÉREZ de la *Prolusione* de SCADUTO (*En los orígenes del Derecho Eclesiástico*, editada por BOE, 2004) llega a las siguientes conclusiones sobre el objeto de estudio de la ciencia del Derecho Eclesiástico para el catedrático italiano. En concreto: "1) En primer término las disposiciones estatales en matera eclesiástico (en terminología actual el Derecho Eclesiástico); 2) Las disposiciones eclesiales que han sido recibidas por el ordenamiento estatal (en terminología actual el Derecho canónico recibido por el ordenamiento); 3) Las disposiciones eclesiales no recibidas pero que ponen de relieve la posición de la iglesia en su relación con el Estado (más o menos sería el Ius publicum ecclesiasticum externo); 4) Las disposiciones eclesiales que han tenido influencia en la formación del Derecho estatal (historia del Derecho canónico). Derecho, propiamente, serían únicamente los dos primeros ("lato prammatico") pero todo ello deber ser estudiado para construir la verdadera ciencia del Derecho Eclesiástico" (pág. 157).

[169] REINA, V. y REINA, A.: *Lecciones* ..., op. cit., pág. 125.

[170] DE LUCA, L.: op. cit., p. 92.

dentro de sus confines espirituales y no invadir el terreno del Estado[171] y, reduce el estatuto jurídico de la Iglesia católica a una asociación de Derecho común[172].

Está considerado como el fundador del Derecho eclesiástico italiano moderno[173]. Con anterioridad a SCADUTO (que obtuvo la cátedra en 1884[174]) la legislación eclesiástica (policía eclesiástica y Derecho público eclesiástico) era enseñado en Derecho constitucional, administrativo y civil[175].

La producción de SCADUTO representa una elaboración sistemática y completa del Derecho eclesiástico construido utilizando como principio de base la idea de separación entre el Estado y la Iglesia católica representada por la frase expresada por CAVOUR de "*libera Chiesa in libero Stato*" [176].

F. RUFFINI, en cambio, consideraba el Derecho eclesiástico bajo la perspectiva del objeto (materia eclesiástica) que viene a estar regulada por el Estado y la Iglesia[177]. En definitiva, el Derecho eclesiástico incluiría el Derecho del Estado sobre materia eclesiástica y el Derecho religioso vigente en cada

---

[171] FANTAPPIÈ, C.: "Francesco Scaduto e Il Concordato Lateranense. Dalla polemica di "Ignotus" sul monopolio nella formazione dei giovani alla lezioni universitarie inedite del 1930-1931", *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1995/1, aprile, p. 307-341.

[172] TEDESCHI, M.: "Il contributo di Francesco Ruffini ...", op. cit., p. 40.

[173] CATALANO, G.: "Il contributo di Francesco Scaduto alla nascita ed allo sviluppo del Diritto ecclesiastico italiano", *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1995, p. 845. Y, según, JEMOLO, auténtico artífice de esta disciplina, vid. *Lezioni di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 121-122.

[174] En este punto es imprescindible hacer referencia a la obra de IBÁN PÉREZ, I. C. titulada *En los orígenes del Derecho Eclesiástico* (editada por BOE, 2004) que la *Prolusione* dictada el 21 de noviembre de 1884 por SCADUTO que sería la primera lección que impartió al hacerse cargo de la cátedra de Derecho Eclesiástico. En esta *Prolusione* justifica la existencia del Derecho Eclesiástico como disciplina autónoma.

Los estudiantes, con ironía, le llamaban "il professore canonico di diritto scaduto", vid. D'AVACK, P. A.: *Trattato di Diritto ecclesiastico italiano*, Guiffrè, Milano, 1978, p. 35.

[175] CATALANO, G.: "Il contributo ...", op. cit., p. 846. Se ha señalado que, en 1843, Salvatore MARCHESE, había defendido que la disciplina eclesiástica tuviera una mayor importancia, vid. "Sull'avviamento da darsi agli studi di diritto specialmente in Sicilia nelle condicioni in mi trovansi. Discorso unaugurale agli studi dell'anno 1843-44, nella R. Università di Catania letto nella gran sala dell'istesa Università, il dí 5 novembre 1843", in *Biblioteca di scienze morali legislative ed economiche*, I, 1844, p. 129 y ss., citado por TEDESCHI, M.: *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 77.

[176] D'AVACK: "Francesco Scaduto. Necrologio", en *Archivio di diritto ecclesiastico*, 1942, p. 301, citado por CATALANO, G.: "Il contributo ...", op. cit., p. 855-

Entre sus muchas obras, citamos:

-- *Il concetto moderno del diritto ecclesiastico* (1885)

-- *Diritto ecclesiastico vigente in Italia* (1885).

-- "Sistema di trattazione del diritto ecclesiastico", en *Scritti della Facoltá giuridica in onore di A. Salandra*, (1928).

[177] DE LUCA, L.: op. cit., p. 41 y FORNI, L.: *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Giuffrè Editore, 2010, p. 47 y ss.

país[178]. RUFFINI, ya aportaba la idea de configurar al Derecho Eclesiástico como "*Legislatio libertatis*"[179], considerando que la libertad religiosa constituía el fulcro del Derecho eclesiástico[180]. Y, definía la libertad de conciencia como la facultad del individuo de creer en aquello que más le place y de no creer en lo que no le gusta[181]. Además, puntualizaba: "*La religión no tiene el monopolio de la conciencia y, por tanto, la libertad de conciencia tiene un contenido más amplio que la libertad de religión; pero no puede existir libertad de religión sin libertad de conciencia*"[182]. Por último, consideraba que "*el derecho eclesiástico de un Estado cualquiera es tanto más importante y tanto más complejo, cuanto menos es la sujeción de tal Estado a la Iglesia*"[183].

En este punto seguimos a LLAMAZARES CALZADILLA[184] que enumera las coincidencias entre ambos autores. En concreto, las siguientes:

- Ambos rechazan un planteamiento confesional de la disciplina.
- Para ambos el objetivo último es el derecho de libertad religiosa.
- Ambos estiman que el Derecho eclesiástico es una disciplina científica autónoma.

También, esta autora destaca las diferencias más significativas entre SCADUTO y RUFFINI, que serían:

- La distinta relación entre el derecho de libertad religiosa y el modelo de relaciones entre el Estado y la Iglesia católica: para SCADUTO la confesionalidad, aunque sea histórica-sociológica, es incompatible con el respeto de la libertad religiosa de tal forma que solamente en

---

178 RUFFINI, F.: *Tratatto di diritto ecclesiastico*, 1938, p. 40-43.

179 TEDESCHI, M.: "Il contributo ...", op. cit., pp. 40, 42 y 49; DE LUCA, L.: op. cit., p. 45 y 133; BERNARDIS, L. M. de: "Pluralismo ideologico e libertà religiosa nella doctrina di Francesco Ruffini", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V, 1989, págs. 49-61. Estas ideas se recogen entre otras obras de RUFFINI en:

-- *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo* (1924),

-- *La libertà religiosa, Storia dell'idea* (1901),

-- "Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico", en *Rivista italiana di scienza giuridica*, vol. XIII, 1892, p. 35 ss..

-- "L'indirizzo odierno del diritto ecclesiastico in Italia", en *Il Filangieri*, XXI, 1896, p. 431 y ss..

180 TEDESCHI, M.: "Nicola Coviello, cultore di diritto ecclesiastico", en *Scritti* ..., op. cit., p. 288.

181 TEDESCHI, M.: "Il contributo ...", op. cit., p. 45.

182 RUFFINI, F.: *La libertà religiosa. Storia dell'idea,* Fertinelli, Milano, 1991, p. 11.

183 RUFFINI, F.: "Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico", en *Scritti giuridica minori,* vol. I., Milano, 1936, p. 5, citado por CATALANO, G.: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Guiffrè, 1989, p. 8.

184 Vid. "El Derecho Eclesiástico del Estado: la formación de un sistema", op. cit., págs. 249-252.

un régimen de separación la libertad religiosa puede encontrar su pleno reconocimiento. Para RUFFINI es perfectamente posible el respeto de la libertad religiosa en un régimen de confesionalidad histórica-sociológica.

- Diferente es la concepción en relación entre igualdad y libertad de las confesiones religiosas y el dato consiguiente de que las confesiones se rijan por un Derecho especial. Para RUFFINI, el hecho de que la Iglesia católica tenga un régimen jurídico especial no lesiona la libertad religiosa y para SCADUTO todas las confesiones religiosas deben estar sometidas al Derecho común, incluida la Iglesia católica.
- La relación entre la Iglesia católica y el Estado. Para SCADUTO, la Iglesia católica está subordinada, jurídicamente, al Estado y, para RUFFINI la relación es entre iguales.
- Para SCADUTO, las normas estatales en materia eclesiástica son las únicas normas que constituyen el Derecho eclesiástico junto con las normas del Derecho canónico a las que el ordenamiento estatal haya otorgado eficacia vinculante[185]. RUFFINI añade además un tercer tipo de normas: las normas bilaterales. Este tipo de normas va a tener una enorme presencia e importancia en el Derecho eclesiástico italiano.
- *Para SCADUTO el principio separatista como garantía de la libertad es el núcleo central del estudio del Derecho Eclesiástico*; en cambio, para RUFFINI ese principio es la libertad religiosa.
- Diferente concepción de la relevancia jurídica de los concordatos. Para RUFFINI son tratados de Derecho internacional. Para SCADUTO, solamente tendrán valor político a no ser que hayan sido refrendados por una ley estatal.
- SCADUTO es monista en relación a las fuentes jurídicas y RUFFINI es dualista (Estado e Iglesia católica).
- Por último, mientras SCADUTO defiende la neutralidad religiosa del Estado RUFFINI, en cambio, defiende la posibilidad de privilegiar a la confesión religiosa mayoritaria.

N. COVIELLO intentará conciliar las posturas de ambos autores, diferenciando entre Derecho Eclesiástico del Estado y Derecho eclesiástico de la Iglesia, aunque para comprender bien el primero es necesario estudiar el segundo[186].

---

[185] Las normas canónicas, siguiendo a Francesco SCADUTO, tendrán valor y eficacia como normas estatutarias y siempre, naturalmente, dentro de los límites de su conformidad con el orden público y con las leyes emanadas del Estado (vid. "Efficacia civile delle norme canoniche", *Archivio giuridico*, nº 92, (8 della IV Serie), 1924, p. 129-153).

[186] Sobre la contribución del civilista Nicola COVIELLO a la configuración del Derecho eclesiástico italiano, vid. TEDESCHI, M.: "Nicola Coviello, cultore di diritto ecclesiastico", en *Scritti ...,* op. cit., p. 281-293 y DE LUCA, L.: op. cit., p. 93-94.

La configuración final del Derecho Eclesiástico como rama autónoma y separada del Derecho Canónico, se debe a SANTI ROMANO[187], gracias a su teoría sobre la pluralidad de ordenamientos. Las teorías de la institución y de la pluralidad de ordenamientos jurídicos de SANTI ROMANO pusieron de manifiesto que el Derecho canónico es un ordenamiento jurídico al igual que el ordenamiento jurídico estatal y que tienen un ámbito propio y una organización propia y, no constituyen una unidad[188].

Para SANTI ROMANO hay varios Derechos eclesiásticos: el de la Iglesia, por una parte y de los concretos Estados, de otra parte[189]. El Derecho eclesiástico será, en sentido restringido, el ordenamiento jurídico de las iglesias cristianas y, en sentido amplio, el ordenamiento jurídico de cualquier comunidad religiosa y además el que regula la posición de las comunidades religiosas respecto al Estado[190].

A. C. JEMOLO señala que el Derecho Eclesiástico incluye en sí mismo dos sistemas distintos que se reúnen por razones de oportunidad de tratamiento didáctico[191]: el Derecho de la Iglesia y el Derecho del Estado. En cambio, Derecho Eclesiástico del Estado será reservado a aquella rama del Derecho público del Estado que tiene por objeto el estudio de las normas del

---

Es necesario destacar que durante los últimos años del siglo XIX y primeros del XX numerosos autores italianos escriben manuales de Derecho eclesiástico, en concreto: CASTELLARI (1888), OLMO (1891 y 1906), CALISSE (1902), SCHIAPPOLI (1896, 1902, y 1913), SIMONCELLI (1902 y 1909); TAMASSIA (1910), BRANDILEONE (1991), **SANTI ROMANO** (1912), SOLMI (1912) y COVIELLO (1915).

[187] DE LUCA, L.: op. cit., p. 95-98. GONZÁLEZ DEL VALLE apunta que "el decisivo paso en el desgajamiento del Derecho eclesiástico del Derecho canónico se produce por GALANTE, JEMOLO y FALCO, que estudian separadamente el Derecho canónico y el Derecho eclesiástico del Estado, sin exponer a uno en función del otro", vid. *Derecho eclesiástico español*, op. cit., pág. 62. Sobre la aportación de la obra de SANTI ROMANO a la Ciencia del Derecho Eclesiástico, vid. FINOCCHIARO, F.: "Santi Romano e il Diritto Ecclesiastico", *Il Diritto Ecclesiastico*, nº 86, 1975, pp. 173-87.

[188] LOMBARDÍA, P.: "El Derecho Eclesiástico", en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1983, pág. 139 y BERNÁRDEZ, A.: "Problemas generales del Derecho Eclesiástico del Estado", op. cit., pág. 42.

[189] Escribe este jurista que "el Derecho Eclesiástico considerado en su conjunto no es sólo un ordenamiento, sino que comprende varios ordenamientos jurídicos que tienen entre sí puntos de contactos variadísimos, puesto que son distintos", vid. *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, I, Pisa, 1918, p. 98, citado por OLMOS, Mª E.: "Estado actual ...", op. cit., pág. 203.

[190] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho canónico fundamental*, op. cit., págs. 110-111; REINA, V. y REINA, A.: *Lecciones de Derecho eclesiástico*, op. cit., págs. 143-144; LOMBARDÍA, P.: "Síntesis histórica", en *Derecho eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1980, pág. 139.

[191] DE LUCA, L.: op. cit., p. 101-106, espec. p. 104.

ordenamiento jurídico concernientes a las confesiones religiosas[192] y, posteriormente, señalará que serán las normas estatales que se refieren a los cultos[193].

V. DEL GUIDICE señala que Derecho Eclesiástico es la rama del Derecho interno de un Estado en la que se reducen a unidad sistemática las normas que contemplan la regulación del fenómeno social religioso[194].

El concepto de Derecho eclesiástico se delimita sobre la base del criterio del objeto, siendo la única fuente el Estado[195]. Con otras palabras, la escuela italiana distingue netamente las ciencias del Derecho canónico y del Derecho Eclesiástico, la primera dedicada al estudio del Derecho de la Iglesia católica, la segunda al Derecho del Estado sobre materias eclesiásticas. La autonomía del Derecho eclesiástico se logra una vez que se abandona la concepción monista.

En fin, se podría resumir la doctrina italiana con las siguientes palabras de L. DE LUCA[196]:

"Del examen de lo expuesto hasta ahora por la doctrina, resulta posible distinguir dentro de ella varias tendencias sustentadas por varios puntos de vista:

a) En primer lugar, en cuanto al contenido del concepto ("Derecho eclesiástico"), mientras una parte de la doctrina lo aplica sólo al derecho directamente formulado por el legislador estatal, la doctrina mayoritaria concibe el Derecho eclesiástico como el Derecho vigente (esto es, aplicable o eficaz) en el ordenamiento estatal en materia eclesiástica.

b) De otro lado, también en relación con el contenido del concepto "Derecho eclesiástico", mientras para algunos autores ha de incorporarse a dicho concepto la parte del ordenamiento del Estado referente a todas las confesiones religiosas; para otros, dicho concepto sólo puede comprender a las confesiones cristianas y, para otros, en definitiva, sólo las normas de aquel ordenamiento relativas a la Iglesia católica.

c) Por último, mientras una parte de la doctrina, para designar el concepto que venimos considerando, entiende necesario añadir a la expresión "Derecho eclesiástico" otras especificaciones y habla por ello de "Derecho del Estado en materia eclesiástica" o también de "Derecho eclesiástico civil" o "Derecho de las creencias religiosas", el uso más extendido es el de la expresión "Derecho eclesiástico" para indicar con ello el derecho aplicable dentro del ordenamiento estatal en materia eclesiástica".

---

[192] JEMOLO, A. C.: *Corso di diritto ecclesiastico,* Roma, 1945, p. 3.
[193] JEMOLO, A. C.: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 1.
[194] DEL GIUDICE, V.: *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 3, DE LUCA, L.: op. cit., p. 106-108, espec. p. 107.
[195] DE LUCA, L.: op. cit., p. 73.
[196] Vid. op. cit., p. 110-113.

B) EL DERECHO ECLESIÁSTICO COMO "LEGISLATIO LIBERTATIS"[197].

Después de la Segunda Guerra Mundial, la proclamación de los derechos y libertades fundamentales en diversas constituciones (como la de la República Federal Alemana –1949—y la italiana –1947—) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) provocaron que la libertad religiosa adquiera una relevancia importantísima en el concepto de Derecho Eclesiástico configurándose dicha libertad en el pilar básico del mismo[198] y acuñándose la terminología empleada por DE LUCA de "*Legislatio libertatis*"[199]. En 1962, DE LUCA, propuso la tutela del sentimiento religioso de los ciudadanos como verdadera función de las normas del Derecho eclesiástico[200]. Se va pasando, por tanto, de la perspectiva institucional a la personalista. Consecuentemente, se pasa de una visión, principalmente internacionalista (institucionalizada y focalizada en las relaciones Estado-Iglesia católica) a otra, constitucionalista, superando el positivismo extremo, y permitiendo esta nueva visión el desarrollo de la doctrina eclesiasticista que se va a dirigir a la tutela de la libertad religiosa[201]. La libertad religiosa será el contenido y la preocupación principal del Derecho eclesiástico. Así, Derecho Eclesiástico vendría a ser definido como el conjunto de normas susceptibles de ser sistemáticamente explicadas que, emanadas directa o indirectamente del Estado en el ejercicio de su competencia, deben de proteger y promocionar, tanto formal como substancialmente los derechos de libertad e igualdad religiosas[202]. Como consecuencia del reconocimiento de la libertad religiosa, en su ámbito individual y colectivo, se abre la exigencia de garantizar y tutelar la igualdad; en definitiva, el rechazo a cualquier tipo de discriminación, todo ello, como se había ya señalado por

---

[197] El término parece proceder, como hemos adelantado, de la obra de Francesco RUFFINI: *La libertà come diritto pubblico subiettivo. Corso di diritto ecclesiastico* (1924), si seguimos la interpretación que ofrece M. TEDESCHI en su obra *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 90 ss.

[198] SPINELLI, L.: "Nuove tendenze della libertà religiosa", en *Nouve prospesttive per la legislazione ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 497.

Por otra parte, se ha considera que más que una evolución científica (ya, se había planteado tal contenido, por RUFFINI, por ejemplo), es un replanteamiento político de la materia frente a la nueva situación constitucional italiana, vid. SOUTO PAZ, J. A.: *Derecho eclesiástico del Estado...*, op. cit., pág. 32.

[199] Vid. "Diritto ecclesiastico e sentimiento religioso", *IUS*, nº 13, 1962, p. 21-15.

[200] Vid., también, "Il diritto ecclesiastico e l'opinione pubblica" en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, nº 6-7, (1951-1953), p. 78-98; voz: "Diritto ecclesiastico", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 976-988 y *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, op. cit., p. 137-138 y 156.

[201] TEDESCHI, M.: *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 50-51.

[202] SERRANO POSTIGO, C.: *Memoria sobre el concepto, método y fuentes del Derecho canónico*, Valladolid, 1988, págs. 200-201.

autores alemanes e italianos como SCADUTO, como fundamento del principio de laicidad (separación y neutralidad)[203].

Este avance en la consideración del Derecho Eclesiástico como *legislatio libertatis* implicará una nueva discusión doctrinal[204] en relación con la inclusión o no del ateísmo y el estudio de sus manifestaciones en el ámbito de la libertad religiosa y, como consecuencia de ello, si el ateísmo está dentro del contenido del Derecho Eclesiástico[205]. Por una parte, estarían los autores que no consideran que el ateísmo sea objeto de estudio del Derecho Eclesiástico, por ejemplo, ORIGONE[206]; D'AVACK[207] y A. RAVA[208]. Otros autores, en

---

[203] CUBILLAS RECIO, L. M.: *Proyecto Docente e investigador,* op. cit., pág. 41.

[204] Sobre la doctrina italiana y la libertad religiosa como objeto de estudio del Derecho Eclesiástico, vid. LLAMAZARES CALZADILLA, Mª C.: op. cit., págs. 255-256.

[205] Sobre esta cuestión en la doctrina española puede verse, OLMOS, Mª E.: "Estado actual ...", págs. 218-221. En este punto conviene recordar que este debate que surgió a raíz de la Declaración Dignitatis Humanae sobre la libertad religiosa del Concilio Vaticano II. Por ejemplo, en la obra de A. F. CARRILLO DE ALBORNOZ titulada: *La libertad religiosa y el Concilio Vaticano II*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966. Este autor indica que la libertad que reconoce el Concilio es "libertad "in re religiosa", en materia religiosa o de religión, de modo que el hombre debe ser libre en la respuesta que ha de dar al problema religioso, sea la que fuere" (pág. 69). En esta obra indica que el poder civil no tiene competencia de favorecer la vida religiosa ni los asuntos religiosos simplemente tiene que reconocer la completa libertad religiosa de todos los ciudadanos y de todas las opiniones e materia religiosa, sin distinción alguna (pág. 89). Incluso, llega a plantear si para la Iglesia católica no sería mejor la defensa de un modelo de "separación *amical* que equivaldría a la imparcialidad benévola de las autoridades civiles respecto de la religión junto con el ejercicio escrupuloso de la libertad de todos" (pág. 91). Por último, diferencia entre libertad religiosa "pura" y libertades religiosas "mixtas", donde incluye, por ejemplo, la libertad de expresión porque las actividades sociales religiosas compartan el ejercicio de otras libertades que no son específicamente religiosas (pág. 104). Sobre este Concilio Vaticano II, vid. SAN MIGUEL PÉREZ, E.: *Alegría y Esperanza: el Concilio Vaticano II y su mundo, 50 años después,* Discurso de inauguración del año académico de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2015.

[206] Vid. *La libertà religiosa e l'ateismo*, Trieste, 1950.

[207] Vid. *Tratatto di diritto ecclesiastico italiano*, op. cit..

[208] Vid. *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa*, Giuffrè, 1959. Considera esta autora necesaria la protección del ateísmo. Esta protección se encuadraría en la libertad de pensamiento.

cambio, estiman que el ateísmo si forma parte del Derecho eclesiástico, entre otros, FEDELE[209], BELLINI[210] y CARDIA[211].

[209] Vid. *La libertà religiosa*, Giuffrè. Milano, 1963.

[210] Vid. "La libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei", en *Teoria e prassi della libertà di religione*, Il Mulino, Bologna, 1975; y "El pluralismo de opciones sobre el hecho religioso y el objeto del derecho de libertad religiosa", *Revista de Derecho Público*, año IX, vol. I., nº 90, enero-marzo, 1983. En este último artículo citado escribe: "Cuando nos encontramos en presencia de los modernos Estados laicos, con estructura ideológica pluralista podemos llegar a una concepción amplia de la "libertad religiosa": tan amplia como para abarcar no sólo la "libertad de religión" en sentido propio y estricto, sino también la "libertad hacia la religión" o "de la religión". En estos ordenamientos diremos que el derecho de libertad religiosa viene entendido como garantía jurídica de la plena facultad de cada hombre de esforzarse en el programa de desarrollo de la propia personalidad moral y cívica, mediante el cumplimiento de todas aquellas opciones, de cualquier contenido, en orden a la propia posición respecto a lo trascendente, que en plenitud de conciencia considere provechosas para su maduración espiritual", (pág. 40).

[211] *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamiento giuridico nella scuola, nell'informazione, dall'unità ai giorni nostri*, Bari, 1973. En esta obra señala: "*El Derecho eclesiástico abarcaría todas las manifestaciones de la conciencia del individuo, incluido el ateísmo*", (p. 18). Y, vid., también, el artículo "Libertad e igualdad jurídica en las relaciones entre religión y ateísmo", en *Revista de Derecho Público*, año IX, vol. I., nº 90, enero-marzo, 1983, págs. 45-63.

CAPÍTULO II

EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO COMO DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Antes de llevar a la conclusión de entender el Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia, debemos hacer mención a dos cuestiones previas: la primera, las críticas que ha recibido el término "Derecho Eclesiástico del Estado", como denominación de esta disciplina jurídica y, en segundo lugar, la influencia del proceso secularizador en la configuración de esta disciplina.

1. CRÍTICAS AL TÉRMINO "DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO".

El término "eclesiástico" referido al Derecho puede significar varias cosas[212]:

-- que ese Derecho es de origen "eclesiástico", o lo que es lo mismo, que su fuente es "eclesiástica";

-- *que regula y se proyecta sobre materias eclesiásticas y religiosas*;

-- que la imperatividad formal de sus normas tiene su fundamento en el respaldo de la autoridad eclesial;

-- que la razón última de su eficacia vinculante está en la fe del obligado y que reclama tanto la obediencia formal externa como el asentimiento interno (confesionalidad del Derecho).

Sin embargo, se puede incluir otro significado directamente relacionado con el significado etimológico primigenio en la lengua griega; es decir, "**ekklesia**" (*ἐκκλησία*). Es decir, asamblea de ciudadanos que deciden de los asuntos públicos.

De estos significados (excepto este último significado), se desprende una primera conclusión, no parece que el título "Derecho eclesiástico del Estado" se adecue al contenido de la disciplina (libertad religiosa, de conciencia, o de ideas o creencias como fundamento del sistema democrático) y, no expresa, en consecuencia, fielmente su contenido. Ya advertía, el profesor LOMBARDÍA

[212] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.,* op. cit., pág. 34.

que la denominación "Derecho eclesiástico" era convencional y no se ajustaba con exactitud a su contenido[213].

El profesor SOUTO no sólo considera que sea convencional sino contradictoria la expresión Derecho Eclesiástico del Estado, en concreto, se expresa con las siguientes palabras:

---

[213] "Es evidente la impropiedad de la denominación de la disciplina ya que, por una parte, se presta a confusión con las normas que proceden de la Iglesia y, por otra, no responde a su objeto ya que las normas estatales que regulan los fenómenos sociales religiosos no pueden referirse exclusivamente a la Iglesia católica, ni siquiera reducirse a las "iglesias" (comprendiendo con esta denominación a las diversas confesiones cristianas), porque es un hecho social indiscutible que, incluso en los países de abrumadora mayoría católica, el Estado tiene que regular cuestiones relacionadas con otras religiones", vid. LOMBARDÍA, P.: "El Derecho canónico en las Facultades de Derecho", en *Escritos*..., op. cit., págs. 322-323.

Reproducimos una serie de autores que consideran lo inadecuado del término "Derecho Eclesiástico":

-- DEL GUIDICE (*Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 3-4) expresa lo inadecuado del término y que sería más apropiado definir esta rama del Derecho estatal interno que regula el fenómeno religioso no como Derecho eclesiástico sino como "Derecho religioso" o "Derecho de cultos", "Derechos de las confesiones religiosas".

-- G. CATALANO, (*Lezioni di diritto ecclesiastico. Parte* Prima, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1-2) señala que la expresión "Derecho eclesiástico" es inadecuada, había que denominarlo "Derecho sobre cultos, de cultos, Derecho cultual; Derecho sobre creencias de religión y sobre culto", esta última expresión es propuesta por MAGNI en las siguientes obras: *Interpretazione del diritto italiano sulle credenze di religione. I. Possibilità operative analitiche e strutture d'ordine delle scelte normative*, Padova, 1959 y en *Teoria e interpretazioni del diritto ecclesiastico civile*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 323.

-- S. LARICCIA (*Diritto ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1986, p. 3-4) escribe que el término de eclesiástico es impropio y convencional: el término iglesia (ecclesia) ha estado vinculado para designar a la comunidad cristiana católica y a cualquier confesión cristiana mientras otros grupos confesionales no cristianos (musulmanes, judíos, budistas, etc.) se les denomina confesiones. El uso, por tanto, de Derecho eclesiástico se justifica para destacar la importancia que en nuestra civilización occidental ha asumido el fenómeno religioso cristiano.

-- D'AVACK (*Tratatto di diritto ecclesiatico italiano*, op. cit., p. 4) en el mismo sentido que los autores anteriores.

Entre la doctrina española, además de P. LOMBARDÍA y LLAMAZARES, y el profesor SOUTO que expondremos en texto su opinión, recogemos las opiniones de:

-- J. MALDONADO (*Curso de Derecho canónico* ..., op. cit., pág. 194), que dice: "Lo peor que tiene es el nombre".

-- I. C. IBAN ("Derecho eclesiástico y Derecho canónico", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* vol. III, 1987, pág. 324), este autor se interroga sobre si la existencia de la ciencia del Derecho eclesiástico se debe a que el Estado no ha dado el último paso en favor de la secularización (pág. 345) y, siguiendo, a CATALANO, se sigue interrogando si la existencia del subsistema de normas de Derecho eclesiástico civil no es consecuencia de que no se haya adoptado el principio de separación por parte del Estado.

-- J. MARTÍNEZ TORRON (*Religión, Derecho y sociedad*, op. cit., pág. 6), también, considera lo inapropiado del término.

> "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 represión de los disidentes del monarca en materia religiosa. Pero es evidente que la intolerancia religiosa supone la privación de 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 término antagónico de la libertad religiosa. Denominar Derecho eclesiástico a la rama del ordenamiento jurídico del Estado que se ocupa del estudio de la libertad religiosa es sencillamente una antinomia"[214] .

En todo caso se podría resumir esta cuestión con el siguiente poema de Jorge Luis BORGES:

"Si el nombre es el reflejo de la cosa
(como dice el griego en el Crátilo)
en las letras de "rosa" está la rosa
y todo el Nilo en la palabra "Nilo"".

En fin, se puede entender que, si el Derecho Eclesiástico del Estado es el Derecho que regula y se proyecta sobre materias eclesiásticas y religiosas, en el caso de un Estado democrático, el Derecho en estas materias estará informado por los principios de libertad de conciencia, igualdad y laicidad. En este sentido, el término eclesiástico lo vamos a relacionar directamente con su significado etimológico en la lengua griega; es decir, "**ekklesia**" (*ἐκκλησία*). Término que en la Grecia clásica se identificaba con la asamblea de la democracia ateniense. Sobre la relación entre democracia, libertad de conciencia y Derecho Eclesiástico del Estado nos remitimos a lo que decimos más adelante.

2. EL PROCESO DE SECULARIZACIÓN.

El término secularización se eleva en el siglo XX al rango de una de las principales palabras claves y encrucijadas hermenéutica de la modernidad occidental[215]. Nuestra intención hasta aquí ha sido intentar demostrar en esta

---

[214] SOUTO PAZ, J. A.: *Derecho eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 34.

[215] MARRAMAO, G.: *Cielo y tierra*, op. cit., pág. 52. En cambio, se viene a definir como sociedad "postsecular" a las sociedades del siglo XXI. En concreto, J. HABERMAS la define de la siguiente manera: "Utilizo es expresión (postsecular) para describir las sociedades modernas que se encuentran con que siguen existiendo grupos religiosos y que las diferentes tradiciones religiosas siguen siendo relevantes, aunque las sociedades mismas estén en gran parte secularizadas. En la medida en que describo "postsecular" no a la sociedad misma, sino un correspondiente cambio de conciencia en ella, el predicado puede utilizarse también para referirse a un autocompresión modificada de las ya en buena parte secularizadas sociedades de Europa occidental, Canadá o Australia" (pág. 131), en "¿Una sociedad mundial

materia concreta que, como escribió Max WEBER, el desarrollo de la sociedad europea occidental moderna está representado por el proceso de secularización. Con otras palabras, siguiendo a Hannah ARENDT, en su obra *La condición humana* (1958), "la secularización como acontecimiento histórico tangible no significa otra cosa que separación de Iglesia y Estado, de religión y política, y ello, desde un punto de vista político, implica una vuelta a la primitiva actitud cristiana ("dad al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios") más que la desaparición de la fe en la trascendencia o un nuevo interés enfático por las cosas de este mundo"[216].

Ese progresivo fenómeno de secularización afectará no sólo a los Estados y a sus ordenamientos jurídicos. También se secularizará la sociedad y lo que es más importante, las mismas creencias e ideas[217]. Consecuentemente, en la opinión pública se abrirá paso el pluralismo. La Reforma protestante había traído consigo el pluralismo religioso, posteriormente, como hemos indicado, se reafirmará el pluralismo ideológico. Las cosmovisiones no religiosas adquieren un status de libertad similar y equiparado al de las cosmovisiones religiosas, como reflejo del principio de igualdad y de no discriminación[218]. En el artículo 137.7 de la Constitución de Weimar de 1919[219] se produce una equiparación en cuanto al régimen jurídico de las confesiones religiosas con aquellas asociaciones que tengan como finalidad la de cuidar conjuntamente una determinada ideología ("*Weltanschauung*").

Siguiendo al profesor LLAMAZARES, parece razonable pensar que el Derecho Eclesiástico del Estado, si quiere ser fiel a la orientación que su evolución histórica ha descrito y a la transformación de la propia sociedad, debe transformarse él mismo en **Derecho de la libertad de conciencia** o, si se

---

postsecular? Sobre la relevancia filosófica de la conciencia postsecular y la sociedad mundial multicultural", en *El poder de la religión en la esfera pública*, Trotta, 2011.

[216] *The Human Condition,* The University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 253.

[217] J. MARTÍNEZ TORRON resume en dos factores la evolución histórica del concepto de Derecho Eclesiástico:

-- "la progresiva desconfesionalización" y

-- "el proceso de individualización", vid. *Religión, Derecho, Sociedad* ..., op. cit., pág. 15.

[218] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I....*, op. cit., pág. 35.

[219] Este apartado dispone: "Se equiparán a las comunidades religiosas las asociaciones que tengan como tarea el cultivo en común de una concepción del mundo". Esta equiparación se recoge, por ejemplo, en el artículo 16 C del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010) que dispone: "1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. 2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. 3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones".

prefiere, de la libertad ideológica o de pensamiento[220], en el que las normas reguladoras de la libertad religiosa y las reguladoras de las materias eclesiásticas, reducidas a la regulación del estatuto jurídico civil de las confesiones en tanto que ejercicio colectivo de la libertad religiosa, representan una parte de este nuevo Derecho de la libertad de conciencia[221]; pasando el grueso de su contenido a las destinadas a regular la libertad de ideas y creencias con independencia de que sean o no religiosas. El primero (Derecho de la libertad de conciencia) es el punto final de la evolución histórica del segundo (Derecho eclesiástico del Estado)[222]. Está claro que la elección del título de una materia nunca es neutral[223].

En definitiva, reproducimos literalmente, por su claridad las siguientes palabras de Peter HÄBERLE sobre la secularización: "***Entre los fundamentos***

---

[220] Según DE LUCA, "el Derecho eclesiástico es una rama del derecho en el cual el individuo viene, en cambio, en consideración por los aspectos más genuinamente humano, que va a garantizar su dignidad y la libertad de su conciencia", DE LUCA, op. cit., p. IV; DE LUCA, L.: *Il Diritto ecclesiastico e la societá degli anni'80,* Bulzoni, Roma, 1988, p. 9.

CARDIA afirma que "El Derecho eclesiástico abarcaría todas las manifestaciones de la conciencia del individuo, incluido el ateísmo" (vid. *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamiento giuridico nella scuola, nell'informazione, dall'unità ai giorni nostri*, Bari, 1973, p. 18) y, en otra obra escribe: "El Estado proclamaba su no-competencia en materia religiosa y esa no-competencia se traducía, al menos conceptualmente, en neutralidad, la cual se extendería a todas las opiniones aun cuando se encontraran fuera de las concepciones religiosas. *El concepto de libertad religiosa se ampliaba hasta resultar asimilado a la libertad de conciencia*, en la que encontrarían acogida todos las orientaciones religiosas o filosóficas, de carácter agnóstico, ateo, inmanentista, etc.. El carácter lacio -o aconfesional- del Estado obtiene, en este cuadro teórico, su formulación más completa y viene a constituir el Estado agnóstico, no sólo hacia cada una de las instituciones eclesiásticas, sino también hacia el mismo hecho religioso, al cual se tendía a no prestar sostenimiento alguno y al cual se tendía a no obstaculizar con ninguna traba en su libertad para expresarse, configurarse o promocionarse", en *La riforma del Concordato, dal confessionismo alla laicitá dello Stato*, Einaudi, Torino, 1980, p. 36-37; y, por último, C. MAGNI consideraba que el "Derecho eclesiástico equivale a una o más norma jurídica, vigente en el campo preceptivo de un Estado cualquiera, el cual contenga la regulación de todos los intereses (individuales o colectivos) teniendo como característica la propiedad, que no determina la pertenencia a la clase de las manifestaciones de opiniones, pensamiento, creencia cualquiera en torno a la religión o al culto", vid. *Teoria e interpretazione del Diritto ecclesiastico civile*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 321-322.

[221] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I....*, op. cit., pág. 36. Es obvio, que el Estado intervencionista en la esfera religiosa, fruto de la Reforma protestante y del Regalismo, primero y el Estado laico, después, han creado un clima de desconfianza en la Iglesia católica con respecto al Derecho profano (la respuesta de la Iglesia católica será, entre otras, el Derecho público eclesiástico). Del primero (Estado intervencionista) surge el Derecho Eclesiástico del Estado que se irá perfeccionando en los Estados democráticos y laicos hasta convertirse en el Derecho de la libertad de conciencia; (cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho canónico fundamental*, op. cit., págs. 84-85).

[222] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I....*, op. cit., pág. 34.

[223] MESSNER, F.: op. cit., p. 159..

genuinos de la cultura jurídica europea se halla la garantía del ejercicio de la libertad religiosa, lugar donde el Estado debe asumir un papel preponderantemente neutral. Para nosotros, su importancia como derecho "justo" es primordial. La libertad religiosa que en palabras de JELLINEK es "la primera de todas las demás libertades", la tolerancia por parte del Estado vinculada a materias religiosas, el principio de no identificación de H. KRÜGER, todo ello no es sino *conditio sine qua non* de la propia Justicia. Más aún, gracias a ellas el Estado constitucional pudo llegar a ser en Europa lo que hoy es. Toda diferencia cultural, todo pluralismo, toda libertad cultural depende en último extremo del resultado final y definitivo de la secularidad del Estado, o de su proceso de secularización. La contraprueba de esta tesis es fácil de hallar en los regímenes islámicos fundamentalistas y en la jurisprudencia de los Estados totalitarios de todo signo. Europa, en cambio, pudo lograr su propia cultura jurídica y en general su propio cuño cultural mediante la declaración de neutralidad estatal en estas materias"[224].

3. EL DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y EL CONTENIDO DE ESTA DISCIPLINA ACADÉMICA.

El profesor LLAMAZARES parte de dos premisas para considerar el Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia.

Primera: La libertad de conciencia y la laicidad en Francia. La palabra "laicidad" (*laïcité*) tiene su origen etimológico en Francia en la década de 1870 y es fruto del debate sobre la enseñanza laica; es decir, enseñanza no confesional[225]. El adjetivo "laico" (*laïque*) es anterior al sustantivo "laicidad" y designa aquello que no es eclesiástico ni religioso. Tendría dos sentidos diferentes: como opuesto a clérigo o a religioso. El primer sentido se origina en la Edad Media, en concreto, cuando se produce la distinción entre clérigos y laicos ("*laïcs*") y, en cambio, el segundo sentido, se origina en el siglo XIX. La aplicación del término laicidad al término Estado viene a definir al Estado como neutral entre las confesiones religiosas y tolerante con todas ellas[226]. El término laicidad, también, se relaciona con la palabra griega "*laos*" que significa pueblo. Y, la palabra "*laikós*", perteneciente al pueblo. En consecuencia, ***el término laicidad se relaciona directamente con "lo común a todos"; es decir, con la igualdad y el sistema democrático***. Con otras palabras, el Estado laico

---

[224] Vid. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 117.

[225] Este neologismo inmediatamente se incorpora a los diccionarios, por ejemplo, la *Enciclopedia Larousse* en 1873, y el suplemento del *Diccionario de Littré* de 1877.

[226] Esta definición se expresa en un discurso de Emile LITTRÉ de 27 de abril de 1882, aunque también se puede encontrar en el *Diccionario de pedagogía y de enseñanza primaria* de Ferdinand BUISSON en 1887. Sobre esta materia, vid. BARBIER, M.: *La laïcité*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 6-8.

sólo puede desenvolverse en sistemas democráticos y que garanticen los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos. Confluyendo en lo que se ha denominado "democracia sustancial"[227].

Siguiendo a Pierre LANGERON se puede decir que el principio de laicidad es, en Francia, un elemento consustancial a la noción misma de Estado y, por lo tanto, reposa sobre la distinción de competencias entre el poder temporal y el espiritual[228]. Distinción que dará lugar con el paso de los siglos a la separación entre el Estado y las confesiones religiosas[229]. Para la consecución del principio de separación será esencial el reconocimiento de la libertad religiosa[230].

La progresiva secularización del poder político permitirá el reconocimiento de la libertad de conciencia. Las nociones de laicidad y libertad de conciencia se reclaman y se complementan[231].

La Revolución Francesa supuso el paso decisivo en la formación del Estado laico en Francia, ya que por una parte, consagró la libertad de conciencia (pensamiento y religiosa) y por otra, plasmó una breve experiencia de la separación entre Estado e Iglesia católica[232]. La libertad religiosa aparece durante la Revolución Francesa, como un derecho humano, desconfesionalizado, secularizado que se incluye dentro de la libertad de conciencia. Además, la proclamación de la libertad religiosa es fundamental para la plasmación de la separación entre el Estado y las confesiones religiosas[233]. Siguiendo a Laura GOVERNATORI la verdadera importancia de la Revolución Francesa se encuentra en la afirmación de los principios de libertad religiosa, de igualdad de cultos, de separación entre el Estado y la Iglesia católica[234].

---

[227] FERRAJOLI, L: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2004, págs. 23 y ss.

[228] LANGERON, P.: *Liberté de conscience des agents publics el laïcité*, Economica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1986, p. 17. Una crítica al concepto de laicidad como identidad, vid. BALIBAR, E.: "Laïcité ou identité?", en el diario Liberation, de 29 de agosto de 2016.

[229] LANGERON, P.: op. cit., p. 53.

[230] Maurice BARBIER señala que: "La existencia de la libertad individual en materia religiosa es a la fuerza la condición y el fundamento de la separación entre la religión y el Estado" (op. cit., p. 24) o, en palabras de Jean RIVERO: "***La laicidad del Estado es la base ideológica del régimen de la libertad religiosa***" (vid. RIVERO, J.: *Les libertés publiques*, Tomo II, Themis, Paris, 3ª de., 1981, p. 174).

[231] LANGERON, P.: op. cit., p. 53.

[232] BARBIER, M.: op. cit., p. 23.

[233] Ibídem, p. 24.

[234] GOVERNATORI RENZONI, L.: *La separazione tra Stato e Chiese in Francia e la tutela degli interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 15-16.

La libertad de conciencia aparece legislativamente reconocida, por primera vez, en el artículo 1 de la Ley de Separación de 1905. En esta Ley se identifica libertad de conciencia y libertad religiosa. La constitucionalización de la libertad de conciencia se produce en la Constitución de 1946, considerándola en un sentido más filosófico como sistema ideológico que implica una explicación del mundo[235].

El Consejo Constitucional francés explicita el contenido de la libertad de conciencia incluyendo la libertad de opinión y de creencias[236]. Por último, se concibe a la libertad de opinión o de pensamiento como una prolongación histórica del derecho de libertad de conciencia. La libertad de conciencia en sentido amplio (incluyendo a la libertad de pensamiento y de opinión, religiosa o no) encuentra su fundamento en la libertad de conciencia en sentido estricto, entendida como cosmovisión o sistema de ideas y creencias[237].

Segunda: La equiparación entre el régimen jurídico de las confesiones religiosas y las asociaciones que tengan como finalidad la de cuidar conjuntamente una determinada ideología ("*Weltanschauung*") que se produce en el Derecho alemán, en concreto, en el artículo 137.7 de la Constitución de Weimar de 1919[238] que por remisión del artículo 140 de la Ley Fundamental de Bonn sigue vigente. Esta equiparación ha implicado que la doctrina alemana incluya ambas dimensiones colectivas dentro del concepto de libertad de conciencia. En este sentido, la doctrina alemana estima que ***la libertad de conciencia es un derecho fundamental autónomo con respecto a la libertad ideológica y religiosa que incluiría conceptualmente a estas últimas libertades***[239]. Además, la neutralidad religiosa e ideológica del Estado y su Derecho; en definitiva, **la laicidad tiene su fundamento en la libertad de conciencia**[240]. Incluso, la libertad de conciencia cumple también la función

---

[235] LANGERON, P.: op. cit., p. 125.
[236] Ibídem, p. 111.
[237] Ibídem, p. 127-129. Según algún autor se ha producido, en Francia, un vaciamiento ideológico de la laicidad que ha propiciado un cambio en las relaciones Estado-confesiones. Dicho cambio se traduce en una actitud del Estado que ya no es crear una ideología laica, ni siquiera neutral sino plural, en consecuencia, llega a hablar del reconocimiento de hecho de las religiones (vid. MARTÍ SÁNCHEZ, J. Mª: "El concepto de laicidad y su evolución en el Derecho francés", *Revista Española de Derecho Canónico*, nº 134, enero-junio,1993, págs. 251-278).
[238] Este apartado dispone: "Se equiparán a las comunidades religiosas las asociaciones que tengan como tarea el cultivo en común de una concepción del mundo".
[239] HERDEGEN, M.: "Gewissensfreiheit", en *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1º Band, 2 ª Auflage, Duncker & Humblot, Berlín, 1974, p. 481.
[240] Ibídem, p. 484.

de proteger la participación política de los ciudadanos, contribuyendo a la formación de la conciencia colectiva y de la opinión pública[241].

Estas dos premisas del Derecho Comparado junto con la utilización metodológica del sistema (sobre el que volveremos más adelante) determinan la concepción del Derecho Eclesiástico del Estado del profesor LLAMAZARES.

Siguiendo a este profesor, ya hemos puesto de manifiesto la evolución histórica del Derecho Eclesiástico del Estado hasta su plena secularización como Derecho de la libertad de conciencia. La libertad de conciencia sería el centro de atención de esta disciplina académica y su contenido vendría determinado por tal libertad. El **derecho a la libertad de conciencia**[242] se puede definir, siguiendo a LLAMAZARES, como "*el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas*"[243]. Así entendida la libertad de conciencia comprende cuatro niveles o dimensiones[244]:

1º) *Libertad para tener unas u otras convicciones, creencias e ideas, y opiniones.* En este ámbito, también, se *incluye la libertad de elección de la identidad cultural*[245].

---

[241] Ibídem, p. 484-486.

[242] Sobre la elección del término "conciencia" frente a otros conceptos similares como pensamiento, idea, creencia, convicción y sus correspondientes libertades, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I., op. cit., 2011, págs. 15-29; TARODO SORIA, S.: *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios,* Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2005, págs. 37-93.

[243] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I., op. cit., 2011, págs. 22 y ss. Sobre la libertad de conciencia, vid. la obra de Martha C. NUSSBAUM, Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales en 2012, que incide en la idea de que la libertad de conciencia no vale nada si no es una libertad igual para todos. Esto solamente es posible gracias a la imparcialidad del Estado en materia religiosa y la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, afirma esta autora en esta obra.

[244] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.,* op. cit., 2011, págs. 21-23. También, vid. PRIETO SANCHIS, L.: "Sobre la libertad de conciencia", en *Libertad y Derecho fundamental de la libertad religiosa*, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 211-212.

[245] Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a elegir su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión y a que se respete dicha elección. Así lo reconoce el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que aprobó la Observación general Nº 21 (2009) sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Derecho que conlleva la obligación de los Estados partes de reconocer, respetar y proteger la cultura de las minorías como componente esencial de su propia identidad; Vid. caso Lovelace vs. Canadá del Comité de Derechos Humanos, (1981), la Convención sobre la protección y protección de la diversidad de las expresiones culturales, de la UNESCO, de 20 de octubre de 2005 (B.O.E. de 12 de febrero de 2007) y el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales de 1 de febrero de 1995 (BOE de 23 de enero de 1998). Es decir, tiene derecho a conformarse, libremente, su propia identidad como contenido del libre desarrollo de la personalidad y del proceso de *mestizaje constitucional democrático* dentro de la

interculturalidad. Una persona puede poseer varias identidades que le son propias, no sólo en la vida privada sino también en la esfera pública. De hecho, en las sociedades abiertas, como la española, con una circulación cada vez mayor de personas e ideas, muchas personas tienen múltiples identidades que coinciden, coexisten o se superponen (de forma jerarquizada o no jerarquizada), reflejando su identidad personal y su personalidad. Los límites al reconocimiento de los derechos de las minorías son los derechos humanos, pero eso afecta, sin duda, a la identidad de muchos grupos. Cuando los derechos individuales y colectivos entran en conflicto, el Estado debe proteger a los derechos individuales de las personas pertenecientes a las minorías, pero no al grupo en cuanto tal; es decir, el Estado no debe proteger, en este caso, la identidad del grupo. Por lo tanto, es en este punto donde se sitúa el límite a la protección de la identidad de las minorías ya que, en muchos casos, la protección de la "pureza" del grupo puede vulnerar la neutralidad, el pluralismo y los derechos humanos. La idea que subyace en el multiculturalismo es la necesidad de reconocer las diferencias y las identidades culturales. Eso no supone que todas las culturas contengan aportaciones igualmente valiosas para el bienestar, la libertad y la igualdad de los seres humanos; (vid. DE LUCAS, J., "¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural", en *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación, género*, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n º 31, 1994, pág. 35). El Estado no es absolutamente neutral en el ámbito cultural, porque tiene que defender los valores democráticos y, consecuentemente, habrá de distinguir las pretensiones de las minorías culturales que sean dignas de protección y de reconocimiento jurídico de las que no lo merecen; (vid. COBO, R., "Multiculturalismo, democracia paritaria y participación política", en *Política y Sociedad*, n º 32, septiembre-diciembre, 1999, pág. 54; FRASER, N. "Multiculturalidad y equidad entre los sexos", en *Revista de Occidente*, n º 173, octubre 1995, pág. 55). Sobre la interculturalidad, vid. *Interculturalidad y Derecho*, A. CASTRO JOVER (Directora), Thomson Reuters, Aranzadi, 2013 (con especial mención los capítulos de esta obra de A. CASTRO JOVER: "Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional y supranacional europeo" y de D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: "Tolerancia, laicidad y diálogo intercultural") y, también la obra: SUÁREZ PERTIERRA, G. y CONTRERAS MAZARÍO, J. Mª (edición a cargo de): *Interculturalidad y educación en Europa*; Tirant lo Blanch, 2005.

La interculturalidad se refiere a "**la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo**" como reconoce el artículo 4.8. de la Convención sobre la protección y protección de la diversidad de las expresiones culturales, de la UNESCO, de 20 de octubre de 2005 (B.O.E. de 12 de febrero de 2007). La garantía de que la multiculturalidad se oriente hacia la interculturalidad es que aquélla esté guiada por valores éticos universales (valores comunes) y se produzcan nuevos "mestizajes" de los valores diferenciales, siempre que esos valores diferenciales no entren en contradicción con los valores éticos universales (valores comunes). Sobre esta materia, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Cátedra de Laicidad y Libertades Públicas Fernando de los Ríos/Dykinson, 2008, pág. 86; LEMA TOMÉ, M.: *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 205; CASTRO JOVER, A.: "Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación", *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 2, diciembre, 2002, págs. 89-119; así como, el artículo 3.2. de la Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Es aquí donde situamos el parámetro que denominamos "*mestizaje constitucional democrático*", vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "La integración intercultural en España: El mestizaje constitucional democrático"; *Migraciones Internacionales*, 2011, págs. 192-222. En la

En principio se trata de fenómenos internos sobre los cuales no interviene el Derecho. Nos referimos al Derecho secular, porque el Derecho confesional sí tiene la pretensión de aceptación voluntaria e interna de la norma basada en la fe, obediencia interna que no es relevante en el Derecho secular. La relevancia jurídica en esta libertad se produce respecto del derecho a la libre formación de la conciencia que incluye los derechos a la educación y a la información[246].

2º) *Libertad para expresar y manifestar, o no, las convicciones, creencia e ideas, y las opiniones.* Libertad para transmitir esas convicciones propagándolas o enseñándolas, pero, también, incluye el hacer partícipe a otros de nuestras convicciones para convencerlos evitando el recurso al proselitismo ilícito. La transmisión de unas y otras está en el fundamento de la libertad de enseñanza y de la libertad de expresión.

3º) *Libertad para comportarse de acuerdo a las propias convicciones, ideas y creencias, y a no ser obligado a obrar en contradicción a ellas.* Esta libertad fundamental incluye tanto el derecho a la objeción de conciencia en caso de contradicción entre la

---

Conferencia Mundial de la UNESCO de 1982, celebrada en México, se recoge: "Todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad. *La identidad cultural de un pueblo se renueva y enriquece en contacto con las tradiciones y valores de otros pueblos. La cultura es diálogo, intercambio de ideas y experiencias, aprecio a otros valores y tradiciones, en el aislamiento se agota se muere"*. En este sentido, vendría a ser entendido como "fusión cultural" dentro del marco constitucional y como enriquecimiento permanente del sistema democrático. Dicho mestizaje debe tener como meta la consecución de una sociedad democrática avanzada como dice el Preámbulo de nuestra Constitución. En fin, la interculturalidad es la respuesta más congruente para resolver los conflictos que plantean las minorías religiosas en nuestro ordenamiento jurídico. Con palabras de J. RATZINGER, el papa Benedicto XVI: "Me parece que hoy es indispensable la dimensión intercultural para plantear la discusión sobre las cuestiones fundamentales del hombre", en *Dialéctica de la secularización sobre la razón y la religión*, Encuentro, 2006, pág. 63.

[246] En este punto conviene tener en cuenta que dentro del derecho de libertad de conciencia (religiosa o no) se incluye el derecho a cambiar de religión, de creencias o de convicciones. Como ha indicado el Juez Roux RENGIFO, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, en su voto razonado dice: "El cambio de religión o de creencias suele ser el resultado de un proceso prolongado y complejo, que incluye vacilaciones, cavilaciones y búsquedas. El Estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se le coarte a nadie la posibilidad de acoplar, sin infringir los derechos de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para optar adecuadamente por el cambio o la conservación de su fe. Si el Estado falta, por acción u omisión, a esos debates, viola el derecho de libertad de religión y de conciencia". En resumen, el derecho a la libre formación de la conciencia debe ser garantizado por cualquier Estado democrático a través del derecho de educación y el derecho de información. Consecuentemente, la libertad de conciencia garantiza la construcción de la conciencia libre de presiones estatales y de los grupos, pero a su vez el Estado debe facilitar, de forma neutral, los elementos necesarios para su conformación.

norma jurídica y la norma de conciencia, como el derecho a que solo por razones fundadas se dispongan, como obligatorias o prohibidas, conductas consideradas libres en conciencia[247]. En este nivel se sitúa la denominada "acomodación" o "ajustes razonables"[248]; es decir, las posibles excepciones que se introducen al cumplimiento de una ley "neutral" (general para todos).

4º) *Libertad para asociarse, reunirse y manifestarse con otros sobre la base de compartir las mismas convicciones.* El derecho de asociación como Derecho común para todos los grupos de personas que se asocian en torno a unas convicciones. En este nivel se incluye, en función del carácter especial del colectivo, la creación de: partidos políticos (libertad política), sindicatos (libertad sindical), confesiones religiosas (libertad religiosa) e, incluso, la constitución de empresas ideológicas o de tendencia.

El derecho de libertad de conciencia, si se entiende con este contenido, se convierte en el "derecho fundamental básico de los sistemas democráticos", como ha escrito LLAMAZARES[249]. Idea que aparece en la jurisprudencia

---

[247] CASTRO JOVER, A.: "Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia", en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, nº 2, agosto, 2016, p. 441 y ss.

[248] El **acomodo razonable** es una obligación jurídica que deriva del derecho a la no discriminación, consistente en tomar medidas razonables para armonizar una acción o inacción con una determinada demanda de ejercer un derecho, a menos que ello cause una carga excesiva. En este caso, el acomodo no está incorporado a una norma explícitamente, sino que deriva de las normas que garantizan la no discriminación en el ejercicio de otros derechos, particularmente, la libertad de conciencia. Su reconocimiento supone aceptar excepciones a la aplicación uniforme de la ley o, dicho de otro modo, *supone aceptar la pluralidad en la aplicación de las leyes*. Es decir, la existencia de diferentes estatutos jurídicos personales. El acomodo razonable busca otorgar un trato diferenciado a personas que resultarían perjudicadas o discriminadas en virtud de su pertenencia a un grupo o por una condición personal, lo que abarca las creencias religiosas, sean éstas más o menos compartidas con otros ciudadanos. El acomodo razonable así entendido es un instrumento jurídico al servicio del multiculturalismo y que tiende a favorecer la identidad colectiva de los grupos. El acomodo deviene no razonable cuando en vez de favorecer obstaculiza la integración normalmente bajo la forma de una exención de la aplicación de la ley, a condición de que tal solución sea compatible con el interés público; sobre esta materia, vid. WOEHRLING, J.; "La liberté de religion, le droit à l'accommodement raisonnable et l'obligation de neutralité religieuse de l'état en droit canadien", *Revista Catalana de Dret Public*, 33, 2006, pp. 369-403. Cuestiones relacionadas con la vestimenta, la alimentación, los lugares de culto o la exhibición de símbolos de orden religioso nutren la casuística del acomodo razonable. En todo caso, hay que tener presente el asunto ***Karnel Singh Bhinder v. Canadá, Comunicación. 208/1986, de 1989, del Comité de Derechos Humanos,*** **donde se recoge que: "E**l artículo 18 no impone un deber de "ajustes razonables", que el concepto de la libertad de religión consiste en la libertad de la intervención del Estado, pero no tiene la obligación positiva de los Estados Partes a proporcionar asistencia especial para conceder exenciones a los miembros de grupos religiosos que les permitan practicar su religión".

[249] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.,* op. cit., 2011, pág. 23.

canadiense con las siguientes palabras: "(…) while keeping in mind that the Charter has established the essentially secular nature of Canadian society and **the central place of freedom of conscience in the operation of our institutions**. …It should also be noted (…) that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. **The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government**"[250].

En este sentido, entender el Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia es cerrar el círculo terminológico pues, como hemos indicado, si la libertad de conciencia es la libertad básica de cualquier sistema democrático, el término "eclesiástico" vuelve a su primigenio significado etimológico de "**ekklesia**" (*ἐκκλησία*). Término que en la Grecia clásica se identificaba con la asamblea de la democracia ateniense. El Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia se convierte en la rama jurídica que garantiza el sistema democrático y su perfeccionamiento constante. Con otras palabras, esta rama jurídica estudia si el ordenamiento jurídico garantiza la libre formación de la conciencia para actuar como ciudadanos evitando que exista manipulación de las conciencias a través, por ejemplo, del adoctrinamiento en los centros educativos o, por otra parte, que se dificulte la conformación de la opinión pública libre garantizando el control democrático de los medios de comunicación (art. 20.3 CE)[251].

Aunque sobre esta cuestión volveremos al analizar la doctrina española y la autonomía científica de esta disciplina, queremos dejar apuntado, desde este momento, que la utilización de las expresiones libertad de conciencia y Derecho de libertad de conciencia son absolutamente convencionales[252]. En este sentido, por una parte, el profesor SOUTO, lo define como el derecho de la libertad de ideas y creencias[253] y, el profesor MARTÍNEZ TORRÓN considera que el

---

[250] Sentencias de la Corte Suprema de Canadá: Rodriguez v British Columbia (Attorney General), [1993] 3 SCR 519 y, R v Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 SCR 295.

[251] RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El control de los medios de comunicación*. Dykinson, 1997.

[252] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.,* op. cit., 2011, pág. 18.

[253] SOUTO PAZ, J. A.: *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1999; SOUTO PAZ, J. A.: *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, Marcial Pons, Madrid, 1993; SOUTO PAZ, J. A.; SOUTO GALVÁN, C.: *El derecho de libertad de creencias*, Marcial Pons, 2011. También, vid. ALENDA SALINAS, M.: *La libertad de creencias y su tutela jurídica*, Tirant lo Blanch, 2015. En la obra de J. R. POLO SABAU titulada: *¿Derecho Eclesiástico del Estado o Libertades Públicas?*, Universidad de Málaga, 2002 se defiende esta posición doctrinal (págs. 47 y ss.). En concreto, dice: "Consecuentemente, si el Derecho Eclesiástico del Estado, partiendo de la determinación administrativa de su objeto y contenido, puede ser considerado como aquel sector del ordenamiento jurídico que gira en torno al reconocimiento de la libertad de

objeto de esta asignatura es el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que constituye un único derecho[254].

El Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia incide en una serie de temas que tienen que ver con una serie de conductas libres en conciencia relacionadas con el derecho a la procreación o sobre la Bioética[255] y, por otra, con el ámbito de la neutralidad cultural[256] y el

---

creencias, entonces puede así mismo afirmarse que el *Derecho Eclesiástico del Estado es el Derecho de las libertades públicas*" (pág. 77). Y, este mismo autor ha escrito: " En el planteamiento del que yo parto, la consideración dogmática del objeto al que se refiere el descriptor está supeditada a su percepción sistemática en el ordenamiento constitucional, y de ello se derivan ciertos condicionantes (científicos) que, entre otros aspectos, aparte de desembocar, a mi juicio, inevitablemente, en la concepción unitaria de la libertad ideológica y religiosa, sitúan el fundamento de las libertades públicas de contenido intelectual en el art. 1 de la *lex normarum*", en "El Derecho Eclesiástico del Estado, la sensibilidad académica y la facilonería audaz", en *Laicidad y libertades*, nº 6, 2006, pág. 614

[254] Cfr. *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., pág. 130.

[255] Reproducimos la justificación del profesor LLAMAZARES sobre la inclusión de estas materias dentro de esta disciplina académica: "La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1. CE) y la combinación del derecho de la libertad de conciencia (art. 16. 1 CE) con el derecho a la propia intimidad (art. 18.1 CE) generan una esfera de derechos personalísimos, cuya sustracción a la capacidad de autodecisión es de legitimidad más que dudosa, ya que implicaría nada más y nada menos que la negación de la misma libertad, y convertirían al Derecho en internamente contradictorio al entrar en contradicción con su principio supremo: el personalismo. (...). La respuesta generalizada de los ordenamientos jurídicos de nuestra área cultural hasta hace bien poco ha sido la de considerar prohibidas conductas tales como el aborto, la eutanasia, la cirugía transexual y el auxilio prestado para su realización: no sólo no se consideraba como derechos subjetivos, sino que se tipifican como conductas punibles" (...). Nos movemos en el terreno de los derechos llamados "personalísimos" en los que se concreta el poder de autodisposición sobre la integridad física de la persona, el propio cuerpo o la propia salud (libertad para la elección de vida en pareja, libertad sexual, procreación natural o artificial, aborto, donación de órganos, esterilización, etc.) o incluso la propia vida (eutanasia). (...). Derecho a la vida y al integridad física y moral (art. 15 CE), derecho de la libertad de conciencia (art. 16 CE), derecho a disponer del propio cuerpo, derecho de libertad sexual y derecho de procreación son los principales derechos fundamentales que principalmente entran aquí en juego", *Derecho de la libertad de conciencia, II. Conciencia, identidad personal y solidaridad*, Civitas, Madrid, 2011, págs. 358-359. Desde otro punto vista, A. MARTÍNEZ BLANCO considera que las cuestiones relacionadas con la biogenética, la eutanasia, el aborto, los medios de comunicación, etc., forman parte del objeto de estudio del Derecho Eclesiástico, vid. op. cit., pág. 146.

[256] La laicidad es un concepto que ha pasado por distintos momentos en cuanto a su significado, y desde significar la neutralidad del Estado ante el pluralismo religioso, se extendió también a la neutralidad ante el pluralismo ideológico, con el fin de garantizar la igualdad entre todos los ciudadanos, viniendo así a coincidir neutralidad del Estado ante el pluralismo de ideas y creencias con la laicidad, hasta significar, según el profesor LLAMAZARES, también neutralidad del Estado ante el fenómeno del pluralismo cultural de las sociedades modernas más desarrolladas. Se trata, además, de una neutralidad que si bien descarta la discriminación negativa, no descarta la positiva, sino que ésta viene obligada

fenómeno de la multiculturalidad[257] y la interculturalidad[258] y el régimen jurídico de las minorías culturales[259].

Este hecho, junto con el contenido descrito de los cuatro niveles de la libertad de conciencia, ha provocado que se atribuya, a los profesores que defendemos esta posición doctrinal, el ser proclives a la voracidad temática. Dicha voracidad temática, según MARTÍNEZ TORRÓN, que "consiste en la inclinación a extender, con una elasticidad a mi juicio excesiva, los temas objeto de estudio por parte del derecho eclesiástico (...). Por lo demás (...) conviene señalar que, no obstante, el interés que el análisis de esos temas ofrece al jurista, su inclusión en el ámbito del derecho eclesiástico difícilmente puede efectuarse sin distorsionar la relativa cohesión interna que reclama toda especialidad jurídica"[260].

---

cuando así lo impongan los valores superiores del ordenamiento, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., págs. 176-181.

[257] GONZÁLEZ MORENO, B.: "El valor formativo del Derecho eclesiástico en el marco de los estudios jurídicos ante los nuevos conflictos de multiculturalidad", en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, nº 1, 2005, págs. 225-238.

[258] Se ha señalado que "de una sociedad pluralista, formada por sujetos sociales que defendían y reivindicaban los propios intereses –negociables— en el ámbito de un horizonte cultural relativamente homogéneo y estable, se pasa a una sociedad multicultural en la que los sujetos se consideran portadores de identidades fuertes; no negociables, y que tienden a trasladar el debate a las mismas reglas del juego", (vid. M. GIANNI: "Multiculturisme et Démocratie: Quelques implications pour le Théorie de la citoyenneté", en *Swiss Political Science Review*, I, (4), 1995, p. 3-39, citado por S. FERRARI, *Derecho y religión en Europa occidental,* Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pág. XIII). El propio S. FERRARI apunta que: "la trascendencia del paso de una sociedad pluralista a otra multicultural no ha sido todavía plenamente percibida en el ámbito de la cultura jurídica europea. Un buen ejemplo de este retraso lo constituyen las técnicas de organización de la sociedad: éstas se inspiran todavía en los modelos de gestión del pluralismo, aunque con un creciente recurso –que denota las dificultades de funcionamiento del sistema— a la válvula de escape que resulta ser la objeción de conciencia" (ibídem). Sobre la interculturalidad ya hemos hablado más arriba.

[259] Sobre las minorías culturales, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, II. Conciencia, identidad personal y solidaridad*, Civitas, Madrid, 2011, págs. 706 y ss.; DÍAZ BARRADO, C. M.: *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, Edisofer, 1999; RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "La protección jurídica de las minorías culturales en el Derecho Comunitario", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 5, 2005, págs. 69-115.

[260] Vid. MARTÍNEZ TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., pág. 57. Este profesor reseña: "la existencia de algunos estudios sobre temas que rebasan los límites habituales de nuestra disciplina, y que se han llevado a cabo, bien como resultado de opciones intencionadamente asumidas sobre el objeto propio del derecho eclesiástico del Estado, bien como natural desbordamiento de una especialidad jurídica centrada en una triple libertad – libertad de religión, de pensamiento y de conciencia— cuyo análisis difícilmente puede separarse de otras libertades" (págs. 89 y 90). Creemos que nuestra obra, que se cita en esas páginas: *El control de los medios de comunicación –la participación de los grupos ideológicos en el control de los medios de comunicación*— se encuadra perfectamente en esa triple libertad de pensamiento, conciencia y religión. De esa obra se pueden extraer importantes conclusiones para la

Como respuesta más concreta a estas palabras, a parte de los que diremos más adelante sobre la autonomía científica, son las propias del profesor LLAMAZARES:

> "El Derecho de la libertad de conciencia no es, por tanto, una especie de ameba de expansión ilimitada, ni invasora de predios vecinos. Tiene perfectamente señalados su orientación y su dique de contención. Es un sistema abierto a la permanente revisión y consecuente autorreforma, pero cerrado a la inclusión de cuerpos extraños; celoso de lo propio, pero escrupulosamente respetuoso con lo ajeno"[261].

4. EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO EN ESPAÑA[262].

A) INTRODUCCIÓN.

Podemos partir de que siempre ha existido, en España, Derecho Eclesiástico, en sentido amplio (pero restringido su estudio al fenómeno religioso), como decía LOMBARDÍA[263]. No obstante, este mismo profesor observaba que "no todo el Derecho español histórico sobre materia religiosa puede considerarse (...) Derecho eclesiástico en sentido propio". En cualquier caso, aun cuando se considere, con BERNÁRDEZ CANTÓN, el Derecho Eclesiástico como el conjunto de "disposiciones estatales sobre materias eclesiásticas"[264], no cabe duda de que, como dice GONZÁLEZ DEL VALLE, el Derecho eclesiástico tiene su origen a partir del "momento en que el estudio de la legislación estatal sobre materia religiosa es objeto de un tratamiento autónomo, diferenciado del estudio del Derecho canónico"[265] y de contenidos que se englobarán bajo la denominación de "policía eclesiástica", por ejemplo, aunque no representan un tratamiento autónomo.

---

doctrina eclesiasticista. A saber: la relación directa entre el modelo de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas y el modelo de control de los medios de comunicación; la importancia de los mecanismos de control de los medios de comunicación por su directa relación con la libre formación de la conciencia; el estudio de la participación de las confesiones religiosas en los órganos de control de los medios de comunicación, …

[261] *Derecho de la libertad de conciencia. II*, Civitas, 1999, pág. 16.

[262] Sobre esta materia, RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Aproximación histórica al Derecho Eclesiástico del Estado en España", *Laicidad y Libertades*, nº 1, 2001, págs. 189-216.

[263] Vid. "Precedentes del Derecho Eclesiástico Español", en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, op. cit., pág. 111.

[264] Vid. "Problemas generales del Derecho Eclesiástico del Estado", en *El fenómeno religioso en España* ..., op. cit., págs. 21-22.

[265] Vid. *Derecho Eclesiástico español*, op. cit., págs. 57-58.

Si entendemos el Derecho eclesiástico del Estado, en su moderna formulación; es decir, como una *legislatio libertatis*, es evidente que, como escribe la profesora Mª Elena OLMOS sólo "a partir de la Constitución de 1978, Ley fundamental y básica que preside todo el ordenamiento jurídico estatal, debe calificarse el derecho eclesiástico español como ciencia. Es a partir de entonces cuando los juristas eclesiasticistas, desde los postulados de los principios informadores y valores superiores de la Carta Magna, estamos elaborando un sistema de normas compresivo del Derecho Eclesiástico, con plena y total autonomía científica"[266].

B) PRECEDENTES REMOTOS DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO (HASTA EL SIGLO XIX).

El concepto de Derecho Eclesiástico como normativa reguladora de la materia religiosa, en nuestro país, viene determinado claramente y, hasta el siglo XX, por el Derecho Canónico[267]. Tanto el Derecho Canónico como el Derecho Eclesiástico (o, ley canónica o, ley eclesiástica) serán términos sinónimos y utilizados, indistintamente, por autores y normas jurídicas[268]. Por lo tanto, no

---

[266] Vid. "Estado actual de la Ciencia del Derecho Eclesiástico español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. III, 1987, págs. 211. Y, lo confirma el profesor SOUTO: "Ni desde un punto de vista legislativo ni doctrinal se puede hablar, por tanto, de un Derecho Eclesiástico autónomo como expresión de una reserva de competencia del Estado en la regulación de la dimensión social del factor religioso, y mucho menos según la concepción moderna del mismo, entendido como *legislatio libertatis*. La libertad de cultos reconocida indirectamente en la Constitución de 1869 y abiertamente en la Constitución de 1931 no hicieron posibles asentar esta disciplina debido a su efímera vigencia", vid. "Prólogo" a *Legislación eclesiástica* de A. REINA, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 11.

[267] El profesor J. M. PÉREZ PRENDES apunta la existencia de un "Derecho eclesiástico" o legislación estatal sobre una serie de materias que, posteriormente, la Iglesia católica reclamará como competencia propia durante los siglos IV y V, (vid. *Curso de Historia del Derecho español*, Serv. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. C. M., Madrid, 1984, pág. 204). También, se ha escrito: "Durante la Alta Edad Media las diversas Iglesias protonacionales cobraron una gran personalidad en el ámbito litúrgico. Algunas de esas Iglesias realizaron enormes esfuerzos de ordenación del **derecho eclesiástico propio**, como la Iglesia visigoda española con la Hispana entre los últimos años del siglo VII y los primeros del VIII", vid. VILLAPALOS SALAS, G. y SAN MIGUEL PÉREZ, E.: *Lecciones de Historia del Derecho español*, op. cit., pág. 121.

[268] Por ejemplo, autores como Francisco SUÁREZ, en su obra *De Legibus ac Deo Legislatore (Las Leyes)*, —1612—, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. En esta obra dice lo siguiente: "La ley positiva se divide en civil y eclesiástica, división que no conocieron los filósofos porque desconocieron el fin sobrenatural y el poder especial correspondiente; por eso, para éstos ley humana es lo mismo que ley civil; a ésta SAN AGUSTÍN la suele llamar temporal, porque es la que se ordena al gobierno político de la ciudad, a la tutela de los derechos temporales y a la conservación del estado en la paz y en la justicia. Por consiguiente, las leyes civiles tratan de estos bienes temporales o corporales.

se produce una expansión (progresivamente secularizada) del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado, como hemos podido comprobar que ocurre, en otros países.

Sin embargo, la materia religiosa o eclesiástica no estuvo regulada, exclusivamente, por el Derecho Canónico ya que la intervención del Rey en estas cuestiones será siempre muy acusada, aunque se debe advertir que durante muchos siglos no se puede distinguir entre ordenamientos jurídicos diferentes (canónico y estatal)[269].

Si partimos de los visigodos, desde RECAREDO tras su conversión al catolicismo en el año 587, es significativa la intervención real en la Iglesia católica; expresándose dicha intervención en el nombramiento de obispos y en la convocatoria de concilios. En los concilios intervenía la Iglesia católica y la nobleza, aunque cada uno de estos grupos sólo trataba de los temas religiosos (Iglesia católica) y seculares (nobleza). Siguiendo al profesor TOMÁS Y VALIENTE, "el Derecho canónico y especialmente el procedente de los

---

Pero además de éstas, la religión cristiana reconoce las **leyes eclesiásticas o canónicas** que se contienen en los sagrados cánones y en los decretos de los Papas", (vid. op. cit., pág. 20).

[269] Sin embargo, existen autores que diferencian la jurisdicción eclesiástica y la civil en función de la aplicación de una serie de reglas, vid. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra y para jueces eclesiásticos y seglares*, Juan Bautista Verduffen impresor, Amberes, 1704, págs. 553 y ss..

Por otra parte, los **estudios universitarios de Derecho** hasta principios del siglo XIX consistían exclusivamente en Derecho Canónico y Derecho Romano. Es decir, existían dos Facultades: la de Leyes y la de Cánones. En este sentido el artículo 368 de la Constitución de Cádiz de 1812 decía: "El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas". La Facultad de cánones se suprimió el 1 de octubre de 1842, aunque dicha supresión había sido anticipada por OLAVIDE, en 1769, y en la Universidad de Granada se había realizado en 1776. En 1842 el programa de enseñanzas incluía en Cuarto curso: Elementos de historia y de Derecho canónico; en Sexto curso: Historia y disciplina eclesiástica general y especial de España y colecciones canónicas – sobre esta asignatura volveremos más adelante—; y en Séptimo curso, por ejemplo, aparecía Derecho político constitucional (vid. NAVARRO VALLS, R.: "La enseñanza universitaria del Derecho canónico en la jurisprudencia española", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I, 1985, págs. 56-67). En relación con esta reforma universitaria, POSADA DE HERRERA criticaba que "que los estudios canónicos se van descuidando en demasía y más de lo que a una nación católica conviene" (vid. *Lecciones de Administración*, (1843), Tomo III, INAP, Madrid, 1988, pág. 269) y, prosigue "que ni se da a las cuestiones canónicas que entre nosotros se agitan el elevado carácter que es propio de hombres políticos, ni en el campo de la escuela son examinadas por la generalidad de los que las tratan con los datos y la profundidad que este siglo eran de esperar", (vid. op. cit., pág. 270).

Sobre la evolución histórica del Derecho canónico en los planes de estudios, vid. NAVARRO VALLS, R.: "La enseñanza universitaria ...", op. cit., págs. 56-68.

Concilios de Toledo posteriores al año 589, no constituyen un ordenamiento independiente del secular. Dada la continua presencia de la Iglesia católica como institución puente entre la Hispania romana y el reino visigodo y dada la composición mixta de los concilios, es imposible separar ambos órdenes jurídicos y, en consecuencia, la importancia del Derecho canónico y de las colecciones en que se recogió"[270].

Esta intervención real en la Iglesia católica no desaparece durante la Reconquista, sino que se va incrementando. De tal forma que el Derecho Real incorporaba normas canónicas, así como una serie de disposiciones sobre las facultades reales en la Iglesia católica y, en otras materias directamente relacionadas con la Iglesia católica, como exenciones fiscales, distribución de competencias entre los tribunales civiles y eclesiásticas, bien sea a través de disposiciones dictadas directamente por el rey o por las cortes[271]. Durante este período la materia religiosa y su regulación jurídica se amplía debido a la convivencia de otras religiones en nuestra península (musulmana y judía) hasta su expulsión en 1492[272]. La tolerancia religiosa que se estableció en los territorios cristianos y musulmanes dieron lugar a las minorías mozárabes y mudéjares y, por otra parte, se encontraban los judíos, en ambos territorios. Esta tolerancia que tuvo gran influencia durante los reinados de algunos reyes, como por ejemplo Alfonso X, el Sabio, implicó la regulación jurídica por parte del Rey y las Cortes (Las Partidas[273]) y, por otra, que los derechos confesionales

---

[270] Vid. TOMÁS y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 458-460. Sobre el Derecho canónico y los concilios de Toledo, vid. VILLAPALOS SALAS, G. y SAN MIGUEL PÉREZ, E.: *Lecciones de Historia del Derecho español*, op. cit., págs. 51-52; 55, 121.

[271] Se pueden citar entre otras, las Cortes de Valladolid de 1325-1336, donde se recogen normas sobre la jurisdicción eclesiástica y exenciones de las iglesias y clérigos; Cortes de Valladolid de 1351, sobre la condición de judío; Cortes de Toro de 1371, regulando determinados conflictos entre la autoridad eclesiástica y civil; Ordenamiento de las Cortes de Burgos de 1377 sobre la condición de judíos y provisión de beneficios eclesiásticos; Cortes de Tordesillas de 1401, estableciendo los límites de competencia entre la jurisdicción real y de la Iglesia y sobre la organización del clero; Cortes de Toledo de 1480 sobre régimen de moros y judíos.

[272] No conviene olvidar que todavía van a quedar, en nuestro país, los moriscos, constituyendo una minoría significativa, en algunas partes de nuestro territorio, hasta su definitiva expulsión en 1609.

[273] En Las Partidas, se reconocía esta tolerancia tanto para musulmanes como para judíos. En relación con los musulmanes se decía que debían vivir entre los cristianos guardando su ley, no denostando la ley cristiana. Y, con referencia a los judíos se respetaban los sábados y demás festividades religiosas y se prohibía interrumpir por la fuerza las reuniones religiosas judías, vid. VERA URBANO, F. de P.: "La libertad religiosa en la Edad Media", en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, op. cit., págs. 1117-1118.

(*status personal*) durante algún tiempo fueron aplicados por los tribunales civiles[274].

Después de la expulsión de judíos y musulmanes, las normas reales vendrán determinadas, por una parte, por la consolidación de la unidad religiosa del reino y la supervisión o vigilancia de la pureza de la fe y, por otra, por las normas que configuran el Regalismo. Por lo tanto, dentro del Derecho real se encuadran estas dos materias[275]. Se ha apuntado que estas normas regalistas "representan sin lugar a dudas un principio del Derecho Eclesiástico"[276].

Durante el siglo XVI, los civilistas castellanos consideraban que *lex* expresaba una norma promulgada por el rey; su significado nuclear se encontraba en la razón civil que a su vez debía obedecer a la razón natural[277]. De todos los civilistas de este siglo XVI, destacamos a Marcos SALÓN DE PAZ, Doctor Burgensis, conocido por BURGOS DE PAZ, que en 1568 publicó "*Ad leges taurinas insignes commentarii*". En esta obra sostenía que la razón natural tenía valor decisorio de las causas cuando las leyes no bastaban para resolverlas y considera invocable el Derecho canónico y el Derecho romano, pro ratione, "*non quia leges*"[278].

Esta situación jurídica en relación con el Regalismo, fundamentalmente, no implicará como en el caso del Derecho francés la aparición de un Derecho civil eclesiástico, sino que entrará en la confusión entre Derecho Real y Derecho Canónico, fruto de esta mixtura serán los concordatos, como el de 1753.

La materia religiosa regulada por el Derecho real vendrá determinada por los poderes reales de intervención en el Iglesia católica a través de las

---

[274] Se dictarán disposiciones encaminadas a organizar la permanencia de los musulmanes y judíos en las ciudades que habitan, disposiciones que se encuentran, frecuentemente, englobadas en el fuero municipal de la localidad de que se trate.

[275] Sobre los intentos de introducir este Derecho real en las Facultades, vid. PESET, M. y PESET, J. L.: *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, Valencia, 1975, págs. 137 y ss.

[276] Vid. OLMOS, Mª E.: "Estado actual ...", op. cit., pág. 204. LOMBARDIA señala que el regalismo como uno de los "antecedentes más remotos" del Derecho Eclesiástico en nuestro país (vid. "El Derecho eclesiástico" en *Derecho eclesiástico del estado español*, 1983, pág. 104). Desde este punto de vista, se podría considerar a los teóricos del regalismo, defensores de las regalías de la Corona, como una especie de pioneros en esta disciplina (vid. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. Mª: "Precedentes de la ciencia española del Derecho eclesiástico. Algunos datos y reflexiones", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Tomo II, Diputació de Castelló, 1999, pág. 891).

[277] VALLET DE GOYTISOLO, J.: "El Derecho y la ley en las definiciones de los civilistas castellanos del siglo XVI", en *Anales de Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, nº 28, 1998, pág. 169.

[278] VALLET DE GOYTISOLO, J.: "El Derecho ...", op. cit., pág. 166.

instituciones regalistas, que ya no se conciben como privilegios otorgados por la Iglesia católica sino como una consecuencia lógica del jurisdiccionalismo territorial[279] y, por otra, por la policía de cultos. La policía de cultos surge en el siglo XVIII (aunque hay algún antecedente, con Felipe II, por ejemplo, las Pragmáticas sobre policía de costumbres de 1565) y se va a consolidar en el siglo XIX.

La idea de policía surge para afianzar el poder de los reyes[280], facilitando que se atribuyan poderes antes reservados a la Iglesia católica y estaba encaminada a evitar los actos contrarios a la religión. En este sentido, autores como OLMEDA Y LEÓN (1771), en su obra *Elementos de Derecho público y de la paz y de la guerra*, parten del concepto de regalía de la majestad como fundamento del poder real, para referirse además a una variada gama de materias consideradas como objeto de gobierno entre las que se encuentran la religión y la educación[281]. También, en esta materia sobre policía de cultos y, en esta época, tiene gran importancia la traducción de obras extranjeras, por ejemplo, la obra de VON JUSTI, *Elementos generales de policía*, donde se muestra partidario de la tolerancia religiosa, aunque el traductor español PUIG y GELABERT criticaba duramente este punto[282]. Otro autor, Tomás de VALERIOLA, en su obra *Idea general de la policía sacada de los mejores autores que han escrito sobre la materia* (1789), que seguía fundamentalmente la obra de DE LA MARE, recoge en el cuaderno segundo los temas relacionados con la religión y las sepulturas[283]. Por último, ya en el siglo XIX, en la obra *Instituciones de Derecho Administrativo*, de Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, de 1843, centra la actividad administrativa en el concepto de policía. El Título II de esta obra está dedicado a esta actividad y

---

[279] En la obra de Ramón del VALLE-INCLÁN, *Luces de Bohemia*, (Colección Austral, Espasa-Calpe, 1983), se recoge el siguiente pasaje:

"Don Gay: Maestro hay que fundar la Iglesia Española Independiente.

Max: Y la Sede Vaticana, El Escorial.

Don Gay: ¡Magnifica Sede!

Max: Berroqueña.

Don Latino: Ustedes acabarán profesando en la Gran Secta Teosófica. Haciéndose iniciados de la sublime doctrina.

Max: Hay que resucitar a Cristo.

Don Gay: He caminado por todos los caminos del mundo y, he apreciado que los pueblos más grandes no se constituyeron sin una Iglesia Nacional. La creación política es ineficaz si falta una conciencia religiosa con su ética superior a las leyes que escriben los hombres" (págs. 21-22).

[280] BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Los estudios sobre Administración en la España del siglo XVII*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 32-33.

[281] Ibídem, pág. 52.

[282] Ibídem, págs. 80-81.

[283] Ibídem, págs. 82-83.

dentro de la misma se incluye el orden público que comprende las materias relacionadas con el culto[284].

Por otra parte, durante el siglo XVIII se introduce el estudio del Derecho natural y de Gentes en la Facultad de Leyes, por Real Decreto de 1770. En esta nueva asignatura se utilizan fundamentalmente obras de autores protestantes de la Escuela Racionalista del Derecho natural, por ejemplo, el texto utilizado, por primera vez, en esta asignatura es *Elementos Juiris Naturae et Gentium, Castigatuinibus ex catholicorum doctrina* de J. B. HEINNECCIUS, discípulo de THOMASIUS. Estas obras serán expurgadas para adaptarlas a la doctrina católica[285]. La obra de VATTEL, titulada *Le Droit des gènes ou principes de loi naturelle appliques à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), traducida en 1776 y, posteriormente, en 1820, por M. PASCUAL. Este traductor criticaba y rechazaba dos tesis de VATTEL, que eran:

-- primera, no había superioridad del poder del rey sobre la Iglesia, ya que ésta era independiente;

-- segunda, no cabía tolerancia religiosa en virtud del artículo 12 de la Constitución de Cádiz de 1812.

Otro ejemplo de expurgación es la obra de J. J. BURLAMAQUI, *Principes de Droit Naturel* (1747), traducida por GARCÍA SUELTO en 1829, también existe una nota introductoria sobre *la libertad de conciencia* donde se señala que esta libertad afecta a la creencia interior y, no cabe culto público de ninguna religión si existe una religión de Estado. Esta nota corrige la rotunda afirmación de BURLAMAQUI de que hay que defender la libertad de conciencia, incluso con la fuerza.

C) EL SIGLO XIX.

Todo este esbozo histórico-jurídico puede determinar, desde nuestro punto de vista, como esta materia (regalías, policía de cultos y libertades de culto, de pensamiento, de imprenta) a partir del siglo XIX con mayor o menor reconocimiento constitucional sean estudiados por autores que podríamos

---

[284] NIETO, A.: "Algunas precisiones sobre el concepto de policía", *Revista de Administración Pública*, nº 81, septiembre-diciembre, 1976, págs. 60-61, nota nº 19.

También algunos autores franceses recogían el estudio de la policía de cultos, vid. MACAREAL, en 1883, en *Elementos de Derecho público y político* (traducción española de 1843, págs. 230-231) y F. BECHARD en *De l'Administration de la France* de 1845 (vid. NIETO, A.: "Algunas precisiones ...", op. cit., págs. 64-65).

Sobre la evolución de las asignaturas de Derecho político y constitucional y Derecho administrativo, vid., entre otros, GALLEGO ANABITARTE, A.: "Las facultades de Derecho españolas y la influencia francesa, con especial atención al Derecho público y Derecho natural (siglos XVII-XIX)", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4480-4500.

[285] GALLEGO ANABITARTE, A.: op. cit., págs. 4470-4471.

encuadrar en el Derecho público, bien sean de Derecho político o de Derecho Administrativo. Hecho que se prolongará incluso durante el siglo XX. Sin embargo, el análisis que realizan de estas materias no implica un estudio sistematizado de las mismas, sino que su estudio es consecuencia de otros puntos de vista que impiden lógicamente considerar a estos autores como eclesiasticistas. Sin embargo, existirán algún otro autor como MONTERO RÍOS, catedrático de Derecho Canónico, que si podríamos considerar como un precursor del estudio de las materias que dan lugar al objeto de análisis del Derecho Eclesiástico del Estado, en sentido moderno, quizás, más en su labor práctica al asumir planteamientos liberales[286].

A partir de 1842 y hasta el R. D. de 2 de septiembre de 1883 se imparte una nueva asignatura denominada ***Disciplina eclesiástica***[287]. En esta asignatura, se ha señalado, se pueden encontrar referencias a la legislación unilateral del Estado en materia eclesiástica, pero estamos muy lejos de las construcciones alemanas e italiana[288]. Siguiendo al profesor SOUTO se ha observado que: "Desde el punto de vista disciplinar, sólo se pueden mencionar, como un precedente del Derecho Eclesiástico, los Tratados y Manuales de Disciplina Eclesiástica, que proliferaron durante el siglo pasado [siglo XIX] y

---

[286] IBÁN, I. C.: "El concepto ...", op. cit., pág. 73. El profesor MONTERO RÍOS decía: "El hombre debe aceptar una fe religiosa libremente y el Estado no puede ejercer ninguna coacción sobre esta íntima libertad humana. La función política del Estado es garantizar el respeto de esa libertad". Era partidario de "implantar en España la separación de la Iglesia y el Estado en régimen de libertad religiosa" (vid. CALVO OTERO, J.: "El canonista liberal Montero Ríos: universitario y político", en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, 1983, pág. 65). Con otras palabras, incidían en este aspecto: "Y no se nos diga que si nosotros exigimos la protección del Estado es porque nuestra religión es la verdadera. La misma razón y el mismo argumento absolutamente el mismo, pueden alegar y alegan en efecto las demás religiones. No hay institución religiosa alguna que no se crea poseedora de la verdad religiosa, de la misma manera que lo cree y sostiene la Iglesia católica. ¿Y dónde está el criterio superior del Estado para distinguir la verdadera religión de la falsa? ¿Dónde está ese criterio seguro que le permita dispensar la verdadera religión de la falsa? ¿Dónde está ese criterio seguro que le permita dispensar su protección a la verdadera religión y negársela a la que considere falsa?" (vid. CALVO OTERO, J.: op. cit., pág. 66). Por último, defiende y define la enseñanza laica, de la siguiente manera: "si lleva este nombre es porque descansa sobre el sagrado derecho que el hombre tiene, cualquiera que sea el estado que goce con arreglo al culto que profese, a difundir entre sus semejantes los conocimientos con que haya enriquecido su inteligencia" (vid. CALVO OTERO, J.: op. cit., pág. 70).

[287] Esta asignatura se proponía en la reforma de la Universidad de Valencia de 1786, (vid. PESET, M. y PESET, J. L.: *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*, op. cit., págs. 160-161); incluso en el Informe general sobre la Universidad de Salamanca del general francés THIÉBAULT en 1811, se proponía, también, esta asignatura. Sobre su implantación, vid. NAVARRO VALLS, R.: "La enseñanza universitaria ...", op. cit., págs. 56-57, que recoge como "Disciplina general de la Iglesia y particular de la de España".

[288] IBÁN, I. C.: "El concepto ...", op. cit., pág. 73, GONZÁLEZ DEL VALLE, "Derecho Eclesiástico ...", op. cit., págs. 157-158.

que, siguiendo el uso de la época, exponen conjuntamente el Derecho Canónico especial de España y las disposiciones estatales en materia eclesiástica. Hay que hacer notar, sin embargo, que estas disposiciones se enmarcan en la confesionalidad católica del Estado español, sancionada en las diversas Constituciones, y tienen como destinatarios las instituciones de la Iglesia católica, cambiando de signo de acuerdo con los vaivenes políticos característicos del siglo XIX español"[289].

Entre los libros publicados sobre esta materia se pueden citar:

-- AGUIRRE, J.: *Curso de disciplina eclesiástica general y particular de España*, 4 vols., Madrid, 1957-1858; 1871(3ª ed.).

-- DE LA FUENTE, V.: *Ecclesiasticae disciplinae lectiones ex Sacro Tridentino Concilio nencnon ex hispanis synodis et conventionibus: ad usum eorum qui in conciliaribus hisp. seminariis Juri Canonigo operam dant,* Madrid, 1866.

-- GÓMEZ-SALAZAR, F. y DE LA FUENTE, V.*: Lecciones de disciplina eclesiástica*, 2 vols., 1874, 1877, 1888, 1894.

-- DE PASO y DELGADO, N.: *Curso elemental de disciplina eclesiástica general y particular de España*, 2 vols., Granada, 1874-1875[290].

De estas obras vamos a recoger las ideas más importantes para tratar de averiguar en qué consistía esta asignatura.

La obra de J. AGUIRRE*, Curso de disciplina eclesiástica general y particular de España*[291], donde se señala que "el estudio de la Disciplina eclesiástica debe limitarse al gobierno de la Iglesia y de su potestad administrativa y jurisdiccional"[292]. Inicia el primer capítulo señalando que: "no hay más que una

---

[289] Vid. "Prólogo" a *Legislación eclesiástica*, de A. REINA, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 10. LOMBARDIA expresaba: "en España existió durante el siglo XIX en las Universidades una materia, denominada Disciplina eclesiástica, que dio, ocasión a que se publicarán algunos libros estimables en los que según las modas de las épocas, se trataba de Derecho del Estado relativo a la materia religiosa, junto al Derecho procedente de fuentes eclesiásticas particulares de España", vid. "Derecho eclesiástico", op. cit., 1983, pág. 60.

[290] Sobre otros autores, vid. PÉREZ ALHAMA, J.: "El Derecho eclesiástico en la Universidad española", en *Ius Canonicum*, IV, 1964, págs. 375-406. Se ha señalado que esta asignatura estuvo vinculada a su existencia en los planes de estudio, por lo tanto, todas las obras son anteriores a 1890 (vid. VÁZQUEZ GARCÍA PEÑUELA, J. Mª: op. cit., pág. 892). Sin embargo, ya hemos señalado alguna obra posterior en su edición a esa fecha y, también la de Julián PORTILLA MARTÍN: *Recitaciones de Derecho canónico y Disciplina eclesiástica de España*, 1900. Lo que parecería llevarnos a que el Decreto de 1883 tuvo una aplicación desigual. Mayor importancia en este punto merece la asignatura de doctorado "Derecho público eclesiástico e influencia de la legislación de la Iglesia en la del Estado", recogida en el Plan de Estudios de 1884, aunque fue suprimida por R. D. de 10 de septiembre de 1906, vid. NAVARRO VALLS, R.: "La enseñanza universitaria ...", op. cit., pág. 57.

[291] He examinado la edición tercera de esta obra, 1871.

[292] Vid. op. cit., pág. 16.

verdadera religión, una verdadera Iglesia y un verdadero derecho eclesiástico (...) Son, pues, inseparables la idea del derecho eclesiástico de la de la Iglesia, y la de esta de la de la religión" [293]. Este autor utiliza y cita las obras de WALTER (*Manual de Derecho eclesiástico*), PHILIPS (*Derecho eclesiástico*), LACKIS (*El Derecho público eclesiástico*), MEYNER (*Instituciones del Derecho eclesiástico*). Considera que es un error el reconocimiento de la libertad religiosa[294]. Por último, este catedrático de la Universidad Central, prefiere el término *Derecho eclesiástico a Derecho canónico* (ya que la palabra canon está limitada a las Decretales de los pontífices o a los decretos de los concilios o a las colecciones que contienen unas y otros). Define Derecho Eclesiástico como la "colección de leyes divinas y humanas, por las que se rige la sociedad cristiana y se dispone la disciplina eclesiástica"[295]. Derecho Eclesiástico viene a identificarlo con Derecho confesional católico.

En cambio, los catedráticos F. GÓMEZ SALAZAR y V. DE LA FUENTE, definen Disciplina eclesiástica como "aquella parte del Derecho canónico que tiene por principal objeto el conocimiento práctico para la ejecución de todo lo concerniente al régimen y gobierno de la Iglesia católica"[296]. Estos profesores señalaban que la "cátedra de Instituciones de Derecho canónico tiene por objeto el estudio de las reglas por las cuales se rige la Iglesia; si ende, por lo tanto, propio de esta asignatura explicar el conjunto armónico de las leyes eclesiásticas (...) más la de Disciplina eclesiástica da por supuesto tales principios, que son la base de la ciencia canónica, y examina las cosas y las instituciones según las encuentra establecidas en los diferentes períodos históricos, así que su objeto principal es tratar de los medios y modos de ampliación y ejecución de aquellas reglas y teorías al régimen y gobierno de la Iglesia, en todo cuanto se refiere a esta sociedad divinamente instituida"[297].

En 1895, aparece la obra *Instituciones de Derecho canónico*, de J. P. MORALES que tiene como objeto dar respuesta al programa de esta asignatura al haberse reducido a un solo curso y, al desaparecer la asignatura Disciplina eclesiástica, aunque señala que él era partidario de volver a reeditar su anterior obra: *Tratado de Derecho eclesiástico general y particular de España*, pero considera que debe seguir la denominación oficial de la asignatura[298]. Define el Derecho canónico como la colección de leyes eclesiásticas y señala que se atribuyen otras denominaciones como Derecho eclesiástico, ya en razón de su objeto, por tratar

---

[293] Vid., op. cit., pág. 23.
[294] Vid., op. cit., pág. 64.
[295] Vid., op. cit., págs. 76-86, espec. 81.
[296] Vid. *Lecciones de Disciplina eclesiástica general y particular de España*, Madrid, 1894 (5ª ed.), pág. 21.
[297] Vid., op. cit., págs. 13-14.
[298] Ibídem, págs. 7-9.

de personas y cosas eclesiásticas, ya por su origen[299] y, considera que Disciplina eclesiástica es "aquella parte del Derecho canónico que tiene por principal objeto la ejecución de las leyes eclesiásticas en todo lo concerniente al régimen y gobierno de la Iglesia"[300].

Como se ha podido observar todavía a finales del siglo XIX en, España, nos seguimos moviendo en el ámbito de la **identificación entre el Derecho canónico y el Derecho eclesiástico**[301].

Por otra parte, en principio, también, durante este período aparecen los primeros libros titulados como "Derecho Eclesiástico"[302].

---

[299] Ibídem, pág. 43.

[300] Ibídem, págs. 46-47.

[301] A finales del siglo XIX sigue siendo común la identificación entre Derecho canónico y Derecho eclesiástico, por ejemplo, el siguiente texto de Leopoldo ALAS CLARIN que aparece en *Ensayos y Revistas* (1888-1892): "Pues, a falta de esos nombres resonantes, digo que consuela encontrar libros como el titulado *La Unidad Católica* (estudios histórico-canónicos), en que su autor, D. Víctor Díaz Ordóñez, Catedrático de **Derecho eclesiástico** en la Universidad asturiana, nos da la flor y el fruto de una fe noble, entera, incólume; espectáculo cada día más raro y para mí agradabilísimo, lleno de ternura; de una fe ilustrada y no pedantesca, de un espíritu escogido y no orgulloso, de una ciencia cristiana no anticuada y manida, si no fresca, viva, llena de las emanaciones saludables del aire libre.

Muchos falsos librepensadores, que en España achacan al Catolicismo, en general, grandes defectos que encuentran en muchos de los escritores católicos de España, debieran fijarse en que cometen con esa religión tan respetable una injusticia, tan solemne como la que cometiera quien juzgase de la ciencia heterodoxa por los disparates y desplantes de esos librepensadores falsos a quien me refiero".

[302] Por ejemplo, A. MANJÓN: *Derecho Eclesiástico general y español*, (2 vols.), Granada, 1885; 1891; 1913; J. P. MORALES Y ALONSO, *Tratado de Derecho eclesiástico general y particular de España*, Sevilla, 1881; 1889 (donde se exponían todas las materias objeto de la ciencia canónica, este tratado daba respuesta a las dos asignaturas existentes en aquel momento: Instituciones de Derecho canónico y Disciplina eclesiástica). Es curioso, el libro de Luis LAMAS VARELA, de 1878, titulado ***Nuevo Manual de Derecho Mercantil y Derecho eclesiástico***. [sí, Derecho Mercantil].

Aunque se pueden citar obras anteriores de autores españoles y de autores extranjeros (que serán utilizados en nuestro país al existir traducciones) como BERARDI: *Comentarios al Derecho eclesiástico universal*, Turín, 1766; RIEGGER: *Prenociones del Derecho eclesiástico*, 1838, Madrid; EYBEL: *Introducción al Derecho eclesiástico de los católicos*, 1789, Venecia; LACKIS: *Prenociones del Derecho eclesiástico universal*, 1822, Madrid; FLEURI: *Institución del Derecho eclesiástico*, 1730, adicionada por Blas Antonio NASSARE, catedrático de la Universidad de Zaragoza; RIGGER: *Instituciones de jurisprudencia eclesiástica*, 1822, 1838; VAN ESPEN: *Derecho eclesiástico universal*, Venecia, 1769; y, destaca BARBOSA: *Tres libros del Derecho eclesiástico universal*, León, **1660** y, por último, *Colección de los concordatos y demás convenios celebrados después del Concilio Tridentino entre los Reyes de España y la Santa Sede... ilustrada con notas, ordenada ... para servir de texto en las aulas del Derecho eclesiástico*, realizada por un catedrático de la asignatura, Madrid, 1848.

En resumen, hablar de la existencia de un Derecho Eclesiástico como disciplina científica durante el siglo XIX "sería más que metafórico, sería una falsedad"[303].

Del análisis de esas obras sobre Disciplina eclesiástica, y salvando un estudio más riguroso, que no creemos que no modificará mucho la siguiente conclusión: *de la lectura de esas obras no se desprende que sean objeto de estudio las normas estatales que regulan la materia religiosa o eclesiástica*. Las normas estatales sobre esta materia eran estudiadas, como hemos adelantado, en otras obras relacionadas con la policía de cultos o el reconocimiento de la libertad religiosa. Por este motivo, recogemos algunos autores que recogen estas materias.

Los estudios de estos autores se pueden dividir en dos grupos. Un primer grupo, formado esencialmente por administrativistas, consideran que esta materia religiosa o, bien no es objeto de estudio del Derecho Administrativo, reclamando, indirectamente, que otra disciplina se ocupe de ella; o, bien dichas materias son estudiadas, desde una perspectiva exclusivamente administrativa, analizando las conexiones y relaciones con el Derecho Administrativo. En todo caso, consideran que dichas materias deben estar reguladas por el Derecho estatal. Un segundo grupo, pone las bases teóricas, desde nuestro punto de vista, para la construcción de un sistema de Derecho Eclesiástico del Estado[304] basado en la libertad de conciencia y en la neutralidad religiosa del Estado.

Dentro del primer grupo, encontramos al administrativista, ORTIZ DE ZUÑIGA, en *Elementos de Derecho Administrativo* (1843), en concreto la Parte II de esta obra, sobre los objetos y atribuciones de la Administración, se refiere a la religión y a la moral pública y, más específicamente en el capítulo I a la religión y a sus ministros. Considera este autor que "*podrá creerse quizás que esta materia no tiene ningún enlace con la Administración*; pero debo recordar aquí un principio sentado por Mr. Bonnin, que hasta ahora no ha sido refutado ni controvertido por ningún otro escritor de la ciencia. La Administración está encargada del precioso depósito de la seguridad de las personas y de los bienes, de la moral pública, y de todo cuanto puede contribuir a la mejora del estado social de los hombres. De cuya verdad se deduce, que debe por medio de sus agentes custodiar y proteger el culto religioso, base esencial de la moral del pueblo y fuente auxiliar de las buenas costumbres"[305]. Después, partiendo del artículo 11 de la Constitución de 1837 analiza los ámbitos de protección del culto católico en relación con el orden público y, por último, como inciden los ayuntamientos y las diputaciones provinciales, en el sostenimiento del clero católico.

---

[303] Vid. IBÁN, I. C.: "El concepto de Derecho eclesiástico", op. cit., pág. 73.
[304] Vid. RODRÍGUEZ BLANCO, M.: "Francesco Ruffini, cronista del Derecho eclesiástico español en 1895", en *Quaderni di diritto e política ecclesiastica*, vol. 11, nº 1, 2003, págs. 187-202.
[305] Vid., op. cit., págs. 6-7.

El siguiente autor, José de POSADA DE HERRERA, incide con mayor claridad en las ideas antes esbozadas. En su obra *Lecciones de Administración*, también del año 1843, en la Lección LVIII, analiza los intereses morales, donde, por una parte, señala la relación estrecha entre religión y enseñanza[306] y, por otra, distingue cuatro sistemas de relaciones entre el Estado y la Iglesia:

1º. Supremacía de la Iglesia sobre el poder temporal.

2º. Supremacía del poder temporal sobre el poder eclesiástico.

3º Independencia de los dos poderes, obrando las dos autoridades religiosa y civil como enteramente independientes y,

4º. La independencia de estas dos autoridades, teniendo relaciones entre sí, no siendo extranjeras la uno para la otra y prestándose mutuo apoyo en el cumplimiento del objeto de su misión[307].

Señala que para *el análisis de estas materias se necesitarían muchas lecciones, pero considera que invadiría "**terreno que no pertenece verdaderamente al derecho administrativo**"*[308]. En esta lección, también analiza el artículo 11 de la Constitución de 1837 y las normas que evitan la alteración del orden público y que se perturbe a la religión católica. En la lección siguiente, estudia las normas de policía interior sobre cultos y las inmunidades y derechos de los eclesiásticos, mostrándose partidario del Regalismo. También, se muestra partidario del reconocimiento de la tolerancia religiosa pero no de la libertad religiosa; es decir, que en ningún caso se debe profesar en público una religión distinta a la católica como se desprende de la Constitución de 1837[309].

En cambio, en la obra de M. COLMEIRO PENIDO: *Derecho Administrativo español* (1850), se muestra absolutamente apologético de la doctrina de la Iglesia católica, partidario del máximo intervencionismo administrativo en relación al culto católico; es decir, mantiene una postura regalista, no es partidario del Estado laico y democrático y, estima que a cada país le corresponde una religión oficial, que en el caso de España es la católica[310].

---

[306] Vid. op. cit., pág. 162.

[307] Cfr. op. cit., pág. 163.

[308] Vid., op. cit., pág. 164.

[309] Escribe: "Si el individuo particular es absolutamente libre para tener en su conciencia todas las creencias que crea conveniente, si esta libertad no puede atacarse donde los derechos individuales se respetan, inmediatamente que trate de manifestar públicamente sus opiniones y de disputar sobre la verdad de la creencia católica, tiene que sugetarse (sic) a las disposiciones y mandatos de la autoridad civil" (vid., op. cit., pág. 166).

[310] NIETO, A.: *El pensamiento administrativo de Colmeiro, estudio preliminar*, vol. III, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, págs. 115-117.

Sin embargo, este mismo profesor publica el libro titulado: *Elementos de Derecho Político y Administrativo de España*[311], durante el sexenio liberal. En esta obra describe el marco jurídico vigente en esta materia que está presidido por la libertad de conciencia y la separación entre el Estado y la Iglesia católica. Incluso de sus palabras, que se reproducen, parece desprenderse su defensa de estas reformas. En concreto recoge este manual:

"La Constitución vigente proclamó la libertad de **conciencia** y ofreció igual protección a todos los cultos que profesaren los españoles o los extranjeros residentes en España. La inmediata consecuencia de esta novedad fue la secularización del matrimonio, o la separación del sacramento y del contrato.

Por otra parte, como ya los derechos del sacerdocio y del imperio no se confunden, sino que por el contrario los actos civiles son distintos de los religiosos, ni el bautismo es prueba del nacimiento, ni es prueba de la defunción la sepultura eclesiástica. Cuando más podrían serlo dentro del rito católico a cuyo exclusivo servicio se hallan ahora consagrados los libros parroquiales.

Separada en este punto la causa de la iglesia y del Estado, fue forzoso establecer el registro civil en el cual se anotan los nacimientos, los matrimonios, las defunciones y todos los actos en virtud de los cuales se gana o pierde la nacionalidad española conforme a las leyes.

Oponen algunos al principio de la instrucción primaria obligatoria los sagrados derechos de la **conciencia**, porque en efecto, nadie debe ser compelido a frecuentar una escuela de distinto culto que profesa, si la enseñanza ha de ser moral y religiosa. Cortan el nado de la dificultad proponiendo la exclusión de toda enseñanza dogmática de las escuelas públicas, idea que aceptan gustosos cuantos opinan por la separación absoluta de la Iglesia y el Estado.

De lo uno y lo otro no hay ejemplo sino en los Estados Unidos, donde la vida religiosa es tan activa y las sectas innumerables. En Europa las leyes, las costumbres y las tradiciones no han consentido hasta ahora el divorcio del alfabeto y el catecismo. La libertad de **conciencia** queda a salvo, no obligando a los niños de diferente culto a oír ninguna doctrina, ni a participar de ningún ejercicio piadoso. Además, la libertad de enseñanza concilia el precepto legal con el respeto a toda creencia, permitiendo abrir escuelas especiales para el servicio de cada religión o secta".

Como consecuencia del sexenio liberal y del reconocimiento de la libertad religiosa[312], algunos autores diferencian claramente entre dos tipos de Estados en función del reconocimiento o no de esa libertad. En este sentido,

---

[311] Imprenta de F. Martínez García, 1870.

[312] Sobre esta materia, vid. nuestro trabajo: "El intento de plasmación de un Estado laico en el sexenio liberal (1868-1874)", en *Studia Carande*, nº 5, 2000, págs. 93-114.

CUESTA en *Elementos de Derecho Político*[313] escribía las siguientes palabras: "Si el Estado, que no puede ser indiferente, so pena de no ser moral, profesa una religión librepensadora, es decir, una religión cuyos dogmas se resuman en este principio, "todo hombre, que obre y piense conforme a sus opiniones y creencias, piensa y obra bien", el Estado, para ser consecuente, habrá de permitir el culto privado y público de todas las religiones. Mas si, por el contrario, el Estado profesa una religión exclusivista, esto es, una religión cuyo dogma fundamental sea que "solo ella posee la verdad y prescribe el bien, y que fuera de ella no se encuentra otra cosa que el error y el mal", en este caso, la consecuencia y la lógica exigen que el Estado proscriba todo lo que manifestándose al exterior se oponga a los dogmas que profesa o a los preceptos religiosos que venera; a menos que la necesidad reconocida, o el deseo de evitar un mal mayor le precise a obrar de otra manera". Con claridad manifiesta la imposibilidad del Estado de ser neutral, pues si el Estado reconoce la libertad religiosa dicha decisión incide directamente en esta materia, al tomar partido. Esta última opinión ecléctica, nos permite estudiar el segundo grupo de autores.

En el segundo grupo se encuentra la obra de Ramón SALAS *Lecciones de Derecho Público constitucional, para las escuelas de España* (Madrid, 1821), vaticinaba que "las leyes eclesiásticas serán muy pronto en España un estudio de curiosidad y erudición, como lo son en Francia"[314]. Es obvio, que se equivocó.

En la Lección X de la Primera Parte de esta obra citada, tenía como título la *libertad de conciencia o de religión*, y escribía lo siguiente:

> "Los principios que versan en este punto de derecho público constitucional, son en el día tan conocidos, que cualquiera de mis lectores puede llenar esta lección, con solo tomarse el trabajo de leer un libro de los muchos que tratan la materia; y si hace mas caso de los egemplos (sic) que de las razones, le bastará tender la vista por los pueblos modernos, y observar cuál es su conducta en esta parte de la administración pública.
>
> Por eso he creído poderme excusar por ahora sin inconveniente, el trabajo de tratar de la libertad de conciencia: tal vez algún día escribirá sobre ella de propósito y separadamente; pero por ahora este tratado no me parece indispensable en mis lecciones"[315].

Aunque, en la Lección IV de la Segunda Parte, analizaba con detalle el artículo 12 de la Constitución de 1812, defendiendo este autor la libertad religiosa y la neutralidad del Estado. Estimaba que el Estado no puede ser un sujeto creyente como única manera de consagrar la libertad religiosa, en nuestro

---

[313] Imprenta de Francisco Núñez, Salamanca, 1877, págs. 96 y 97, citado por L. MARTÍN-RETORTILLO: *Libertad religiosa y orden público*, Tecnos, 1970, págs. 27-28.
[314] Vid. C.E.C., 1982, págs. XLIII-XLIV.
[315] Vid., op. cit., pág. 78.

país. Esta idea la expresaba con las siguientes palabras: "El Estado, ente moral que no existe en abstracto, no tiene religión y cada individuo podrá elegir la que sea conforme a su conciencia, supuesta la libertad de cultos" [316].

Con mayor rotundidad se afirman estos principios por parte de V. SANTAMARIA DE PAREDES, catedrático de Derecho político y

---

[316] Este párrafo se incluye en el siguiente texto: "Se teme que la libertad de culto produzca controversias, disputas y altercados que alteren la tranquilidad pública, pero una experiencia tan general como la que tenemos de lo contrario, ha debido desvanecer este temor. No conozco un pueblo en que hoy esté autorizada la libertad religiosa, sino de derecho, á lo menos de hecho, que para el efecto de que tratamos es lo mismo (...) Digamos la verdad con franqueza, pues que ya es lícito decirla en España: este artículo 12 ¿no podría ser reemplazado por otro que dijese sencillamente: todos los cultos gozarán en España de una igual libertad y protección? Yo copiaría esto de la Constitución francesa; pero no copiaría del mismo modo la declaración que se hace en seguida de que la religión católica apostólica romana es la religión del estado; porque ¿qué quiere decir esto? ¿que la religión católica es la del rey? El rey no es el estado. ¿Que la religión católica es la religión del mayor número de los individuos que compone la nación? Esto, que es cierto hoy, puede ser falso mañana; porque de un día a otros muchos católicos pueden hacerse protestantes, supuesta la libertad de conciencia. El estado, ente moral que no existe en abstracto, no tiene religión y cada individuo podrá elegir la que sea conforme a su conciencia, supuesta la libertad de cultos (...) Parece que en España había una razón más que en otros pueblos para establecer la tolerancia religiosa, que es la escasa población del país, y lo atrasada que en él está la industria". (págs. 175-176).

Por otra parte, en el Decreto de 19 de junio de 1821 se crea la cátedra de Derecho público y constitución cuyo texto será el *Cours de Politique Constitutionnelle* de Benjamin CONSTANT, traducido en 1820 por M. A. LÓPEZ, donde no se trataba la libertad religiosa porque no se quiere alterar "la paz y la felicidad que proporciona a la nación española la religión católica", vid. GALLEGO ANABITARTE, A.: op. cit., págs. 4482-4483.

Una crítica a las ideas de Ramón SALAS se encuentra en Jaime BALMES, por ejemplo, en su artículo "Indiferencia social en materias religiosas" (1841). Puede leerse este artículo en *Política y Constitución*, CEC, Madrid, 1988. En concreto, reproducimos algunos párrafos significativos del pensamiento de este autor:

"Pero si esto sucede con respecto al individuo, no se verifica lo mismo cuando se trata de la sociedad: ésta, en juicio de algunos, debe mostrarse del todo indiferente en religión; desde el gobierno supremo hasta la última rueda de la administración, todo debe llevar el sello de este indiferentismo, y entonces dan los pueblos una relevante prueba de su adelanto, cuando se puede afirmar de ellos en toda la extensión de la palabra aquel famoso dicho: *La ley es atea*. Dejaremos parte lo equivocado y funesto de semejante sistema" (pág. 104). "En España, prosigue este autor, donde tenemos la dicha de conservar la unidad religiosa del catolicismo, única religión en que se encuentra la verdad, única religión que puede conducir a los hombres a la eterna salud, es de la mayor importancia el dilucidar a fondo semejantes cuestiones, porque así se fijan mejor las palabras, y se puede impedir quizás que no cundan en el pueblo ideas equivocadas que le predispongan a innovaciones funestas. Es preciso repetirlo: ser tolerante no es ser indiferente" (pág. 113).

Por último, conviene recordar las palabras de J. DONOSO CORTES en *Lecciones de Derecho político,* donde señala que el principio de soberanía popular es el ateísmo (vid. CEC, Madrid, 1984, pág. 23).

administrativo, en su obra *Curso de Derecho Político*[317]. De este Manual se destacan los siguientes puntos:

-- Definición y contenido de la libertad de conciencia; que podría coincidir con algunas matizaciones con el concepto defendido en estas páginas. En concreto, reproducimos las palabras de este catedrático:

> "Libertad de conciencia.- Es la facultad jurídica que tiene el hombre de profesar las ideas que su razón le dicte, así como de manifestarlas públicamente, en tanto no se opongan a la Moral y al Derecho. *La libertad de conciencia puede ser científica o religiosa*, según que tales ideas se refieran a la ciencia o a la religión.
>
> Respecto a la libertad científica, sea suficiente considerar, que el Estado carece de criterio para decidir de parte de quién está la razón o el error en asuntos que son objeto de la ciencia (...).
>
> La libertad religiosa, jurídicamente considerada, se apoya a la vez en la naturaleza de la religión y del Derecho.
>
> Fundase en la naturaleza de la religión, porque ésta es creencia y sentimiento, y la fuerza o la privación de ciertos bienes, son medios ineficaces para hacernos creer o sentir algo que no brota espontánea o reflexivamente de nuestro corazón o de nuestra inteligencia (...).
>
> Pero el espíritu de manifestación y proselitismo es inseparable de la creencia, por ser natural en el hombre querer asociar a sus semejantes en la obra de salvación eterna, y por eso la libertad religiosa sólo es completa cuando se manifiesta en la triple esfera de la fe, el culto y la propaganda oral o escrita.
>
> El reconocimiento de esta libertad por el Estado, es una exigencia de su fin jurídico, puesto que la misión del Derecho consiste en hacer compatible el fin individual con el social dejando a cada uno la responsabilidad de sus actos en cuanto siga o tuerza el camino de su bien particular como individuo. "Cuando los hombres, dijo Washington, cumplen exactamente sus deberes civiles, hacen cuanto el Estado tiene derecho a exigir y esperar de ellos: sólo ante Dios son responsables de la religión que profesan y del culto que prefieren" (...). La libertad religiosa (...) sólo se refiere a la facultad de impedir que se pongan trabas por el Estado a la religión que profesa la conciencia, sea verdadera o falsa.
>
> Se dirá: es que la religión católica es la única verdadera. No debe negarlo el Estado, pero sí afirmar que su misión no consiste en hacer creyentes, sino en dar a cada uno su derecho, careciendo de competencia para ser órgano de la verdad religiosa"[318].

---

[317] 4ª ed. **1890**, Madrid, que es la que vamos a seguir. La primera edición de este libro es de 1880-1881, editado en Valencia.

[318] Vid., op. cit., págs. 186-188.

Creemos que esta larga cita merece la pena su lectura, porque en cierto sentido, sorprende que en este período (finales del siglo XIX) se tenga ya una visión tan clara en cuanto a la conexión entre libertad de conciencia (el género) y la libertad religiosa (la especie). La defensa del reconocimiento de esta libertad se hace depender de la neutralidad del Estado en este ámbito.

--- En esta obra se considera que *el fundamento de la libertad de imprenta descansa en la libertad de conciencia*[319].

-- Se enumeran una serie de principios en cuanto a las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado. Encuentran, según este autor, el fundamento estos principios en las enseñanzas evangélicas y el Derecho público eclesiástico, por una parte, y en su crítica a los ultramontanos y los regalistas, por otra. Estos principios son: libertad e independencia del Estado en el ejercicio del poder civil; libertad e independencia de la Iglesia católica en el cumplimiento de su misión religiosa y, por último, armonía y concordia entre ambas potestades[320].

Estos autores analizan esta materia desde distintos puntos de vista como pueden ser la actividad administrativa de policía o como derechos de libertad, pero también tienen claro alguno de ellos que el estudio completo de esta materia excede de su disciplina (POSADA HERRERA) o, simplemente, que no la consideran como parte de ella. SANTAMARÍA DE PAREDES, principalmente, sienta las ideas básicas conceptuales para el avance en la construcción del sistema de Derecho Eclesiástico del Estado. En cambio, se puede concluir que no suponen un estudio sistemático y autónomo que pueda implicar un *precedente completo* del Derecho eclesiástico del Estado.

D) PRECEDENTES PRÓXIMOS.

En 1921, aparece una recopilación de normas jurídicas que complementa al Concordato de 1851, por este motivo, se podría decir que reúnen todas las normas estatales que afectaban a la materia eclesiástica[321]. En concreto, se trata de *El Concordato de 1851 y disposiciones complementarias vigentes*, de E. PIÑUELA; F. MEANA; M. PARDO y J. SOTO, editorial Reus, Madrid. Esta obra se publica por una Real Orden, de 8 de agosto de 1921, que autoriza a la Sección de Asuntos Eclesiásticos en el Ministerio de Gracia y Justicia, en concreto, al Cuerpo técnico de Letrados, a elaborar esta recopilación. En el preámbulo de esta norma se dice: "convencida por la experiencia de la necesidad de tener,

---

[319] Vid., op. cit., pág. 204.

[320] Vid., op. cit., págs. 233-236. Por otra parte, en el *Curso de Derecho Administrativo*, de este autor, V. SANTAMARÍA DE PAREDES, (Imprenta Española, Madrid, 1911, 7ª ed., 2ª ed., 1888), no aparecen ninguna referencia a la libertad religiosa ni ninguna otra materia relacionada con las relaciones Iglesia-Estado.

[321] IBÁN PÉREZ, I. C.: *Textos de Derecho Eclesiástico (siglos XIX y XX)*, BOE, 2001.

metódicamente agrupadas, toda la legislación acordada en España que, a partir del año 1851, se halla vigente. Es tan numerosa, tan varia y se encuentra tan dispersa, que no es tarea fácil, para quien lo necesite adquirir de ella completo conocimiento si no se resigna a realizar por sí el fatigoso trabajo de investigación (...). Así, se insertan los artículos del mismo (del Concordato) por su orden numérico, y a continuación de cada uno van todas las disposiciones posteriores vigentes que de algún modo lo explican, lo ejecutan o lo completan (...) Ningún comentario se añade a los textos: no se aventura interpretación de los mismos ni se formula juicio de ellos".

Se ha señalado, que la primera definición de Derecho Eclesiástico del Estado se recoge en una obra publicada en 1931, aunque es una obra que forma parte de una traducción de un libro extranjero. No obstante, esta afirmación habría que ponerla en cuarentena a la luz de las aportaciones del siglo XIX, antes mencionadas. Se trata de la obra de Godehard J. EBERS: *Derecho Eclesiástico del Estado*, traducida por Francisco AYALA en la *Revista de Occidente*. En concreto, la definición es la siguiente: "Derecho Eclesiástico del Estado es la suma de las leyes y ordenanzas del Estado, que regulan la situación de las sociedades religiosas en su jurisdicción. Contiene, en primer lugar, formalmente, el derecho eclesiástico reconocido, que de este modo viene a ser, al mismo tiempo, derecho estatal, además, las normas promulgadas unilateralmente o de acuerdo con la Iglesia para ciertas relaciones jurídicas (por ejemplo, administración de bienes) en sustitución o complemento del Derecho eclesiástico; y, por último, las prescripciones que regulan la situación fundamental de la Iglesia en el Estado y su posición respecto a todas las sociedades religiosas"[322].

[322] VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. Mª: "Precedentes de la ciencia española del Derecho eclesiástico. Algunos datos y reflexiones", op. cit., págs. 892-893.

Durante la II República[323], se publica una recopilación de normas de Derecho eclesiástico[324] titulada *Leyes religiosas*, publicada en 1935 por Miguel CORAZÓN y DE LA ROSA; Mariano GRANADOS y AGUIRRE y Ángel SEGOVIA[325].

La elaboración científica durante los comienzos del régimen franquista viene marcada por el estudio de las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado, se encuentra ya en la década de 1940[326] en relación con el Derecho concordatario.

José MALDONADO, en 1948, empezó a escribir en la *Revista Española de Derecho Canónico* una crónica comentada de legislación y jurisprudencia eclesiástica, bajo el título de "Reseña de Derecho del Estado sobre materias eclesiásticas", continuada por los profesores A. BERNÁRDEZ y L. PORTERO. Siguiendo con José MALDONADO[327], es importantísimo

---

[323] Citamos el manual titulado *Elementos de Derecho Administrativo* de A. ROYO VILLANOVA, (Casa Santarén, Valladolid, 1936, 15ª ed.) que defiende las posiciones más tradicionalistas católicas. Se dedica un capítulo al denominado "bien espiritual", donde se recoge "Frente a la idea abstracta del Estado, tanto individualista como socialista, que no concibe una intervención pública en los asuntos públicos, limitándose a respetar (en cuanto sea compatible con la manera de entender el interés público), la libertad de conciencia de todos los creyentes, sin excepción de religión, presentase la realidad social influyendo en el orden político y administrativo, y haciendo que el Estado no sólo permita, prohíba o limite, sino que ayude, subvencione y promueva e indirectamente participe en la realización del fin religioso" (pág. 648). A parte de hacer referencia en otras partes al estudio de la legislación republicana sobre las libertades de conciencia (págs. 388-390); enterramiento (págs. 390-393), libre emisión del pensamiento (págs. 393-395); libertad de asociación con especial referencia a las confesiones y congregaciones religiosas (pág. 403) y la libertad de enseñanza (págs. 403-409).

[324] VÁZQUEZ GARCÍA PEÑUELA considera que es la primera (vid. "Precedentes de la ciencia española del Derecho eclesiástico. Algunos datos y reflexiones", op. cit., pág. 893), ya hemos mencionado otra recopilación, aunque con un carácter más parcial, en principio.

[325] Sobre la misma, vid. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. Mª: "Noticia sobre una recopilación de Derecho eclesiástico de la Segunda República española", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VIII, 1992, págs. 223-227, donde se recoge el contenido de esta publicación.

[326] Estos estudios sobre las relaciones Iglesia-Estado, se deben fundamentalmente a L. PÉREZ MIER, entre sus obras citamos:

-- *Iglesia y Estado nuevo. Los concordatos ante el moderno Derecho público*, Madrid, 1940.

-- "Concordato y Ley concordada", *Revista Española de Derecho canónico*, 1946, págs. 319 y ss.

-- "Notas sobre el Derecho concordatario", en *Revista Española de Derecho canónico*, 1948, pág. 215 y ss.

-- *Sistema de dotación a la Iglesia católica*, Salamanca, 1949.

[327] Sobre la vertiente como historiador (discípulo de GARCÍA GALLO) y como administrativista, vid. LOMBARDÍA, P.: "Curso de Derecho canónico", en *Escritos*, vol. III, págs. 35-43.

destacar su obra titulada *Curso de Derecho canónico para juristas civiles*, de 1967, donde se incluye un capítulo sobre "El Derecho canónico y el Derecho del Estado". En este capítulo aparece un apartado sobre "El llamado Derecho Eclesiástico del Estado". Viene a definir este Derecho como "la legislación de cada Estado sobre materias religiosas, que se refiere a los derechos de sus súbditos en tales materias y que determina la posición de ese Derecho civil positivo en relación con el Derecho canónico, el de la Iglesia católica, y también con los sistemas de normas confesionales de otras posibles comunidades religiosas"[328].

En el año 1959, Patrocinio GARCÍA BARRIUSO anunciaba la publicación de una obra que había de llamarse Derecho Eclesiástico del Estado español. Este anuncio se realizaba, en la revista *Verdad y Vida*, en un artículo titulado "Dogmática del Derecho Eclesiástico del Estado español", que constituía un avance de una próxima obra que nunca se realizó. En este artículo se definía el Derecho eclesiástico español, desde una perspectiva sociológica, como "el conjunto de normas racional y sistemáticamente estudiadas, establecidas por la autoridad pública civil, mediante las cuales son regulados los actos jurídicos de las personas y cosas en conexión con la religión católica de los españoles"[329].

En cuanto a los planes de estudio, la Universidad de Sevilla, en el año 1967, crea una asignatura denominada "Derecho eclesiástico y relaciones entre la Iglesia y el Estado", con carácter de optativa para los alumnos de quinto curso de Licenciatura en Derecho[330].

En este momento histórico, se ha afirmado que el primer catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado fue Amadeo de FUENMAYOR y CAMPIN. Esta cátedra se creó en la Universidad de Navarra, pero en la Facultad de Derecho Canónico. La cátedra creada en 1967 fue ocupada por este catedrático hasta el año 1989[331]. Entre las ideas que defiende este catedrático recogemos las siguientes:

- Derecho eclesiástico es el conjunto de normas emanadas del Estado sobre materias o cuestiones eclesiásticas (pág. 3).
- Estima que esta rama del Derecho tiene todas las características y requisitos para ser considerada como una rama autónoma. Conviene

---

[328] Vid. op. cit., págs. 191-192.

[329] VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. Mª: "Precedentes de la ciencia española del Derecho eclesiástico. Algunos datos y reflexiones", op. cit., pág. 894.

[330] HERA, A. de la: "La ciencia del Derecho eclesiástico ...", op. cit., pág. 85.

[331] GONZÁLEZ DEL VALLE, J. Mª: "Prólogo" a la obra de Amadeo de FUENMAYOR Y CAMPÍN titulada: *Derecho eclesiástico del Estado español*, Comares, 2007, pág. XI. Esta obra recoge los apuntes de este catedrático entre los cursos académicos 1968-1969 y 1971.

tener presente que A. de FUENMAYOR era catedrático de Derecho civil[332].

- Defiende que si un Estado se muestra indiferente ante las manifestaciones del fenómeno religioso no habrá en el ordenamiento jurídico de ese Estado Derecho eclesiástico (pág. 15). Es decir, que si no existe Derecho especial para el fenómeno religioso no existirá Derecho eclesiástico. Posición que una parte de la doctrina eclesiasticista sigue manteniendo, como veremos más adelante. Lo que confirma que esta posición doctrinal parte de un fuerte contenido apologético clerical. Volvemos a recordar que esta asignatura se impartía en la titulación de Derecho Canónico en una Universidad católica.
- Dedica un capítulo a los principios informadores (confesionalidad católica y libertad religiosa). De este capítulo destaca las páginas dedicadas a la tensión entre ambos principios. En concreto reproducimos algunos párrafos: "El problema es saber si, establecido lealmente un régimen de tutela de la libertad religiosa para todos –individuos y comunidades— todavía queda tela para hacer un "traje especial" a favor de una comunidad religiosa. O si es compatible un régimen de privilegio con un régimen de libertad" (pág. 53). "El régimen de libertad religiosa tiene pujos de desplazar a la confesionalidad. Y para eso, enarbola siempre la misma bandera: la bandera de la igualdad" (pág. 55).

Por su parte, BERNÁRDEZ señalaba, en 1972, que el término Derecho Eclesiástico no se encontraba difundido en nuestro país; sin embargo, algunos

---

[332] Este catedrático recoge tres razones para considerar que el Derecho Eclesiástico del Estado es una rama jurídica autónoma (págs. 8 y 9). En concreto:
"A. Ha de tratarse de una rama bastante importante. Es decir, que valga la pena hacer de ella el objeto de un estudio especializado. Para el Derecho eclesiástico, este primer elemento de la importancia de la asignatura parece que se da; porque el estudio especializado de lo que llamamos Derecho eclesiástico, permite conocer con profundidad el Derecho vigente de un determinado país sobre el fenómeno religioso, y no sólo esto, sino que el estudio especializado de esto que llamamos "Derecho eclesiástico" permite contribuir al progreso de las normas jurídicas de esto que llamamos Derecho eclesiástico, ya que ese estudio no se limita al estudio exegético del derecho vigente, sino que somete a crítica esas normas.
B. Ha de tratarse de un conjunto de normas que ofrezcan una cierta unidad orgánica. Es decir, ha de tratarse de normas que estén inspiradas por unos principios generales, adecuados a la materia que regulan.
C. El estudio de la rama cuya autonomía se trata de averiguar, requiere un método particular. Es decir, requiere utilizar unos procedimientos propios para conocer el objeto o materia.
Concluimos, pues, que para el Derecho Eclesiástico del Estado se dan aquellos elementos que según la doctrina común, llevan a calificar de autónoma la disciplina".

autores ya habían utilizado esta expresión con preferencia a la de "Derecho de cultos" o la de "Derecho religioso"[333].

Será a partir de la década de 1960 cuando por influencia italiana se empiece a introducir el concepto de Derecho Eclesiástico en sentido moderno diferenciado claramente del Derecho canónico; es decir, el Derecho Eclesiástico del Estado como las normas estatales que regulan la materia religiosa[334]. Materia a que, como hemos puesto de manifiesto, venía, aunque incidentalmente y con otra visión sistemática, estudiándose por el Derecho administrativo (policía), Derecho político y constitucional (derecho de libertad) y Derecho internacional público (relaciones Iglesia-Estado); incidiendo cada una de estos Derechos en un aspecto de esta materia pero, lógicamente no dando una uniformidad a este conjunto de normas.

La dificultad en la consolidación del Derecho Eclesiástico del Estado lógicamente en su concepción con *Legislatio libertatis*, era la inexistencia de la libertad religiosa en el régimen franquista[335]. Sin embargo, existe algún ejemplo, CARRO MARTÍNEZ, que analiza las libertades de conciencia y culto, de propaganda y fundación configurándolas como libertades espirituales:

"a) La *libertad de conciencia*. La libertad de conciencia es la propiedad que cada uno tiene de su propia conciencia. Hauriou afirma que esta 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

---

[333] BERNARDEZ CANTÓN, A.: "Problemas generales ...", op. cit., pág. 23. Este profesor cita los siguientes autores, que habían utilizado la expresión "Derecho eclesiástico":

-- L. de ECHEVARRÍA: "Orientaciones bibliográficas en Derecho canónico", en *Biblioteca Hispana*, 3, 1945, pág. 418.

-- GARCÍA BARRIUSO, P.: "Dogmática del Derecho eclesiástico español", en *Verdad y Vida*, nº 17, Madrid, 1959, págs. 193-228.

-- A. BERNARDEZ, *Legislación eclesiástica del Estado*, Madrid, 1965.

-- MALDONADO, J.: *Curso de Derecho canónico para juristas civiles*, Madrid, 1967, págs. 198-199.

-- L. PORTERO, *Jurisprudencia estatal en materia eclesiástica*, Madrid, 1968. Ya, en 1969, este profesor insistía en la conveniencia de introducir como materia autónoma el estudio del Derecho eclesiástico estatal, vid. OLMOS, Mª E.: "Estado actual …", op. cit., pág. 206, nota nº 27.

[334] HERA, A. de la: "La ciencia ...", op. cit., págs. 80-86.

[335] BUENO SALINAS, S.: "Tensión entre historia y dogmática en el Derecho Eclesiástico del Estado", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XII, 1996, pág. 465.

algún culto, tampoco existe una 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"*"[336]. No obstante, hay que matizar los textos transcritos. De estos textos se podría desprenderse la idea de que el autor defiende la libertad religiosa y la neutralidad del Estado. Pero una lectura atenta de este libro, nos aleja de esta afirmación. En relación a la libertad de conciencia, el profesor CARRO considera que el régimen franquista reconoce la libertad de conciencia compaginándola con la confesionalidad católica (pág. 320). Y, también defiende que el régimen franquista subvencione a la Iglesia católica española. El fundamento jurídico lo sitúa en la desamortización (pág. 320).

En parte la laguna sobre el estudio de la libertad religiosa en esta disciplina vendría a ser colmatada por ciertos trabajos sobre la Ley de libertad religiosa de 1967[337].

Otro dato importante en el avance doctrinal y científico del concepto de Derecho Eclesiástico, en nuestro país, será la obra colectiva aparecida en 1972 con el título *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, donde se encuentran artículos ampliamente citados en estas páginas.

En 1980, se publica el primer manual de Derecho Eclesiástico del Estado por la editorial EUNSA. El impulsor de esta obra fue Pedro LOMBARDÍA. En ese volumen participaron: GONZÁLEZ DEL VALLE, LÓPEZ ALARCÓN, NAVARRO VALLS y VILADRICH.

En este sentido, hay que resaltar que las aportaciones a la construcción científica, en nuestro país, del Derecho Eclesiástico del Estado se realiza desde

---

[336] CARRO MARTÍNEZ, A.: *Derecho político*, Sección de Publicaciones e intercambio de la Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1959, págs. 319-321.

[337] Vid. por ejemplo, C. CORRAL, con especial atención al Derecho Comparado: "La Ley española de libertad religiosa ante el Derecho comparado en Europa occidental", *Revista Española de Derecho canónico*, 1967, págs. 623 y ss.; "Valoración comparada de la legislación española de libertad religiosa", *Revista española de Derecho canónico*, 1968, págs. 315 y ss.; *La libertad religiosa en la Comunidad Económica Europea*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1973. Con mayor inspiración canonista, vid. F. VERA URBANO: *La libertad religiosa como derecho de la persona*, Madrid, 1971 y J. PÉREZ LLANTADA: *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*, Madrid, 1974.

Un estudio brillantísimo sobre esta denominada Ley de libertad religiosa y su contenido, vid. SUÁREZ PERTIERRA, G.: *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*, Eset, Vitoria, 1978.

las cátedras de Derecho Canónico[338], aunque se pueden establecer dos matizaciones:

Primera: en esa tarea han participado sólo una parte de los canonistas españoles;

Segunda: han colaborado también especialistas de otras ramas del Derecho, como hemos adelantado, como filósofos del Derecho, internacionalistas, civilistas, constitucionalistas, administrativistas, de Derecho financiero, etc.[339]. Dichas aportaciones nos han permitido a los eclesiasticistas confirmar que nuestra autonomía científica no se fundamenta en el objeto de estudio sino en la perspectiva desde la que abarca el análisis de las normas jurídicas, como será confirmado en el capítulo siguiente.

Se ha afirmado que la "ciencia del Derecho eclesiástico en España es tributaria de la doctrina italiana, sin perjuicio de que algunos reclamasen en tiempos pasados influencias germánicas, o que otros insistan en la necesidad de apartarse de tal influencia; eso, hoy por hoy, no parece de tal evidencia que no necesita ser demostrado"[340] incluso, enfatizando que el "Derecho eclesiástico

---

[338] MARTÍNEZ-TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., pág. 3. Sobre los catedráticos de Derecho Canónico; vid. IBAN, I. C.: "Catedráticos de Derecho Canónico en la Universidad Complutense (1929-1996)", *Ius Canonicum*, nº 73, 1997, págs. 189-237.

[339] IBAN, I. C.: "Valoración de una "recepción" (La ciencia eclesiasticista italiana en las revistas canonistas españolas)", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, pág. 94. En todo caso, se ha señalado que "toda invasión y ocupación de un territorio jurídico, en parte ajeno, es saludable cuando es pacífica y sin propósitos colonizadores", vid. LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 95.

Entre los constitucionalistas se pueden citar los siguientes: ALONSO DE ANTONIO; BASTERRA, CÁMARA, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, ESCOBAR ROCA; GÓMEZ ORFANEL; RUIZ RICO (vid. MARTINEZ-TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit, pág. 41, nota nº 22) y autores de otras asignaturas, vid., MARTINEZ-TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., págs. 69-70, nota nº 13. Entre los administrativistas mencionamos, entre otros muchos, a J. LEGUINA VILLA y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO que dice: "y, *por seguir con la libertad religiosa, ésta se inserta en nuestros días dentro de una opción más amplia, la de la libertad ideológica y de conciencia*. Lo que quiere decir que se protege tanto el tener religión –cualquiera entre las varias existentes— como el no tenerla", vid. *Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad de Zaragoza*, de 17 de noviembre de 1999, pág. 35. Entre los profesores de Filosofía del Derecho se pueden citar, entre otros, L. PRIETO SANCHIS (por ejemplo, sobre los principios informadores en el *Manual de Derecho Eclesiástico*, editorial Trotta, 2004 y 2016) y A. OLLERO (citamos la obra *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2009). Entre los internacionalistas, cito la obra: *La internacionalización de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus acuerdos con España* (Dilex, 2006) de F. JIMÉNEZ GARCÍA. Entre los profesores de Derecho Financiero y Tributario citamos Luis Mª CAZORLA PRIETO ("La asignación tributaria para fines religiosos", en *VI Jornadas de Estudio, organizadas por la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia Comillas*, 1989, págs. 17-42).

[340] Vid. IBAN, I. C.: *Curso de Derecho eclesiástico*, Serv. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, pág. 10.

español como disciplina eminentemente italiana"[341]. A estas afirmaciones, simplemente, responder con las siguientes palabras del profesor LLAMAZARES:

> "Porqué sólo cabían dos posibilidades. seguir uno de los dos caminos trillados, por la doctrina italiana uno y por la doctrina alemana el otro elaborados, sobre ordenamientos, confesional el primero, y pluriconfesional el segundo, que, desde luego, no era el caso de nuestra Constitución, o aventurarse por uno nuevo y de meta incierta. Evidentemente, lo más cómodo hubiera sido seguir la moda (adaptación de la doctrina italiana), que como dice Ferrater Mora, "ahorra pensar". Opté por lo más arriesgado. Tomar como punto de partida la laicidad del Estado y del Derecho, quedándome así vedado aceptar en préstamo otros sistemas ya hechos, para explorar las posibilidades de construir, de nueva planta, otro, sabedor de los riesgos que corría, pero aliviada mi zozobra por la máxima de Tagore: "si cierras la puerta a todos los errores, dejarás fuera a la verdad""[342].

E) AVANCES EN LA CONCRECIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO.

Los avances en la concreción actual del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado se han establecido por tres vías:

-- La primera, propiamente a través del reconocimiento en los planes de estudio, en concreto, el Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, por el que se regulan la provisión de plazas en los cuerpos docentes universitarios, donde se incluye el área de "Derecho Eclesiástico del Estado" y el Real Decreto 1424/1990, de 25 de agosto, de reforma de los planes de estudio de la Licenciatura en Derecho, donde se incluye esta asignatura, considerándola materia troncal. Si bien el proceso denominado Espacio Europeo de Educación Superior ha implicado que en la elaboración de los Planes de Estudios del Grado en Derecho la disciplina científica "Derecho Eclesiástico del Estado" ha salido muy cuestionada como asignatura que forme parte del contenido de dichos Planes.

-- La segunda a través del contenido de la asignatura, configurándola, siguiendo a la doctrina como *Legislatio libertatis*.

-- Y, la última, como resultado de un proceso de secularización, como hemos estudiado con anterioridad y que culminará en la configuración como Derecho de la libertad de conciencia.

---

[341] Vid. MARTÍNEZ TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., pág. 16. Seguramente, por esta vía vienen al recuerdo las siguientes palabras de Ramón del VALLE INCLÁN: "España es una deformación grotesca de la civilización europea", en *Luces de Bohemia*, op. cit., pág. 106.

[342] Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. II*, 1999, op. cit., pág. 17.

Dicho esto, la concepción sobre el Derecho Eclesiástico del Estado[343], aun cuando, como dice SOUTO PAZ[344] la doctrina española[345] ha acogido como derecho de la libertad, ha basculando desde una posición más institucionalista a una más personalista, pasando por posiciones eclécticas. La profesora CASTRO JOVER[346] hace un estudio sintético de las mismas y resumiendo sus conclusiones: distingue las opiniones que parten de una visión institucionalista del factor religioso, de las que el punto de partida lo es el personalismo consagrado en nuestra Constitución como principio informador del Derecho Eclesiástico del Estado[347]. Esta profesora, tomando como referencia la posición de la doctrina española acerca de los principios y de las fuentes del Derecho eclesiástico, realiza una reagrupación de autores bajo tres Escuelas: clerical, de Navarra y Laica.

La Escuela clerical y la Escuela de Navarra, siguiendo a la profesora CASTRO JOVER, coinciden en una serie de características:

-- Valoración positiva del fenómeno religioso en cuanto tal.

-- La relación entre el principio de libertad religiosa y de igualdad viene planteada de forma jerárquica entre los mismos, considerando el primero superior al segundo.

-- La relación entre el Estado y la Iglesia católica es una relación institucionalizada.

---

[343] Autores consideran superflua e innecesaria la referencia "del Estado" (vid. GONZÁLEZ DEL VALLE: "El Derecho eclesiástico ...", op. cit., pág. 151; IBAN, I. C.: *Curso de Derecho Eclesiástico*, op. cit., pág. 6), siguiendo la denominación italiana; otros, en cambio, no (J. MALDONADO en "Los primeros años del Concordato de 1953", *Revista Española de Derecho Canónico*, nº 12 (1957), pág. 10; MARTÍNEZ TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., pág. 6).

[344] Este autor, frente a la opinión de I. C. IBAN y diríamos, también de GONZÁLEZ DEL VALLE, escribe: "La declaración, reconocimiento y tutela de los derechos y libertades fundamentales no es un hecho cultural o de una moda pasajera; es, sencillamente, una conquista irrenunciable de la humanidad. La construcción del Derecho, en otras épocas, ignorantes de estos derechos, no son asumibles hoy, ni en el futuro. No es pensable hoy llamar Derecho a una norma que prescriba la intolerancia; sería, sencillamente, la fuerza, la coacción ilegítima. Será en todo caso la instrumentalización de un técnica jurídica --no del Derecho-- al servicio del poder, la fuerza o la coacción (...) En consecuencia, y es nuestra opinión, la libertad, su tutela jurídica, no es una opción política; es una exigencia jurídica, una vez que la humanidad ha alcanzado una nueva y más profunda concepción de la dignidad humana", vid. *Derecho eclesiástico del Estado*, op. cit., págs. 33 y 35.

[345] MORENO MOZOS, Mª M.: *La doctrina eclesiasticista española en el último ventenio. Historia de una Revista: "El Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado"*, Aranzadi, 2006.

[346] "Le basi del Derecho eclesiástico del Estado: un'analisi dei manuli", en *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, nº 1, aprile 1993, p. 73-103.

[347] Ibídem, p. 78 y ss.

-- La cooperación estatal con las confesiones se configuran como principio fundamental y este principio viene a garantizar la posición especial de la Iglesia católica.

-- Los Acuerdos con la Santa Sede de 1979 tienen un rango jerárquico superior a cualquier otra ley, incluida la Ley orgánica de Libertad religiosa.

La Escuela Laica, encabezada por el profesor LLAMAZARES, establece los siguientes planteamientos resumidos:

-- Valoración positiva del derecho de libertad religiosa e ideológica de todos los ciudadanos.

-- La relación entre libertad e igualdad no puede ser concebida como una relación jerárquica.

-- La relación entre el Estado y las confesiones religiosas se concibe como una consecuencia del derecho personal a la libertad.

-- La cooperación no se concibe como un principio informador sino como un principio derivado de la libertad religiosa y que encuentra su límite en la igualdad y la laicidad del Estado.

Esta división entre diferentes Escuelas se puede realizar también igualmente, pero considerando, en primer lugar, el contenido. Se podría dividir la doctrina eclesiasticista, en tres grupos[348]:

1) El Derecho Eclesiástico como regulación estatal de lo "religioso".

2) El Derecho Eclesiástico como derecho de la libertad religiosa como derecho civil.

3) El Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia.

Volvemos a reiterar, nuestra adhesión al último grupo, sin perjuicio de reconocer la importancia que han tenido las demás posiciones en orden a dar los primeros impulsos para la creación de un Derecho Eclesiástico español, impulsos decisivos a partir de la promulgación de la Constitución de 1978. Por lo tanto, el breve análisis de estos tres grupos se centra en la determinación del

---

[348] Seguimos en este apartado a CUBILLAS RECIO, L. M.: *Proyecto Docente e investigador*, 2000, págs. 49 y ss.

Otra división, vid. MARTÍNEZ TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., págs. 61-94 (espec. págs. 72-73 y 116-117). Que fundamentalmente une los dos grupos primeros de la división que nosotros realizamos en este Proyecto. Este autor escribe: "Una posición de ellas agrupa a quienes coinciden en que el objeto del derecho eclesiástico es el análisis del hecho religioso en lo que tiene de relevancia jurídico-civil, lo cual reconduce tanto a la regulación jurídica de la libertad religiosa como al tratamiento jurídico de las relaciones entre Estado y confesiones religiosas. La segunda, (...), prefiere orientarse hacia una concepción de esta rama del derecho centrada en la libertad de conciencia, comprensiva tanto de la libertad religiosa como la libertad ideológica, y que incluiría también el derecho a la libre formación crítica de la propia conciencia" (pág. 116). Aunque matiza que la primera posición se disgrega en diversas direcciones.

objeto del Derecho Eclesiástico del Estado que se desarrollan en los párrafos siguientes.

El primer grupo en que hemos dividido la doctrina es aquél que entiende el Derecho Eclesiástico como regulación estatal de "lo religioso", con las matizaciones que puede comportar el hablar de regulación de la materia religiosa o eclesiástica, **de regulación del fenómeno o factor religioso**[349]. Lo

[349] GONZÁLEZ DEL VALLE, J. Mª, *Derecho Eclesiástico Español* ..., op. cit., págs. 66, 68 y 71; (sin embargo, este profesor también, sugiere la configuración del Derecho Eclesiástico como parte de "una ciencia general de la libertad", en "Libertad religiosa y el objeto del Derecho eclesiástico", *Persona y Derecho*, 1988, págs. 95 y ss.); VILADRICH, P. J.-FERRER ORTIZ, J.: "Los principios informadores del Derecho eclesiástico español", en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 1996, págs. 119-120, donde se dice: "limitándose el Derecho eclesiástico a la regulación de la vertiente social y jurídica del fenómeno religioso, dentro de ella le interesa la totalidad del factor religioso, sin discriminación alguna"; MOLANO, E, en *Introducción al estudio del Derecho canónico y al Derecho eclesiástico*, Bosch. Barcelona, 1984, pág. 208 considera que el objeto del Derecho eclesiástico es "la regulación del factor religioso en sus manifestaciones externas"; G. DELGADO DEL RÍO escribe: "El Derecho eclesiástico deberá regular un conjunto de comportamientos, actividades, instituciones y relaciones de finalidad religiosa", en "El concepto de Derecho Eclesiástico" en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, nº 8, 1984, pág. 70; el profesor HERVADA, precisa: "De ahí que el Derecho eclesiástico no tenga por objeto el fenómeno religioso en sí, sino la proyección civil de lo religioso", en "Bases críticas para la construcción de la ciencia del Derecho eclesiástico", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. III, 1987, pág. 32; y en su obra *Un eclesiasticista ante el espectador*, EUNSA, Pamplona, 1983, págs. 87-88 y 91; V. REINA en el "Prólogo" al Manual de SATORRÁS FIORETTI, R. Mª: *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bosch, Barcelona, 2000, señala que "la legislación del Estado español frente al factor religioso", es el contenido del Derecho eclesiástico; (pág. 11) y la propia autora escribe: "El objeto de estudio del Derecho Eclesiástico del Estado español diremos que es la legislación estatal (interna o concordataria) sobre el factor religioso siendo –efectivamente—el primordial bloque de la disciplina el análisis de la libertad religiosa y de sus diversas manifestaciones (en tanto en cuanto se proyectan socialmente) (..) el Derecho Eclesiástico analizará la proyección civil del factor religioso " (op. cit., pág. 20); GARCÍA HERVAS considera que "el Derecho Eclesiástico es aquel conjunto de normas del ordenamiento jurídico estatal que regulan, principalmente, el régimen civil de las confesiones religiosas, así como el derecho de libertad religiosa de los ciudadanos en cuanto creyentes miembros de una determinada confesión religiosa (...)" y, matiza, "la libertad religiosa, siendo indiscutiblemente un derecho fundamental de la persona, no siempre cae bajo el ámbito del Derecho eclesiástico. En efecto, una cosa son los derechos constitucionales -- de libertad religiosa, pensamiento, expresión, ideológica, de culto, etc.-- y otra muy distinta que, en el ejercicio de tales derechos, el individuo se vea afectado por normas del Derecho eclesiástico del Estado", (vid., op. cit., pág. 63); MORENO BOTELLA define el "Derecho eclesiástico como el complejo de normas jurídicas unilaterales o bilaterales, vigentes y aplicables en el ordenamiento estatal a la regulación del fenómeno social religioso", (en "Cuestiones generales" en el *Curso de Derecho eclesiástico del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 28). Y, por último, MARTÍNEZ TORRON apunta que "el hecho religioso en sí es lo que continuará sustentando la existencia del derecho eclesiástico, pero el centro de su perspectiva de estudio, y de su producción en el plano operativo, se desplazará desde las instituciones religiosas al campo de las libertades del individuo: en concreto, su libertad religiosa" (vid.

importante a fin de cuentas es que la materia o actividad religiosa tenga una trascendencia social y ésta sea percibida y regulada por el Derecho estatal[350]. Sin embargo, esta percepción y transcendencia social puede ser percibido por el Estado de muy diversas maneras o formas debido a la concepción polivalente de los términos "fenómeno o factor religioso"[351]; dejando, incluso, las puertas abiertas de par en par para el paso del principio de confesionalidad o pluriconfesionalidad. Por último, debido a esa incidencia de lo religioso, la intervención que se da a las confesiones respecto de aquella regulación va a ser sumamente importante e, incluso, para algunos decisiva. De ahí que, a fin de cuentas, el pluralismo de fuentes está garantizado[352].En fin, para estos autores la disciplina descansa en el régimen jurídico de las confesiones religiosas y en los acuerdos de cooperación[353].

Como puede observarse se ha establecido en esta concepción del Derecho Eclesiástico del Estado una interrelación entre actividad religiosa con trascendencia social, cooperación y libertad religiosa. Pero al establecerse esta interrelación no se tiene en cuenta, en la medida en que requiere nuestro ordenamiento jurídico vigente los principios informadores a los que debe de adecuarse el comportamiento del Estado, incluida la relación que éste mantenga con las confesiones religiosas. A lo que habría de añadirse la insuficiente respuesta a una demanda social que no puede darse cumplidamente desde tales principios (cooperación y libertad religiosa), ya que muchos fenómenos sobre

---

Religión, Derecho y Sociedad, op. cit., pág. 121). Y más adelante reconoce que: "en la regulación jurídica de la materia religiosa, la combinación de esos factores ha producido como resultado una inclinación a afirmar el predominio de la *libertad de conciencia* individual, situando al mismo nivel las opciones de carácter religioso y las de carácter no religioso, o incluso antirreligioso (la libertad de religión implicaría a libertad de "no religión"). De ahí la estrecha conexión entre la libertad de religión, de conciencia y de pensamiento, patente tanto en los textos constitucionales como en los documentos internacionales sobre derechos humanos. Todo lo cual ha motivado que los eclesiasticistas, al analizar el fenómeno social religioso, frecuentemente se hayan ocupado de cuestiones que en rigor trascendían del estricto ámbito de lo religioso en su significación tradicional -- llegando algunos incluso a proponerse una redefinición de la libertad religiosa, conceptuándola como una subespecie de la libertad ideológica, y considerando ésta como el auténtico centro de gravedad del derecho eclesiástico" (vid., op. cit., pág. 122).

[350] SOUTO PAZ, J. A.: *Derecho Eclesiástico* ..., op. cit., pág. 36, que recoge las opiniones de HERVADA y de LOMBARDIA.

[351] Como consecuencia de la elaboración de nuevos Planes de Estudios de Grado en Derecho para cumplir las exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) algunas Universidades han creado una nueva asignatura denominada: "Factor religioso y Derecho". Vid. LÓPEZ-SIRO, A.: "Derecho y factor religioso: una propuesta de asignatura en el marco de Bolonia", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, págs. 785-801. el proyecto de innovación docente de la U.C.M. denominado: "Nuevas dimensiones de la docencia sobre Derecho y factor religioso: interdisciplinariedad y cooperación internacional".

[352] CUBILLAS RECIO, M.: *Proyecto Docente*, op. cit., pág.53.

[353] Ibídem.

el contenido de la libertad de conciencia están directamente relacionados con conductas libres en conciencia y, que sólo encuentran, desde nuestro punto de vista, una respuesta válida, desde un ámbito común la libertad de conciencia (independientemente de cual sea la concepción vital del mundo que cada uno posea como exigencia del principio de igualdad) y no, simplemente, desde el ámbito de la libertad religiosa o de la regulación del fenómeno religioso sin más, debido al carácter polivalente de este último[354].

Se puede comprobar también que los autores que conciben el Derecho Eclesiástico como el Derecho que regula el fenómeno religioso dan una proyección amplia al principio de cooperación. Estaríamos ante una especie de Derecho Eclesiástico de cooperación, que en nada se aleja de la concepción de un Derecho eclesiástico confesional, aunque en formas más atenuadas, en su vertiente sociológica. Más aún cuando el principio de cooperación se hace depender del peso sociológico de las distintas confesiones, determinado una posición de hegemonía de una confesión respecto de las demás, poniendo en riesgo el principio de igualdad[355].

Desde esta posición doctrinal se valora positivamente lo religioso. Aunque se recurre a los principios informadores de libertad religiosa, igualdad, laicidad y cooperación, se establece una jerarquía entre ellos, apareciendo la libertad religiosa como preferente. Una libertad que tiene por sujetos titulares del derecho a los individuos y a las confesiones[356]. Aunque algunos autores señalan expresamente la prevalencia de la libertad religiosa colectiva sobre la libertad religiosa individual[357]. Se ha llegado a afirmar que el estatuto jurídico de

---

[354] Ibídem.

[355] Ibídem.

[356] MARTÍNEZ-TORRON, J. *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., págs. 139 y ss.

[357] Según GARCÍA HERVAS el "Derecho eclesiástico tiene un contenido netamente constitucional; es decir contempla y regula, de modo principal, el régimen jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento del Estado, pero, además, se incluye una dimensión personalista de esa parte del ordenamiento jurídico, en la medida en que también regula la libertad religiosa del ciudadano, en cuanto miembro de una determinada confesión religiosa" (op. cit., pág. 63). Con otras palabras, no regula las manifestaciones individuales de religiosidad desconectadas de una determinada confesión sea cual fuere (pág. 64), en definitiva, según esta autora, "los derechos fundamentales o constitucionales se refieren preferentemente a las personas físicas; en cambio, el Derecho eclesiástico afecta directamente a las personas jurídicas, si bien, como es evidente, éstas están integradas, aunque no sólo, por personas físicas" (pág. 64). Por último, sobre las restricciones internas; es decir, los derechos de un grupo a limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo o de la pureza o identidad cultural o religiosa; vid. KYMLICKA, W.: *Ciudadanía mulitcultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidos, Barcelona, 1996, págs. 64-67; 218 y ss., y 266. Concluye este autor que no puede permitirse que un grupo oprima a sus propios miembros; "en otras palabras, los liberales deberían intentar asegurar que exista igualdad entre los grupos, así como libertad e igualdad dentro de los grupos". Y, siguiendo a este autor se puede responder, a la autora anteriormente citada en esta nota, señalando que

las confesiones religiosas es el objeto principal del Derecho Eclesiástico del Estado[358].

Por último, y como puente al segundo grupo, los autores que defienden el Derecho Eclesiástico del Estado como regulación estatal del factor religioso inciden al mismo tiempo en remarcar la importancia del principio de libertad religiosa, hasta el punto de hacer depender de éste la actitud del Estado respecto de aquel factor religioso, de ahí, que estos dos primeros grupos aparezcan juntos en la división de la doctrina, según MARTÍNEZ TORRÓN[359].

Antes de analizar el segundo grupo que entiende el Derecho Eclesiástico del Estado como derecho de la libertad religiosa como derecho civil, es necesario recordar que no existe acuerdo en cuál sea el objeto de la libertad religiosa[360]. Para unos, el objeto de esta libertad se ciñe estrictamente a la práctica religiosa propiamente dicha; para otros, comprendería la actitud atea pero sólo en un primer momento, no las prácticas ateístas; por último, para otros también incluiría todo el fenómeno ateísta, incluso el activo u organizado[361].

Pero una misma idea como es la libertad religiosa no puede abarcar la idea Dios y no Dios. Supondría, en definitiva, una regulación para dos ideas contradictorias. El problema, pues, está en si la libertad religiosa, incluye también, fenómenos como el ateísmo o estos caen fuera de dicha libertad

---

los "comunitaristas se ocupan de nuestra adhesión a los subgrupos nacionales –iglesias (...) y no tanto de nuestra adhesión al conjunto de la sociedad que comprende estos subgrupos", (vid. op. cit., pág. 131).

[358] GONZÁLEZ DEL VALLE, J. Mª: *Derecho Eclesiástico español*, Civitas, 2002, pág. 51; VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. M.: "El objeto del Derecho eclesiástico y las confesiones religiosas", en *Ius Canonicum*, XXXIV, nº 67, 1994, págs. 279-290; ROCA, Mª J.: "Significado de las fuentes del Derecho Eclesiástico para su consideración como disciplina científica", en *Diritto Ecclesiastico*, nº 1, 2004, p. 64; GONZÁLEZ MORENO, B.: "Delimitación del objeto del Derecho Eclesiástico", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXI, 2005, págs.. 134 y 152; COMBALÍA, Z.: "Contribuciones relativas al conjunto de las ponencias", en OTADUY, J. (ed.): *Diálogos sobre el futuro de la Ciencia del Derecho eclesiástico en España*, Navarra Gráficas Ediciones, 2001, pág. 234.

[359] MARTÍNEZ TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., págs. 61-94 (espec. págs. 72-73 y 116-117) e IBÁN PÉREZ, I. C.: "El contenido de la libertad religiosa", en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, I, 1985, págs. 353 y ss.

[360] Según A. MARTÍNEZ BLANCO, entiende el "Derecho eclesiástico como un Derecho para la libertad religiosa (individual o colectiva), aunque sin olvidar su conexión con la libertad ideológica" (vid. op. cit., pág. 82, nota nº 114).

[361] Sobre esta discusión de la inclusión del ateísmo en la libertad religiosa, vid. OLMOS, Mª E.: "Estado actual ...", op. cit., págs. 218-221; CONTRERAS MAZARÍO, J. Mª: "Algunas consideraciones sobre la libertad de conciencia el en sistema constitucional español (I)", *Derechos y libertades, Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas*, año II, nº 3, mayo-diciembre, 1994, págs. 137-138, notas nº 26 a 28.

considerada como derecho. En el primer caso, se protegería lo mismo el creer que el ir en contra de creencias. En cambio, en el segundo, la creencia contraria a otra creencia que no sea creencia positiva en lo religioso caería fuera del ámbito de la libertad religiosa y, en su caso, se protegería bajo el ámbito común de la libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento)[362].

En buena lógica parece que lo no es religioso o no tiene una finalidad religiosa no debe requerir una protección jurídica especial a través del derecho de libertad religiosa y, menos cuando puede protegerse de forma más consecuente con la naturaleza del acto a través de otro derecho como es el de libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento), camino seguido por el artículo 3 *in fine* de LOLR.

La solución a tal situación compleja nos vendría por admitir la relación entre libertad de conciencia y libertad religiosa como una relación de género a especie[363]. Por estas razones y por las que razones que hemos venimos dando en las páginas precedentes sobre la evolución histórica del Derecho Eclesiástico, creemos necesario una ampliación del objeto del Derecho Eclesiástico del Estado.

El último grupo, *el Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia*[364], que encabeza el profesor LLAMAZARES y en el cual nos encuadramos.

---

[362] En este sentido se ha escrito: "La libertad religiosa garantiza así el derecho a tener o no tener creencias religiosas, pero hecha esta última elección, que conlleva el derecho a no ser obligado a poseerlas, se agota aquí, esto es, en la pura negatividad, no amparando, por tanto, el derecho a albergar otras convicciones e ideas, y a declararlas, emprendiendo actividades coherentes con esa opción, libremente adoptada, contraria o ajena al hecho religioso, las cuales se verán, en todo caso, amparadas por otros derechos fundamentales, como pueden ser las libertades de ideas, de expresión, de reunión o de asociación, según cuáles sean sus diferentes manifestaciones", vid. PORRAS RAMÍREZ, J. Mª: *Derecho y factor religioso*, Tecnos, 2011, pág. 24.

En contra, HERVADA, J.: *Un eclesiasticista ante un espectador,* EUNSA, Pamplona, 1993, págs. 184 y ss.

[363] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, I, op. cit., pág. 25. Un estudio sobre los problemas terminológicos y conceptuales de la "libertad de conciencia", en CONTRERAS MAZARIO, J. Mª: "Algunas consideraciones ...", (I), op. cit., págs. 131-156 y (II), en la misma Revista, nº 4, enero-junio, 1995, págs. 119-149. Así, por citar un ejemplo del Derecho canadiense que confirma esta idea, vid. Roach v Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship), [1994] 2 FC 406.

[364] No podemos obviar que se han realizado muchas críticas a estos planteamientos en nuestra doctrina; citamos, entre otras, "Recensión al libro de D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*", por J. Mª GONZÁLEZ DEL VALLE, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX, 1993, págs. 740-747. En esta recesión se dice: "Su mentalidad es la propia de un filósofo del Derecho y

no la de un jurista formado en el positivismo. De ahí que haga de una idea que ni siquiera se menciona en la Constitución –la idea de libertad de conciencia— una idea básica de su exposición. Pero los derechos fundamentales no son ideas abstractas, fruto de una elucubración, sino fenómenos que hacen en un concreto momento histórico y en cuanto tales han de ser entendidos" (pág. 746). Sobre la última parte, recomendamos, la evolución histórica de la libertad de conciencia del profesor LLAMAZARES en su obra *Derecho de la libertad de conciencia, I,* op. cit., págs. 59-185. Otras críticas, provienen de I. C. IBAN a quien le parece arriesgado "que el autor se considere el intérprete de ese moderno Derecho Natural", en *Curso de Derecho Eclesiástico*, op. cit., pág. 154, nota nº 41. Ante estas afirmaciones, se ha calificado a la Escuela del profesor LLAMAZARES, al interpretar el Derecho eclesiástico como ciencia, entendido esta como "ciencia pura" (vid. MARTÍNEZ TORRON, J.: *Religión, Derecho y Sociedad,* op. cit., pág. 18). Por último, de HERVADA, (en *Un eclesiasticista ante un espectador*, op. cit., págs. 69 y ss. sin mencionar al profesor LLAMAZARES) añade que siguiendo estos posicionamientos se convertiría el Derecho Eclesiástico en una parte de la ciencia de los Derechos Humanos (op. cit., pág. 71). También, J. OTADUY en Recensión al manual *Derecho Eclesiástico del Estado*, de J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIX, 2013, págs. 1022-1023, ha definido el contenido de este Manual como Derecho eclesiástico a-religioso. Es obvio, que este autor sigue confundiendo religión con libertad religiosa. Sobre este asunto, vid., por ejemplo, el clarificador Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 2 de agosto de 2016. Este Informe recoge sobre el concepto de libertad de religión lo siguiente: "***La libertad de religión o de creencias no protege, y de hecho no puede proteger, a las religiones o sistemas de creencias en sí, es decir, sus diversas afirmaciones de la verdad, las enseñanzas, los ritos o las prácticas***. En su lugar, empodera a los seres humanos, como personas y en comunidad con otros, que profesan religiones o creencias y deseen definir su vida de conformidad con sus propias convicciones. La razón de este enfoque en "*creyentes en lugar de creencias*" (como se ha resumido sucintamente) no es que los derechos humanos reflejen una determinada "visión antropocéntrica del mundo", como algunos observadores han inferido erróneamente. Más bien, una de las razones principales es que las religiones y las creencias son muy diferentes, a menudo incluso de manera irreconciliable, en sus mensajes y requisitos normativos. Las religiones y las creencias reflejan una abundancia de diversas enseñanzas, doctrinas, ideas de salvación, normas de conducta, liturgias, días festivos, períodos de ayuno, costumbres alimentarias, códigos de vestimenta y otras prácticas. Además, las interpretaciones de lo que importa desde el punto de vista religioso no solo pueden diferir ampliamente entre las comunidades religiosas, sino también dentro ellas. Por tanto*, el único denominador común identificable en esa gran diversidad parece ser el ser humano, que es quien profesa y practica su religión o sus creencias, como individuo o en comunidad con otros.* En consecuencia, los derechos humanos solo pueden hacer justicia a la diversidad existente y emergente empoderando a los seres humanos, que, de hecho, son titulares del derecho a la libertad de religión o de creencias. Este enfoque consistente en los seres humanos como titulares de derechos también está plenamente en consonancia con el enfoque basado en los derechos humanos en general". En el mismo sentido, el Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 17 de enero de 2017, A/HRC/34/50, recoge: "**Son las personas, y no las religiones, las convicciones, los sistemas de creencias o las afirmaciones de ser dueño de la verdad, los titulares del derecho a la libertad de religión o de creencias. Más concretamente, el objetivo de este derecho no es proteger las creencias en sí (religiosas o de otro tipo), sino a los creyentes y su libertad de profesar y expresar sus creencias, individualmente o en comunidad con otros, a fin de definir su vida de conformidad con sus propias convicciones** (véase A/71/269, párr. 11)". Y, las Orientaciones de la UE sobre el fomento y la protección de la libertad de

Merece una primera aclaración, en es te punto, la aportación del profesor SOUTO PAZ. Este catedrático califica al Derecho Eclesiástico del Estado como el Derecho de la libertad de ideas y creencias[365]. Viene a ser el derecho de libertad ideológica y de libertad religiosa[366]. Entendemos que puede existir alguna diferencia con la tesis que defendemos. Si bien, el propio LLAMAZARES destaca lo convencional del lenguaje y da igual, en principio, la utilización de la libertad de pensamiento[367], de ideas, de creencias y de conciencia. Utiliza el último término porque lo considera más apropiado después de realizar un estudios sobre las diferencias terminológicas entre los

---

religión o creencias, de 24 de junio de 2013, que textualmente establecen: "**Recordará que el Derecho internacional relativo a los derechos humanos protege a las personas y no a la religión ni a las creencias en sí mismas. No puede alegarse la protección de una religión o creencia para justificar o consentir una limitación o violación de un derecho humano ejercido por personas solas o en comunidad con otras**".

[365] *Derecho Eclesiástico* ..., op. cit., pág. 33. "La centralidad de la libertad de creencias, en el ámbito de las libertades públicas, la convierte, así, en la primera de las llamadas libertades espirituales, de manera que la libertad de conciencia, la libertad de expresión, la libertad de educación o las libertades de asociación, reunión o manifestación son una simple proyección de la libertad ideológica y religiosa", en *Comunidad política y libertad de creencias*, op. cit., pág. 28. Aunque según MARTÍNEZ TORRON, el profesor SOUTO es una "suerte de vía intermedia", vid. *Religión, Derecho y Sociedad*, op. cit., pág. 116, nota nº 1.

[366] SOUTO PAZ, J. A.: *Derecho Eclesiástico* ..., op. cit., pág. 18; "con el término "ideas" se designa –según Ortega—todo aquello que en nuestra vida aparece como resultado de nuestra ocupación intelectual y, por ello, la característica básica de las ideas es su cuestionabilidad. Las "creencias" no son ideas propias; sino recibidas y, por eso, no son cuestionables. El hombre tiene ideas, la creencia es quien tiene y sostiene al hombre".

[367] Entre los autores que prefieren hablar de libertad de pensamiento, se pueden citar a J. RIVERO: *Les libertés publiques. 2. Le régime des principales libertés*, P. U. F., Paris, 1989, p. 144-145 (este autor señala que "es la posibilidad que tiene el hombre de escoger o elaborar por sí mismo las respuestas que considera acertadas a todas las preguntas que le planteará su vida personal y social, de adaptar a tales respuestas su comportamiento y de comunicar a los demás lo que considera verdadero); C.-A. COLLIARD: *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1989, págs. 409 y ss.. En parecidos términos, S. LARICCIA: *Coscienza e libertà. Profili costituzionali del Diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1989, pág. 68 y P. BELLINI: "Centralità della coscienza e condizionamenti dell'ambiente,", en *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 82-83.

Además, UNAMUNO escribía: "La idea es algo fijo, el pensamiento es algo fluido, cambiable, libre. Un pensamiento se hace otro, una idea choca con otra. Podría decirse acaso que un pensamiento es una idea en acción, o una acción en idea; una idea es un dogma. Los hombres de ideas, tenidos por ellas, rara vez piensan", en *Agonía del Cristianismo*, Espasa Calpe, Madrid, 1996, pág. 158. Además, E. FROMM ha escrito: "El derecho a expresar nuestros pensamientos tiene algún significado tan sólo si somos capaces de tener pensamientos propios", (en *El miedo a la libertad*, Paidós, 2003 (–1945—), pág. 232). O, finalmente, en la letra de una canción de Luis Eduardo AUTE: "El pensamiento no puede tomar asiento, el pensamiento siempre es estar de paso …"

conceptos pensamiento, creencias, ideas, convicciones, opiniones y conciencia[368]. Es decir, para la libertad de conciencia, las libertades de pensamiento y de expresión son contenidos inseparables[369].

Siguiendo al profesor LLAMAZARES, el ***objeto material*** del Derecho Eclesiástico del Estado es la libertad ideológica y la libertad religiosa. Esta última libertad contenida dentro de la primera[370]. Y, el ***objeto formal*** de dicho

---

[368] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, I.* op. cit., págs. 15-20. Así, por ejemplo, el artículo 8 de la Carta africana de los derechos del Hombre y de los Pueblos, de 27 de junio de 1981, consagra: "La libertad de conciencia, la profesión y la práctica libre de la religión quedan garantizadas. Bajo reserva al orden público, nadie podrá ser objeto de medidas que tengan por fin la limitación de la manifestación de estas libertades".

Se ha señalado que "la liberté de conscience signifie le droit de former, adopter, assumer, changer, professer, manifester librement, sciemment et avec responsabilité sa conviction ou de ne pas la manifester. Par conséquent, la liberté de conscience est identique á la liberté de conviction éclose de l'attitude d'esprit, de la disposition idéologique, morale, sentimentale de la personnalité; elle est imprégnée de et caractérisée par l'ordre de valeur de responsabilité de l'individu. Du point de vue de la religion, la conviction peut être religieuse, antireligieuse ou indifférent (...) La pensée, la conscience, la conviction et la religion ainsi que leur manifestation sont des facteurs déterminants de la qualité de l'homme. Sans leur liberté, le libre épanouissement de la personnalité est impossible et la dignité humaine perd son contenu", vid. ADAM, A.: "La liberté religieuse en Hongrie", *Il diritto ecclesiastico*, 2, 1995, pp. 283-285.

Además, MARTÍNEZ-TORRON en su artículo "El objeto de estudio del Derecho Eclesiástico"; (*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XI, 1995); dice que: "el concepto de religión permite precisar el concepto y alcance de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, y además que, precisamente, por ello, las actividades realizadas en ejercicio de esa triple libertad constituyen el objeto del Derecho eclesiástico" (pág. 243); "la religión dio origen al Derecho eclesiástico, y sigue siendo el concepto central que actualmente determina su objeto, sólo que ahora, por la incidencia del principio de igualdad, ha atraído hacía ese objeto las materias propias de lo que la praxis jurídica ha venido a entender por libertad de religión, de pensamiento y de conciencia" (pág. 244); "debo matizar, prosigue, esa afirmación, precisando que se aplica de manera plena sólo a las manifestaciones individuales de la libertad de religión, pensamiento y de conciencia, pero no a sus manifestaciones colectivas (tratamiento jurídico de los entes colectivos religiosos o ideológicos). En otras palabras, forma parte del objeto del Derecho Eclesiástico el tratamiento jurídico de los colectivos religiosos, pero no el de otros colectivos inspirados en convicciones no religiosas" (pág. 246).

[369] Cfr. SUÁREZ PERTIERRA, G.: «Prólogo» a la obra *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, de Mª C. LLAMAZARES CALZADILLA, Civitas, 1999, pág. 23.

[370] Se considera a la libertad religiosa como una forma de desarrollo y como una concreción de la libertad ideológica, vid. MERINO MERCHÁN, J. F.; PÉREZ-UGENA COROMINA, Mª; VERA SANTOS, J. M.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tecnos, 1997, págs. 220-221. En relación al artículo 16 de la Constitución se ha escrito: "Parece, de ese modo, que reconociera, sirviéndose de una fórmula compleja, un solo y un mismo derecho, cuando, en la realidad, si se atiende a las referencias normativas adicionales que incorpora, a fin de contribuir a su más completa definición, está declarando dos, de carácter autónomo, y rango igualmente fundamental. Estos no son otros, según insiste en señalar una constante jurisprudencia del Tribunal que la libertad ideológica y la libertad religiosa, respectivamente.

Derecho sería la libertad de conciencia[371]. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de conciencia está implícitamente reconocida en el artículo 16. 1. CE, bajo la expresión "libertad ideológica, religiosa y de culto" junto a la libertad de pensamiento, considerándolas como ***dos modalidades*** del derecho contenido en esa expresión y que incluyen la libertad de acción[372]. El término "modalidad" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se entiende como "modo de ser o manifestarse algo" y la palabra "modo" se define como "aspecto que ante el observador presenta una acción o un ser". En este sentido, se ha apuntado que "*lo que es modalidad desde el punto de vista del objeto se convierte en perspectiva y, por tanto, en objeto formal desde el punto de vista del observador*"[373]; por lo tanto, las modalidades de la que habla el Tribunal Constitucional (libertad de conciencia y libertad de pensamiento) vienen dadas por el punto de vista del observador; es decir, por el objeto formal[374]. En este punto, es necesario diferenciar entre libertad de conciencia y libertad de pensamiento que, aunque coincidan en el objeto material sus perspectivas son distintas. A la libertad de pensamiento, le interesa por igual las creencias, ideas y opiniones, considerándolas desde el sujeto emisor más que desde el punto de vista del receptor. Consecuentemente, se incide más en una perspectiva constitucionalista, administrativa o, general del cultivador del Derecho de las libertades públicas de dicho objeto material. En cambio, a la libertad de conciencia le interesa las creencias, ideas y opiniones de distinta manera, pues para esta libertad dicho objeto material tiene una diferente protección jurídica, en la medida, que cada uno de ellas contribuya a la garantía del núcleo duro de nuestra identidad personal o conciencia individual[375]; es decir, la perspectiva del

---

Tal distinción no impide admitir el estrecho vínculo que media entre ambos, el cual se revela en la existencia de indudables analogías en la conformación de su régimen jurídico (…) Así, de acuerdo con una lectura atenta de la Constitución Española, ha de afirmarse que no existe un derecho común, aplicable a las comunidades ideológicas y a las confesiones religiosas, por no ser la libertad que invocan esta últimas un tipo o especie de la libertad de ideas, sino un derecho autónomo", vid. PORRAS RAMÍREZ, J. Mª: op. cit., págs. 20-23.

[371] El profesor LLAMAZARES dice: "La respuesta por la que hemos optado (la libertad de conciencia como objeto formal) ni puede presumir de original. Han funcionado como sugerencia la elevación de esa libertad, que incluye las creencias, las ideas y las opiniones en la medida que afecten a la persona entera, al rango de principio constitucional", vid. "Derecho de la libertad de conciencia: la construcción de un sistema", en *Laicidad y Libertades*, nº 1, 2001, pág. 285. En concreto, cita como autores que recogen esta idea LARICCIA, BELLINI, CARDIA.

[372] Vid. STC 19/1985, de 13 de febrero, fund. Jur. nº 2.

[373] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Derecho de la libertad de conciencia: la construcción de un sistema", op. cit., pág. 288.

[374] Ibídem.

[375] Se ha escrito que "la conciencia, el contenido de la conciencia, podrá estar influido por ideas o creencias religiosas, morales, racionales, políticas o de cualquier índole, pero lo que importa es lo que el individuo percibe como "identidad" o "integridad" de su persona, y más exactamente, de su personalidad. Cualquier comportamiento que a afecte a ese núcleo

estudio la situamos en el receptor, donde no todas las creencias, ideas u opiniones tienen la misma intensidad axiológica. Con otras palabras, al Derecho eclesiástico del Estado le interesa directamente las creencias como parte de la propia identidad y, por su extensión, con ellas la libertad de ideas y opiniones y, no le preocupa sólo sus manifestaciones externas sino también, su gestación interna y su defensa frente a cualquier agresión externa. En definitiva, el objeto formal del Derecho de las libertades públicas es la libertad de pensamiento y el objeto formal del Derecho eclesiástico del Estado es la libertad de conciencia, aunque coinciden en el objeto material[376]. La libertad de pensamiento contempla al sujeto titular del derecho únicamente como sujeto activo (que piensa, cree, opina, etc.) a la libertad de conciencia también le interesa el sujeto pasivo (que recibe ideas, creencias y opiniones de otros)[377].

En fin, después de reconducir el profesor LLAMAZARES, ideas y creencias al derecho de libertad de conciencia, afirma: "Así entendido, el derecho de libertad de conciencia es el derecho fundamental básico de los sistemas democráticos: en él encuentran su razón de ser todos los demás derechos fundamentales de la persona y, en última instancia, a él está ordenado todo el sistema"[378]. O, en palabras de P. HÄBERLE: "La libertad de conciencia constituye el fundamento de los otros derechos fundamentales, incluso si en la

---

esencial es relevante desde el punto de vista de la libertad de conciencia", vid. GONZÁLEZ ENCINAR, J. J.: "Prólogo" a la obra *La objeción de conciencia en la Constitución española*, de G. ESCOBAR ROCA, C.E.C., Madrid, 1993, págs. 30-31. El profesor LLAMAZARES define conciencia como "la capacidad o facultad para percibir la propia esencia como persona y como radical libertad para percibir su propia identidad y, por tanto, para percibirse como distinto de "lo otro" y de "los otros" en razón de sus características singulares y como sujeto único al que han de referirse todos los cambios, transformaciones y acciones, dando así unidad a la propia historia", vid. *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., págs. 11-12. Podemos añadir que es desde esa percepción del individuo de su propia identidad o integridad de su persona surge el estudio del régimen jurídico de las minorías culturales, también, religiosas.

[376] Sobre esta materia, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "LOLR: Las contradicciones del sistema", en *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, nº 0, diciembre 2000, págs. 18-19, nota nº 12; del mismo autor: "Derecho de la libertad de conciencia: la construcción de un sistema", op. cit., págs. 271-303 y *Derecho de la libertad de conciencia. I*, op. cit., 2011, págs. 24-29.

[377] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, I.*, op. cit, 2011, pág. 27. "Desde una perspectiva estrictamente constitucionalista que pone en entredicho la autonomía del Derecho Eclesiástico, ya que, de hecho, el objeto material es fundamentalmente la libertad de tener y profesar una fe, religiosa y no religiosa, las confesiones, las asociaciones articuladas en torno a una cosmovisión no religiosa como corporaciones de derecho público, de hecho o jurídicamente potenciales, y las relaciones del Estado con ellas, con excepciones que desvirtúan la posible decibilidad del sistema, y la libertad de pensamiento su objeto formal", LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Derecho de la libertad de conciencia", op. cit., pág. 283.

[378] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, I.,* op. cit., pág. 23.

vida cotidiana no emerge de manera constante y actual"[379]. Y, en parecidos términos, CONTRERAS MAZARIO: "la libertad de conciencia es un factor que está presente prácticamente en todas las facetas de la vida"[380].

Concibiendo el **Derecho Eclesiástico del Estado como el Derecho de la libertad de conciencia (y concibiendo a la laicidad como garantía de la libertad de conciencia en un sistema democrático)** no sólo se puede explicar sistemáticamente la historia y la vigencia del mismo en nuestro ordenamiento, sino que responde a aquella demanda social a que hacemos alusión más arriba sobre la respuesta del Derecho a problemas suscitados a raíz de la vigencia y virtualidad de los principios informadores y derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución. Y lo mismo cabría decir si nos trasladamos al ámbito del Derecho comparado o, incluso al del Derecho internacional y, también al Derecho Comunitario.

En todo caso, no se pueden olvidar las siguientes palabras de P. HÄBERLE: "El aspecto futuro de los derechos fundamentales es doble: de un lado deben ser abiertos a nuevas situaciones; de otro son también puntos de referencia para la actuación del futuro (derechos fundamentales como proyectos para el futuro)"[381].

---

[379] Vid. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pág. 65. Además, M. HERDEGEN ha afirmado que ***la libertad de conciencia es un derecho fundamental autónomo con respecto a la libertad ideológica y religiosa que incluiría conceptualmente a ambas,*** vid. "Gewissensfreiheit", en *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrespublik Deutschland*, 1º Band, 2 º Auflage, Duncker & Humblot, Berlín, 1974, s. 481 y ss.. En contra, GONZÁLEZ ENCINAR que expresamente señala: "la libertad de conciencia no es ni la libertad ideológica, ni la libertad religiosa, ni ambas juntas, y tampoco deriva de ellas", (vid., op. cit., pág. 31).

[380] En *Derecho y factor religioso. El espíritu de la libertad y las libertades del espíritu*, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 14.

[381] Vid. *La libertad fundamental* ..., op. cit., pág. 257. Por otra parte, se pueden completar estas palabras de HÄBERLE, con el siguiente texto de José VIDAL-BENEYTO: "Habermas sostiene que la concepción europea de los derechos humanos no se basa en la hipótesis jusnaturalista de un derecho innato, sino ha sido la respuesta de Europa a la crisis de la modernidad, centrada esencialmente en la laicidad y en el concepto de autonomía. De lo que se trata ahora es de confrontar esa respuesta con las respuestas a la modernidad que se han producido en otras áreas. Pero para que esa confrontación tenga sentido es necesario establecer previamente una simetría de reconocimientos recíprocos de la racionalidad de las distintas opciones y de su igual vigencia fundamentadora. A partir de ahí podrá comenzar el insoslayable debate intercultural de los derechos humanos", (vid. "Cultura y derechos humanos", diario EL PAÍS, 6 de marzo de 1999, pág. 4).

F) EL PRINCIPIO DE LAICIDAD COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA.

Las palabras del profesor LLAMAZARES: "*la laicidad es la única garantía realmente eficaz de la libertad de conciencia*"[382], las pongo en relación con las siguientes palabras de FERRAJOLI: "todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder"[383]. Con otras palabras, una parte importante de la labor de eclesiasticista es comprobar si la ausencia o una deficiente regulación de esta garantía (la laicidad[384]) incide en el reconocimiento

---

[382] Entre otras muchas obras del profesor LLAMAZARES: "Laicidad, sistemas de acuerdos y confesiones minoritarias en España", en *Revista catalana de Dret públic*, nº 33, 2006, pág. 72 y, "Fuentes del Derecho y comunidad civil", en *Perspectivas Actuales de las fuentes del derecho*, Coords. María del Carmen BARRANCO AVILÉS; Óscar CELADOR ANGÓN; Félix VACAS FERNÁNDEZ; Dykinson, 2011, pág. 18. Esta idea ya venía siendo apuntada por otros autores mencionados en este trabajo como HINSCHIUS, SCADUTO, RUFFINI (en *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, op. cit., p. 248, así lo considera L. FORNI en *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Giuffrè, 2010, p. 47 y ss.); HÄBERLE, …. También, en la doctrina española se pueden citar: SUÁREZ PERTIERRA; G.: "La laicidad en la Constitución española", en *Persona y Derecho*, 2005, págs. 163 y 178; FERNÁNDEZ CORONADO, A.: "El significado del artículo 16 en el contexto constitucional", en *Libertad de conciencia, laicidad y Derecho. Liber Discipulorum, en homenaje al Prof. Dr. Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014, pág. 98 (esta catedrática dice: "Se puede afirmar que la laicidad es condición imprescindible para la libertad y es garantía de ejercicio de los derechos de los ciudadanos en condiciones de igualdad, sin distinción de ideas y creencias"); ROCA, Mª J.: "Laicidad del Estado y garantías en el ejercicio de la libertad: dos caras de la misma moneda", en *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, nº 3, marzo 2009, pág. 50; PAREJO GUZMÁN, Mª J.: "Hacia el pleno ejercicio de la libertad religiosa", en *Revista Española de Derecho Canónico*, nº 68, 2011, págs. 315-337; GARCÍA RUIZ, Y.: "¿Qué laicidad queremos?", en *Libertad de conciencia, laicidad y Derecho. Liber Discipulorum, en homenaje al Prof. Dr. Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014, pág. 108.

[383] FERRAJOLI, L.: "Garantías", en *Parolechiave*, nº 19, 1999. Las garantías de primer grado son aquellas recogidas por las normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones (garantías primarias), o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras (garantías secundarias), vid. FERRAJOLI, L: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, 2004, pág. 59.

[384] Sobre el principio de laicidad entendido como neutralidad y separación, vid. FERNANDEZ CORONADO, A.: "Laicidad", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, 1995, págs. 3913-3914; CASTRO JOVER, A.: "Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 3, 2003, págs. 2 y ss.; SUÁREZ PERTIERRA; G.: " La laicidad en la Constitución española", en *Persona y Derecho*, 2005, págs. 157-181; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, op. cit., 2011, págs. 346 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *Derecho Eclesiástico del Estado. Unidades didácticas*, Tecnos, 2015, págs. 75 y ss.. En la última edición del Diccionario

y en el ejercicio de los derechos fundamentales imbricados en el derecho de libertad de conciencia[385]. Es decir, la perspectiva que defiendo es fundamentalmente "garantista", siguiendo la expresión del profesor FERRAJOLI[386]. Consiste por tanto en asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos fundamentales. Se vendría a recordar el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada … no tiene Constitución".

En este punto, volvemos a recordar que el término laicidad, también, se relaciona con la palabra griega "*laos*" que significa pueblo. Y, la palabra "*laikós*", perteneciente al pueblo. En consecuencia, ***el término laicidad se relaciona directamente con "lo común a todos"; es decir, con la igualdad y el sistema democrático***. Con otras palabras, el Estado laico sólo puede

---

de la Real Academia de Lengua Española (2014) se ha recogido, por primera vez, el término "laicidad". Esta palabra se define como "Condición de laico. Principio de separación de la sociedad civil y de la sociedad religiosa".

En este punto recogemos la Sentencia C-152 de la Corte Constitucional de Colombia, de 25 de febrero de 2003, que sobre el principio de laicidad dice lo siguiente: "Así, está constitucionalmente prohibido no solo 1) establecer una religión o iglesia oficial, sin que 2) el Estado se identifique formal y explícitamente con una iglesia o religión o 3) que realice actos oficiales de adhesión, así sean simbólicos, a una creencia, religión o iglesia. Estas acciones del Estado violarían el principio de separación entre las iglesias y el Estado, desconocerían el principio de igualdad en materia religiosa y vulnerarían el pluralismo religioso dentro de un estado liberal no confesional. No obstante, tampoco puede el Estado 4) tomar decisiones o medidas que tengan una finalidad religiosa, mucho menos si ella constituye una expresión de una preferencia por alguna iglesia o confesión, ni 5) adoptar políticas o desarrollar acciones cuyo impacto primordial real sea promover, beneficiar o perjudicar a una religión o iglesia en particular frente a otras igualmente libres ante la ley. Esto desconocería el principio de neutralidad que ha de orientar al Estado, a sus órganos y a sus autoridades en materias religiosas".

Este concepto de laicidad alejado del laicismo ha sido definido por el papa BENEDICTO XVI como "***sana laicidad***", (vid. "Discurso del Santo Padre Benedicto XVI al 56 Congreso nacional de la unión de juristas católicos italianos", de 9 de diciembre de 2006). Y, el papa FRANCISCO ha defendido la laicidad como marco para la convivencia pacífica de todas las confesiones religiosas y que todo Estado debe ser laico; es decir, que no debe asumir ninguna confesión como propia y debe respetar la presencia del factor religioso en la sociedad; vid. diario *El País*, de 27 de julio de 2013; en la revista *La Croix*, de 30 de junio de 2016 y, en Conferencia de prensa del Santo Padre durante el vuelo de regreso a Roma procedente de Suecia, de 1 de noviembre de 2016.

[385] Un ejemplo de esta labor se puede observar en el artículo de A. TORRES GUTIERREZ titulado: "Los retos del principio de laicidad en España**:** una reflexión crítica a la luz de los preceptos constitucionales", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII, 2016, págs. 663-722.

[386] "La ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación", vid. FERRAJOLI, L: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 26.

desenvolverse en sistemas democráticos y que garanticen los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos; entre ellos "derecho fundamental básico de los sistemas democráticos", como ha escrito LLAMAZARES[387], es el derecho de libertad de conciencia. Idea que aparece en la jurisprudencia canadiense con las siguientes palabras: "(…) while keeping in mind that the Charter has established the essentially secular nature of Canadian society and **the central place of freedom of conscience in the operation of our institutions**. …It should also be noted (…) that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. **The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government**"[388]. De tal forma que como hemos indicado la laicidad se convierte a través de su configuración como garantía de la libertad de conciencia en el pilar que sustenta el sistema democrático como ha puesto de manifiesto el profesor LLAMAZARES y la jurisprudencia canadiense. En este punto, volvemos a insistir en la idea de relacionar el término "Derecho Eclesiástico del Estado" con su primigenio significado etimológico de "**ekklesia**" (*ἐκκλησία*) como asamblea democrática de ciudadanos y no como lugar de reunión de creyentes.

Por último, independientemente del concepto que se utilice (libertad de conciencia, libertad de creencias, libertad de pensamiento, libertad religiosa, …), tanto por la legislación, como por la jurisprudencia, como por la doctrina, debemos tener muy presente el **artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre** que dice: "*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;* **este derecho** incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia"[389]. Está, por tanto, hablando

---

[387] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.,* op. cit., 2011, pág. 23.

[388] Sentencias de la Corte Suprema de Canadá: Rodriguez v British Columbia (Attorney General), [1993] 3 SCR 519 y, R v Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 SCR 295.

[389] El Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 2 de agosto de 2016, recoge sobre el concepto de libertad de religión lo siguiente: "***La libertad de religión o de creencias no protege, y de hecho no puede proteger, a las religiones o sistemas de creencias en sí, es decir, sus diversas afirmaciones de la verdad, las enseñanzas, los ritos o las prácticas***. En su lugar, empodera a los seres humanos, como personas y en comunidad con otros, que profesan religiones o creencias y deseen definir su vida de conformidad con sus propias convicciones. La razón de este enfoque en "creyentes en lugar de creencias" (como se ha resumido sucintamente) no es que los derechos humanos reflejen una determinada "visión antropocéntrica del mundo", como algunos observadores han inferido erróneamente. Más bien, una de las razones principales es que las religiones y las creencias son muy diferentes, a menudo incluso de manera irreconciliable, en sus mensajes y requisitos normativos. Las religiones y las creencias reflejan una abundancia de diversas

de ***un único derecho humano*** que incluye la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión[390] y, precisamente, el contenido de ese único derecho humano que es igual para todos los seres humanos[391] es el objeto material de

---

enseñanzas, doctrinas, ideas de salvación, normas de conducta, liturgias, días festivos, períodos de ayuno, costumbres alimentarias, códigos de vestimenta y otras prácticas. Además, las interpretaciones de lo que importa desde el punto de vista religioso no solo pueden diferir ampliamente entre las comunidades religiosas, sino también dentro ellas. Por tanto*, el único denominador común identificable en esa gran diversidad parece ser el ser humano, que es quien profesa y practica su religión o sus creencias, como individuo o en comunidad con otros.* En consecuencia, los derechos humanos solo pueden hacer justicia a la diversidad existente y emergente empoderando a los seres humanos, que, de hecho, son titulares del derecho a la libertad de religión o de creencias. Este enfoque consistente en los seres humanos como titulares de derechos también está plenamente en consonancia con el enfoque basado en los derechos humanos en general".

[390] El Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 2 de agosto de 2016, expone: "Las abreviaturas utilizadas ampliamente, como la "libertad de religión" o "libertad religiosa" no reflejan plenamente el alcance del derecho humano en cuestión. Incluso el término "libertad de religión o de creencias", que para facilitar la consulta han empleado en general el Relator Especial y sus predecesores, sigue siendo una formulación sucinta. Por consiguiente, sería útil que de vez en cuando se recordara ***el título completo del derecho***, que es "la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias". Las leyes y la jurisdicción en muchos Estados no reflejan adecuadamente el pleno alcance de este derecho humano, ya que a menudo restringen su aplicación a tipos predefinidos de religiones y excluyen creencias y prácticas no tradicionales. Limitar el goce de la libertad de religión o de creencias a los miembros de las religiones "reconocidas" también viola el espíritu y la letra de los derechos humanos universales".

[391] El Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 2 de agosto de 2016, confirma esta afirmación con las siguientes palabras: "Los derechos humanos son derechos universales en el sentido de que están íntimamente ligados a la humanidad del ser humano y, por tanto, de todos los seres humanos por igual. En la primera oración del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos." Debido a su carácter de derecho humano universal, al que todos los seres humanos tienen derecho, la libertad de religión o de creencias debe ser interpretada de manera amplia. No se debe limitar a listas particulares de religiones o de "opciones" relacionadas con creencias predefinidas por los Estados, en las que deben permanecer las personas. En su lugar, el punto de partida debe ser la definición de todos los seres humanos en la vasta esfera de las religiones y las creencias, que incluye convicciones existenciales que conforman la identidad de las personas y diversas prácticas vinculadas a esas convicciones. En el párrafo 2 de su observación general núm. 22 (1993) sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el Comité de Derechos Humanos corroboró esa comprensión abierta e inclusiva aclarando que el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia, y que los términos "creencias" y "religión"' deben entenderse en sentido amplio. El Consejo de Derechos Humanos destacó también que el artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Cabe añadir que la libertad de religión o de creencias también abarca los derechos de los miembros de comunidades grandes y pequeñas, minorías y minorías dentro de minorías, tradicionalistas y liberales, conversos y reconversos, disidentes y otras voces críticas y, por último, pero no por menos importante, las mujeres,

esta disciplina jurídica. Si bien debemos tener presente en esta afirmación lo siguiente:

Primero: Que los borradores de este artículo 18 de la Declaración Universal no se mencionaba la libertad de religión pues se consideraba que esta libertad estaba incluida en las libertades de pensamiento y de conciencia[392].

Segundo: Que desde nuestro punto de vista y coincidiendo con el profesor LLAMAZARES la libertad de pensamiento y la libertad religiosa se encuentran incluidas en la libertad de conciencia.

Tercero: Como creemos haber dejado demostrado (o, al menos intentado), en las páginas precedentes, que la secularización es un elemento importante en la evolución histórica del Derecho Eclesiástico del Estado; consecuentemente, la historia del Derecho Eclesiástico del Estado es la historia de la libertad de las conciencias frente al Estado e, incluso, a veces frente a las confesiones religiosas[393]. En este sentido, el Estado democrático ha ido asumiendo la función de garantizar dicha libertad de conciencia a través de la laicidad[394].

Cuarto: Este proceso de secularización reafirma la idea de M. BARBIER de que la laicidad es una condición previa para el reconocimiento de los derechos humanos y que el establecimiento del principio de laicidad facilita el ejercicio de los mismos[395].

Como ya indicaba mi maestro, el profesor LLAMAZARES, lo que se pretende en la explicación del contenido de la disciplina académica: "Derecho Eclesiástico del Estado" es "medir el grado de laicidad de nuestro Derecho, entendida la laicidad en su sentido más moderno como *conditio sine qua non* de la

---

que lamentablemente siguen ocupando posiciones marginadas en muchas tradiciones religiosas".

[392] GARCÍA-PARDO, D.: *La protección internacional de la libertad religiosa*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. C. M., 2000, pág. 21.

[393] "La libertad religiosa constituye una de las victorias definitivas del espíritu de la libertad. Pero no nos damos cuenta de que, si se trata de un triunfo sobre aquellos poderes eclesiásticos y estatales que prohíben al hombre expresar su religiosidad de acuerdo con su conciencia" (pág, 114) "La historia de la humanidad no sólo es un proceso de individuación creciente, sino también de creciente libertad. El anhelo de libertad no es una fuerza metafísica y no puede ser explicado en virtud del derecho natural; representa, por el contrario, la consecuencia necesaria del proceso de individuación y del crecimiento de la cultura. Los sistemas autoritarios no pueden suprimir las condiciones básicas que originan el anhelo de libertad; ni tampoco pueden destruir la búsqueda de libertad que surge de esas mismas condiciones" (pág. 230), E. FROMM: *El miedo a la libertad*, op. cit..

[394] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Derecho de la libertad de conciencia", op. cit., pág. 286, nota nº 46.

[395] BARBIER, M.: « Pour une définition de la laïcité française », *Le Débat*, nº 134, 2005.

libertad de conciencia en general y, por supuesto, de la libertad religiosa en particular"[396].

[396] Vid. *Introducción al Código: Derecho Eclesiástico del Estado*, Ariel, 2000, pág. 12.

CAPÍTULO III.

AUTONOMÍA CIENTÍFICA Y SISTEMA DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

Adelantamos desde el principio, aunque luego incidiremos sobre estas ideas, que la autonomía científica viene determinada por el *sistema* como acertadamente ha escrito el profesor LLAMAZARES[397]. Este profesor entiende el *sistema* como una red de mallas que viene presidido por una serie de principios informadores que pueden identificar la asignatura o disciplina científica y dar respuesta a todo el sistema; es decir, como apuntaba J. RIVERO que todas las ramas del Derecho se fundamentan en algunos grandes principios que contribuyen a soportar todo el edificio[398]. Con otras palabras, cuando se quiere hablar de un Derecho de libertad de conciencia de lo que se trata es de explicar un conjunto normativo, no como un conjunto aislado de normas, sino como un sistema, mejor, como un subsistema jurídico que mantiene una unidad y una coherencia a partir de uno o de varios principios informadores[399].

Pero, antes de adentrarnos en el estudio de la autonomía científica de la disciplina jurídica denominada: "Derecho Eclesiástico del Estado", es necesario recoger las aportaciones de un grupo de filósofos vinculado con el llamado ***Círculo de Viena***. La importancia de todos estos autores en relación con el Derecho Eclesiástico del Estado se debe a que gracias a sus aportaciones es posible (y, quizás la única manera) de concebir y construir el Derecho Eclesiástico del Estado como sistema, con lo que se garantiza la autonomía científica de esta disciplina como ha destacado el profesor LLAMAZARES. El **neopositivismo del Círculo de Viena** se caracteriza por una decidida oposición a toda "especulación" y a toda "metafísica", aspirando a construir una "filosofía científica" y a edificar "la concepción científica del mundo" (*Wissenschaftliche Weltanschauung*). Para la construcción de esta filosofía se basan en el desarrollo del positivismo, donde desempeña un papel fundamental la lógica. Se intenta unir el empirismo (especialmente, de la tradición de HUME)

---

[397] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Derecho de la libertad de conciencia: la construcción del sistema", op. cit., págs. 291 y ss.

[398] Vid. *Pages de doctrine,* tomo II, París, 1980, pp. 187 y ss. citado por GONZÁLEZ SALINAS, J.: "Maduración científica del Derecho administrativo y su deuda con el Derecho civil", en *Libro-homenaje a José María Chico y Ortiz*, Marcial Pons, 1995, pág. 1409.

[399] CUBILLAS RECIO, L. M.: *Proyecto Docente* ..., op. cit., pág. 70.

con los recursos de la lógica formal simbólica[400]. Una obra capital para la formación de este grupo fue el *Tractatus logico-philosophicus* de WITTGENSTEIN[401] (aunque este filósofo siempre quiso mantenerse al margen de este Círculo). Entre los autores del Círculo de Viena se pueden citar: Ernest MACH[402]; Otto NEURATH[403]; Rudolf CARNAP[404]; Philipp FRANK; Hans HAHN y Victor KRAFT[405]. Entre los juristas cercanos a esta corriente filosófica, se encuentra H. KELSEN[406]. También, existen dos autores que no pertenecieron a este Círculo de Viena, pero relacionados con el positivismo lógico: B. RUSSELL y K. POPPER. El primero, consideraba que el análisis lógico poseía fuerza suficiente para despejar la mayor parte de las incógnitas de

---

[400] Sobre este Círculo de Viena y sus autores, vid. FERRATER MORA, J.: *Diccionario de Filosofía*, vol. 4, Alianza editorial, Madrid, 1990, págs. 3429-3433.

[401] Para Ludwing Josef Johann WITTGENSTEIN "los límites de mi lenguaje significan los límites del mundo" y concibe la filosofía no como "decir" sino como "aclarar". Reconoce que "lo que no puede decirse" es más "importante" que lo que puede decirse y que conviene delimitar el campo de lo "decible" justamente porque lo "indecible" –que es en muchos casos "lo ético"—queda entonces liberado, si es que no constituye en tal caso la base para una liberación de la propia personalidad del ser humano.

[402] Según este filósofo "todo conocimiento que no tenga un resultado no es propiamente un conocimiento, pero el resultado en cuestión no es sólo, ni siquiera primariamente, un "éxito", sino más bien la posibilidad de verificación de las proposiciones de que se trate. En todo caso, la validez de una ley científica es función del "éxito" o "resultado" que se obtenga con su aplicación; sólo este resultado permite distinguir entre lo que llamamos "verdad" y el "error"".

[403] NEURATH defendió la llamada doctrina de la verdad como coherencia.

[404] Para CARNAP el análisis de la constitución se basa en una teoría en la cual se ordena los diferentes sistemas de objetos o conceptos según grados. "Constituir" equivale a "reducir" pero esta reducción ha de entenderse en sentido lógico-sistemático y no metafísico. El principio de tolerancia que se podría concebir como todo el que use una expresión deberá determinar previamente en cuál de los siguientes modos la emplea; es decir, en cuál de los siguientes contextos sintácticos ha de poseer significación. Y, tiene como consecuencia obligada la consideración como ilegítimo todo ataque a un sistema científico si no es o desde la demostración de sus proposiciones últimas como falsas o bien desde dentro mismo del sistema.

[405] Este filósofo se considera el último representante del Círculo de Viena y aplicó los criterios de racionalidad científica a problemas sociales.

[406] La estructura lógica y las reglas del Derecho no coinciden sin más con las de la lógica general, a diferencia de lo que ocurre con las reglas de formación del sistema científico, como puso de relieve la polémica epistolar entre H. HELSEN y U. KLUG, en *Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Siguiendo a H. FIEDLER, "en el ámbito del derecho hay un amplio campo para las investigaciones lógicas y que, por otra parte, la lógica puede prestar grandes servicios a la ciencia del derecho (...) el trabajo de los juristas en la aplicación de la ley está determinado, desde el principio, por la estructura lógica del respectivo sistema. La solución de muchos problemas jurídicos depende de esta estructura" (vid. *Derecho, lógica, matemática*, Distribución Fontamara, México, 1992, págs. 32 y 59).

la teoría del conocimiento[407]. El segundo, defiende el pluralismo crítico según el cual debe permitirse la competencia de todas las teorías en aras de la búsqueda de la verdad[408] y, señala que la primera condición que ha de cumplir todo sistema teórico es el requisito de compatibilidad o coherencia[409]. En suma, basa su doctrina en la teoría del método.

1. AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO.

La *autonomía científica* del Derecho Eclesiástico ha sido ya afirmada y razonada, por algunos autores, como GISMONDI en Italia y, BERNÁRDEZ en España, compartida mayoritariamente por la doctrina eclesiástica[410], como posteriormente comprobaremos. Dicha autonomía, siguiendo a GISMONDI, se basa en un complejo de normas tal que pueda destacarse dando vida a un sistema completo regulador de una categoría especial de relaciones y, según LOMBARDIA, porque ha sido posible una sistematización científica unitaria y complexiva del tema religioso que obedece a unos principios informadores como elementos formales del sistema.

---

[407] Este filósofo ha escrito: "La primera característica de la nueva filosofía es abandonar la pretensión de servir de medio para conseguir un método filosófico o una sabiduría especiales (...) Concibe que todo conocimiento científico, adquirida y probado por métodos científicos, no aspira, como generalmente lo ha hecho la filosofía anterior, a hacer afirmaciones sobre el universo en conjunto ni a la construcción de un sistema compresivo (...) La nueva filosofía no es sólo crítica. Es constructiva, pero, como la ciencia, va poco a poco y haciendo tentativa. Tiene un método técnico especial de construcción: la lógica matemática hace posible, como nunca lo fue antes, ver el efecto futuro sobre la filosofía de una doctrina científica determinada y el decir qué entidades hay que asumir y qué relaciones existen entre ellas", vid. "La filosofía en el siglo XX", en *Ciencia, filosofía y Política. Ensayos sin optimismo*, Aguilar, Madrid, 1957, págs. 45, 46 y 48.

[408] POPPER, K.: "Tolerancia y responsabilidad intelectual", en *En busca de un mundo mejor*, Paidos, Barcelona, 1994, pág. 245.

[409] POPPER, K. R.: *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, 1990, pág. 88. El propio K. POPPER reconoce que el Círculo de Viena le crítica sus ideas diciendo que "la teoría del método que no sea ni ciencia empírica ni pura lógica es imposible", vid. *La lógica de la investigación científica*, op. cit., pág. 50 nota nº 1.

[410] GISMONDI, P.: *Lezioni di Diritto ecclesiastico. Stato e confessioni religiose*, 1975, p. 12 (en concreto, señala que "la autonomía de una ciencia jurídica puede considerarse siempre que un conjunto de normas llegue a un desarrollo tal que se destaque y derive del ordenamiento originario, dando vida a un sistema completo, destinado a regular una especial categoría de relaciones que se concreta precisamente en un Derecho especial") y en "L'autonomia scientifica del diritto ecclesiastico", en *Annali Universitá di Macerata*, 1948. V. DEL GIUDICE en *Nozioni di Diritto canonico*, (Milano, 1962, p. 10) escribe que "el Derecho está constituido por un conjunto de normas jurídicas que la ciencia tiene la misión de elevar a sistema" y, por último, LOMBARDIA, P.: "El Derecho Eclesiástico", op. cit., págs. 83-84.

Sin embargo, del estudio de la doctrina eclesiasticista se puede entrever una indefinición sobre la autonomía, pero esta indefinición es propia de otras disciplinas o ramas jurídicas[411]. Como daremos cuenta en este capítulo con algunos ejemplos de otras disciplinas jurídicas.

Esta disciplina científica se intercomunica o relaciona con otras ramas del Derecho configurándose el ordenamiento jurídico como un poliedro donde este polígono, quizás cada vez más irregular, comparte aristas con otras ramas jurídicas.

La peculiar evolución de esta disciplina, no sólo en nuestro país, como parte del Derecho público[412], ha ido respondiendo a visiones más cercanas[413] al Derecho internacional (Concordatos y relaciones con la Iglesia católica), Derecho político y Teoría del Estado (Relaciones del poder político y religioso), Derecho Administrativo (Policía administrativa), Derecho constitucional (libertades públicas) y, por otra parte, la fundamental aportación del Derecho canónico por la trayectoria histórica que experimenta el concepto de Derecho

---

[411] Por ejemplo, A. NIETO escribe: "El Derecho Administrativo, en España como fuera de ella vive angustiado por su falta de identidad", en *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, 1986, pág. 7; y el profesor E. TIERNO GALVÁN señalaba que: "Es un lugar común que la disciplina que en España llamamos Derecho político, pierde claridad en sus límites y precisión en el contenido", en "Prólogo" a la obra *Introducción al Derecho político*, Pablo LUCAS VERDÚ, Bosch, Barcelona, 1958. O, incluso, se ha negado la juridicidad del Derecho Internacional Público como ha indicado HART con las siguientes palabras: "el Derecho internacional no sólo carece de reglas secundarias de cambio y de adjudicación que establezcan un legislativo y tribunales, sino que carece también de una regla de reconocimiento unificadora que especifique las fuentes del derecho y que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas", (*El concepto de Derecho*, Abelard-Perrot, 1963, pág. 264). En el mismo sentido, R. AGO : "Science juridique et droit international", en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 90, Leiden, A. W. Sijthoff, 1956, pp. 953-954. Y, sobre la desaparición del Derecho Internacional de los Planes de Estudios de Derecho, como por ejemplo en Alemania, vid. *Annuaire Institut de Droit International*, 1997, vol. I, p. 143.

[412] Sobre si el matrimonio es parte del Derecho público o privado, vid. REINA, V.; MARTINELL, J. Mª: *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons, 1995, págs. 13-18. Nosotros partimos de otra perspectiva, que la situamos en el derecho a convivir en pareja que sería un derecho constitucionalmente protegido en cuanto contenido esencial de la dignidad de la persona y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, forma parte de la libertad de comportamiento como dimensión de la libertad de conciencia, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, II*, 2011, op. cit., págs. 397 y ss.. También, P. HÄBERLE, concibe el matrimonio vinculado al libre desarrollo de la personalidad, vid. *El derecho fundamental...*, op. cit., pág. 248.

[413] El Derecho eclesiástico no es sólo un sector del Derecho público, sino que debe concernir en una perspectiva mucho más articulada, en relación con el Derecho canónico, al Derecho internacional y a la materia civilista, vid. TEDESCHI, M.: "Sulla dottrina ecclesiastica italiana", en *Scritti ...,* op. cit., p. 263. Lo volvemos, a repetir, esta perspectiva más articulada es imposible sin el recurso metodológico del sistema.

Eclesiástico y, por ser en las cátedras de Derecho canónico donde surge científicamente el Derecho Eclesiástico del Estado. Debemos recordar que en Italia hasta la cátedra de SCADUTO esta materia era estudiada por otras ramas jurídicas. Esta evolución viene determinada, en la actualidad, por el enfoque o perspectiva en cuanto a su contenido que, como hemos apuntado, se establece en torno a la libertad de conciencia y el sistema democrático. En este sentido, el Derecho Eclesiástico del Estado es, por tanto, una parte del Derecho estatal y su fundamento está en el Derecho Constitucional del que pretende ser explicitación y desarrollo sectorial[414], pero no se encuadra científicamente en la disciplina de Derecho constitucional. *La visión del Derecho Constitucional se dedica a la libertad de pensamiento y la perspectiva del Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia es más amplia*[415].

La discusión sobre la autonomía científica de esta disciplina se ha puesto en entredicho por la doctrina iuspublicista italiana (SANTI ROMANO, ZANOBINI[416]), sin embargo, se ha considerado que la función de la norma del Derecho eclesiástico legitima la elaboración de un concepto de Derecho eclesiástico como rama autónoma dentro del Derecho público del Estado. Esta función consiste, según el profesor DE LUCA, en la tutela de la exteriorización del sentimiento religioso de los ciudadanos[417]. Y, se ha concluido, *en la doctrina italiana, que el Derecho eclesiástico es una rama jurídica intermedia entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo*[418].

---

[414] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "La objeción de conciencia y la construcción científica del Derecho eclesiástico del Estado", en *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (Valencia 28-10 mayo de 1992)*, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat Valenciana, Valencia, 1993, pág. 21. Ante estas afirmaciones, se ha criticado la excesiva visión constitucionalista del Derecho eclesiástico (vid. MARTÍNEZ TORRON, J.: *Derecho, religión, sociedad*, op. cit., pág. 164), o el peligro de convertirse en un apéndice de Derecho constitucional (cfr. BUENO SALINAS, S.: op. cit., pág. 463) o, en palabras de L. DE LUCA, "la concepción individualista donde la libertad religiosa tiene un nivel prevalente reconduce al derecho eclesiástico al ámbito del derecho constitucional" (op. cit., p. 119). En todo caso, advertía P. LOMBARDÍA que "no se debía pretender sustituir a las cátedras de Derecho Político en lo que era su tarea propia", en "Derecho canónico en las facultades de Derecho", op. cit., pág. 338.

[415] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Derecho de la libertad de conciencia: la construcción del sistema", op. cit., págs. 291 y ss.

[416] Se ha precisado que "tutto il diritto statuale in materia religiosa od ecclesiastica ad un unico ramo del diritto pubblico, ma ache esse siano in realtá norma di diversi rami del diritto non solo pubblico, ma anche privato, si que il diritto ecclesiastico non avrebbe alcuna individualitá" (vid. SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, p. 25; D. DONATI, *Elemeti di diritto constituzionale*, Padova, 1932, p. 2 y ss; ZANOBINI, G.: *Corso di diritto ecclesiastico*, Pisa, 1936, p. 19, citados por LUCA, L.: op. cit., p. 117-118).

[417] DE LUCA, L.: op. cit., p. 137.

[418] DEL GIUDICE, F.; MARIANI, F.: *Diritto ecclesiastico*, V ed., Simone, Napoli, 1993, p. 16.

Se ha escrito que la mayoría de juristas españoles identifica todavía la legislación eclesiástica con la legislación de la Iglesia católica[419], y dicha identificación casi se puede trasladar al concepto de Derecho eclesiástico.

Además, en la doctrina jurídica española la discusión se ha centrado sobre la concepción del Derecho Público; negando los administrativistas la autonomía al Derecho político y constitucional. De este argumento, se desprendería lógicamente que sería imposible concebir para estos autores, la autonomía científica del Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia. En concreto, Luciano PAREJO ha señalado que el Derecho administrativo es el *ius publicum comune*[420] y, más rotundo es el profesor Jesús GONZÁLEZ SALINAS: "ese problema se planteó inicialmente en los orígenes científicos del Derecho Administrativo, que hubo de reconocer al civil su categoría de ius comune hasta que, haciendo uso de una técnica jurídica de que carecía, pudo llevar a cabo su propia construcción científica. Al igual que entonces el Derecho administrativo (en el sentido de ciencia) hubo de desprenderse de datos y valoraciones que por su falta de articulación técnica —por políticos, en definitiva— eran impropios de lo jurídico ahora le toca hacer lo propio al Derecho político. Y si antes fue el Derecho civil el que sirvió de base al Derecho administrativo, para conseguir su inclusión entre las ciencias jurídicas, ahora le toca al Derecho político apoyarse en ese Derecho administrativo que ya está en condiciones de prestar ese servicio. Todo el problema estriba en encontrar encaje a los respectivos principios generales (del Derecho o específicos de cada ordenamiento) en cada uno de los (respectivos) ámbitos y en especial en los seccionales. El tráfico de influencias resultará, así, perfectamente legítimo, permitiendo el trasvase de recursos de modo que puedan obtenerse los frutos apetecidos y sin que, por ello pueda hablarse de colonización del Derecho público por parte del Derecho administrativo"[421]. Estos profesores recogen la idea de E. GARCÍA DE ENTERRÍA que concibe el Derecho constitucional como Derecho administrativo. Dicha visión fue contestada por Pablo LUCAS VERDÚ. Para este último profesor, del Derecho Constitucional se han desprendido académica y prácticamente otras disciplinas, entre ellas, el Derecho Administrativo. Y, critica que el panadministrativismo

---

[419] Prólogo de la *Legislación eclesiástica* de A. MOLINA MELÍA; Mª E. OLMOS ORTEGA, pág. 35 (12 ed.), Civitas, Madrid, 2000, (aunque, se fecha el prólogo en 1987). Esta opinión parece desprenderse del contenido del Libro Blanco del Grado en Derecho en relación a las respuestas manifestadas por los profesores de Derecho sobre el área de conocimiento de Derecho Eclesiástico del Estado.

[420] Vid. *El concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pág. 156. Ideas que recogen del profesor E. GARCÍA DE ENTERRIA, en *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 40-41.

[421] Vid. "Personalidad y definición del Derecho Administrativo", en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 949-950.

no se limite sólo a invadir al Derecho Constitucional, sino que se extiende a otras disciplinas[422].

Por ejemplo, podríamos citar en este punto el estudio sobre la autonomía científica del Derecho Financiero. En este sentido, GIANNINI negaba autonomía científica al Derecho Financiero considerándolo parte del Derecho Administrativo[423]. El catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Rey Juan Carlos, CAZORLA PRIETO, ha recordado la importancia de la Orden Ministerial del 20 de noviembre de 1970, por medio de la cual la materia del Derecho Financiero y Tributario fue introducida como objeto de enseñanza en las facultades de Derecho y ha afirmado que el Derecho Financiero se divide en dos grandes ramas: el Derecho Financiero relativo a los ingresos de las entidades públicas y el Derecho Financiero relativo a los gastos de los órganos públicos. El Derecho Tributario, según CAZORLA, forma parte del Derecho Financiero[424] con plena autonomía científica frente al Derecho Administrativo[425].

Otro ejemplo en torno a la autonomía científica de otra disciplina jurídica la encontramos en Historia del Derecho. Es lugar común en la doctrina jurídica atribuir el inicio de dicha autonomía científica a GARCÍA-GALLO en una conferencia en homenaje a HINOJOSA, titulada: "Historia, Derecho e Historia del Derecho", en el año 1952, a pesar de su creación como asignatura a finales del siglo XIX[426]. No obstante, siguiendo a G. VILLAPALOS: "nadie se ocupa

---

[422] LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 84-85 y 122-123.

[423] Vid. *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 4-6; *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1956. GIANNINI viene a recoger las ideas de autores como E. BLUMENSTEIN (*Sistema di diritto delle imposte*, F. Forte (trad.), Milano, Giuffrè, 1954, p. 10) y Albert HENSEL (*Derecho tributario*, 1924 –Nova Tesis editorial jurídica, 2004—) que consideraban que el Derecho tributario era una parte del Derecho Financiero pero que formaban parte del Derecho Administrativo.

[424] Vid. *Derecho Financiero y Tributario*, Pamplona, Aranzadi, 2001, págs. 52 a 58.

[425] Sobre la autonomía del Derecho Financiero, vid. GRIZIOTTI, B.: *Le tradizioni secolari e il progresso attuale degli studi di Scienza delle Finanze e di Diritto finanziario in Italia*, IRCE, Roma, 1941, pp. 136-138; VICENTE-ARCHE DOMINGO, F.: "Un nuevo Plan de Estudios en las Facultades de Derecho y la incorporación al mismo del Derecho financiero como disciplina autónoma", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. IX, núm. 22, 1965, pág. 45; CHICO DE LA CÁMARA, P.: "Un apunte sobre la evolución dogmática de la realidad Jurídico-Financiera", en *I Jornada Metodológica "Jaime García Añoveros" sobre la Metodología Académica y la Enseñanza del Derecho Financiero y Tributario*, Instituto de Estudios Financieros, (documento 12/02), 2002, págs. 107-112 (sobre la configuración jurídica del tributo) y, HERRERA MOLINA, P. M.: *Metodología del Derecho financiero y tributario*, Documento Nº 26/03 del Instituto de Estudios Financieros, 2003.

[426]Aunque como asignatura autónoma: "Historia del Derecho" nació mediante el Real Decreto de 2 de septiembre de 1883. El mencionado Decreto disponía que las enseñanzas

ya sobre la tautológica cuestión de si la Historia del Derecho es historia o derecho, por ejemplo; o al menos nadie debería ocuparse"[427]. Sin embargo, autores como TOMÁS Y VALIENTE consideran a la Historia del Derecho como una especialidad de la Historia general[428].

Por concluir esta discusión, coincidimos con el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA en las siguientes palabras: "Trabajemos todos, desde nuestras respectivas especialidades e inclinaciones, en conseguir que nuestra Constitución llegue a ser la norma efectiva que presida la convivencia de los españoles, sin exclusiones ni monopolios. Vayamos a las cosas y no a las personas, al Derecho Constitucional real y no a los supuestos títulos personales que puedan dar o negar "derecho" a hablar de él. Sean bienvenidos todos los esfuerzos y proscribamos de una vez las proscripciones de unos sobre otros"[429].

No se pretende en estas páginas entrar en la discusión sobre la autonomía científica de otras ramas jurídicas sino simplemente escenificar que no es una cuestión exclusiva de los eclesiasticistas.

En la doctrina eclesiasticista española, la discusión sobre la autonomía se ha conformado, por una parte, desde posturas que rechazan la autonomía científica. Así GONZÁLEZ DEL VALLE considera que el Derecho Eclesiástico no es una rama del saber jurídico sino una especialidad, consecuentemente, la misión del Derecho eclesiástico es la especialización[430], pero no en principios, sino en los problemas que la regulación del fenómeno religioso plantea a las ramas jurídicas (administrativo, penal, procesal, laboral, etc.) aportando esta perspectiva en la configuración de estas ramas[431].

---

de la Facultad de Derecho debían de ser comunes a las dos secciones: 1ª Derecho civil y canónico y, 2ª Derecho Administrativo.

[427] En el "Prólogo" a la obra de B. AGUILERA BARCHET: *Introducción jurídica a la Historia del Derecho*, Civitas, 1996, pág. 5.

[428] Vid. *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, 1994.

[429] Vid. "El Derecho Constitucional como Derecho", en *Revista de Derecho Político*, nº 15, otoño, 1982, pág. 20.

[430] EL problema de la especialización es que los nuevos Planes de Estudios de Grado en Derecho no tienen cabida dicha especialización ante la obligación de que los Planes de Grado deben recoger asignaturas de carácter generalista. Abocando la especialización a los estudios de Máster. Propuesta que algunos profesores de otras disciplinas jurídicas en la discusión de los planes han argumentado para que la asignatura de Derecho Eclesiástico del Estado no apareciera en el Plan de Estudios del Grado en Derecho y se abocará a la creación de un Máster específico.

[431] Vid., *Derecho Eclesiástico español*, op. cit., págs. 73, 74 y 78. Este autor escribe: "la libertad e igualdad religiosa no son la materia u objeto del Derecho eclesiástico –la materia la constituyen las confesiones religiosas—, sino una perspectiva –no la única— desde la que completarse esa legislación" (pág. 71) y, a su modo de ver es inexacto que la existencia de unos principios informadores de la legislación estatal suponga que se esté ante una rama del

SANTIAGO BUENO explica que: "La autonomía proviene del objeto: el hecho religioso o de conciencia y ello tiene mal encuadre dentro de esquemas positivistas o del formalismo prevalente en el estudio del Derecho en nuestras Universidades. Así, aplicando el método dogmático en sentido estricto, nuestra asignatura no poseería autonomía científica y sólo existiría por razones históricas"[432]. Aunque, más concluyente es I. C. IBAN PÉREZ, para quién esta área de conocimiento es un "invento"[433] y, añade: "¿y qué decir a propósito de la precisión en los mojones de deslinde del Derecho eclesiástico? Sencillamente que si separamos del Derecho eclesiástico lo que hay de civil, fiscal, penal, administrativo, etc., nos quedarían sólo los principios; esto es: literatura"[434].

Por último, para MARTÍNEZ TORRÓN: "es incongruente abogar por la autonomía "científica" de las especialidades jurídicas. No existe autonomía científica porque la especialización del derecho es resultado de su consideración a nivel fenoménico, y a ese nivel su conocimiento es más técnico que científico"[435] y, prosigue "que la autonomía de las distintas ramas jurídicas es también relativa: no sólo por la interdisciplinariedad que se deriva de la unidad esencial del derecho, sino sobre todo porque esa autonomía aparece revestida del mismo carácter instrumental que posee la especialización jurídica de la que proviene, y que se justifica por conveniencias prácticas de carácter técnico"[436]. Concluye, este autor, sorprendentemente, desde nuestro punto de vista, que "*la autonomía del derecho eclesiástico en España se basa en la suficiente entidad que posee en el plano operativo y académico*"[437]. Esta afirmación del profesor MARTÍNEZ TORRÓN no se ha visto, lamentablemente para los profesores de Derecho Eclesiástico del Estado, respaldada en la aprobación de los nuevos Planes de Estudios de Grado en Derecho.

Derecho (pág. 75). Por último, el profesor BERNÁRDEZ critica que la misión del eclesiasticista sea puramente subsidiaria, vid. Recesión a este Manual de GONZÁLEZ DEL VALLE, 2ª ed., en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX, 1993, págs. 731.

[432] Vid., op. cit., pág. 467 y, añade que "en los planes de estudio del Derecho eclesiástico del Estado no forma un común científico con el resto de asignaturas dogmáticas tradicionales, que reciben el nombre de *ramas* del Derecho (Derecho civil, constitucional, internacional, administrativo, procesal, canónico, ...), sino que se sitúa a otro nivel, comparable, por ejemplo, al Derecho agrario o Derecho urbanístico, claramente *especialidades* en base a un objeto peculiar, pero actualmente enmarcadas en ramas jurídicas como el Derecho civil o el Derecho administrativo", (vid., pág. 467, nota nº 19).

[433] "Normativa en el Derecho Eclesiástico del Estado", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX, 1995, pág. 150.

[434] Vid. "Prólogo" a la obra de ROSSELL GRANADOS, J.: *Religión y jurisprudencia penal*, Editorial Complutense, Madrid, 1996, pág. 11.

[435] Vid., *Derecho, Religión y Sociedad*, op. cit., pág. 99.

[436] Ibídem, págs. 100-101.

[437] Ibídem, pág. 103.

Contrariamente, a estas posiciones consideramos que lo único que garantiza la autonomía científica es el sistema. Con otras palabras, sin sistema no existe autonomía. Admitida, por tanto, la correlación autonomía científica y sistematización de la materia[438], y una vez que ésta depende, asimismo, de la concepción de la que se parta sobre el Derecho Eclesiástico del Estado[439], procedemos a describir en que consiste el sistema.

2. EL SISTEMA COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA APLICADA AL DERECHO.

La ciencia ha sido concebida como mera hipótesis de trabajo como mera convección o, como mantiene el profesor LLAMAZARES: "un proyecto de investigación siempre inacabado"[440]. En otras palabras, el juego de la ciencia, en principio, no se acaba nunca, en consecuencia, si alguien decide que los enunciados científicos no requieren ninguna constatación posterior y que

---

[438] Una de las dificultades de la construcción sistemática del Derecho eclesiástico se debe a la utilización del método exegético; en concreto, en la doctrina italiana se ha señalado: "l'uso del solo método esegetico impediribbe qualsiasi visione sintetica ed unitaria dei problemi che formano oggetto della nostra disciplina, data la straodinaria variéta delle fonti, in gran parte disordinate e frammentarie", vid. CIPROTTI, P.: *Diritto ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1964, p. 11.

[439] J. MARTÍNEZ TORRON pone en duda la existencia del sistema con las siguientes palabras: "El sistema, si existe, se basaría en los valores que informan el ordenamiento y, no tanto en las normas" (vid. *Derecho, religión y sociedad*, op. cit., pág. 113, nota nº 24) y recalca que: "la especialización exige sin duda del eclesiasticista que, *renunciando a la obsesión por el sistema*, se centre estrictamente y con sentido práctico en el análisis de la concreta temática de su especialidad, es decir, el modo en que el ordenamiento enfoca el tratamiento jurídico de ciertas relaciones humanas: aquellas en las cuales el elemento religioso está presente y actúa como criterio específico para su valoración por el derecho. Vista de esta forma, especialización equivale a sentido de la autolimitación evitando una eventual y perturbadora dispersión temática en aras de la protección de una pretendida conciencia individual que vendría a abarcar virtualmente casi cualquier conflicto entre la norma jurídica y las personales opiniones en numerosos aspectos de la vida humana (...) Junto a la especialización resulta necesaria la interdisciplinariedad" (op. cit., págs. 247-248). Se puede contestar a estas palabras, el siguiente texto: "Pero a mí lo que me parece científica es la postura del profesor que, ante el dato inconmovible –con la relatividad que tienen estos conceptos en las ciencias jurídicas y sociales—, ante la inverosimilitud de su próxima modificación –modificación que creo no es deseable a corto plazo—, lo que interesa es hacer sistema, y buscar explicación a cada pieza, interpretar a la luz de toda la Constitución, y buscar así soluciones para que, dentro de la fidelidad debida, sin traiciones, resulten operativas las previsiones aparentemente descabaladas e inconexas. No sirven, por tanto, los saberes superficiales, vanos u ocasionales. Se trata de la profundización que implica el estudio a conciencia, con la vista puesta siempre en la ubicación de los datos aislados, en el sistema. En este sentido se propugna que lo que hay que enseñar es ciencia", vid. MARTÍN-RETORTILLO, L.: "Acerca de la enseñanza de la ciencia del Derecho Administrativo en las Facultades universitarias", en *A vueltas con la Universidad*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 97. A sensu contrario, se podría añadir siguiendo este argumento que sin sistema no existe ciencia.

[440] LLAMAZARES, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 24.

pueden considerarse definitivamente verificados, se retira de la investigación científica[441]. En esta línea encaja perfectamente la concepción de ciencia que mantenía K. POPPER, cuando la describe como "red de mallas cada vez más tupidas que constantemente lanzamos al exterior en un intento de apresar la más fielmente posible la realidad"[442]. Todo esto se resumiría con la siguiente frase del poeta alemán NOVALIS: "Las teorías son redes: sólo quien lance recogerá".

Como se sabe, la palabra ciencia tiene dos planos: uno, objetivo y otro, subjetivo[443]. En el plano objetivo, la ciencia constituye un conjunto de proposiciones objetivas que se corresponden con unos contenidos, entrelazadas entre sí sistemáticamente. Se trata de un producto colectivo, en el sentido de que su construcción se debe a muchos hombres que han pensado sobre una misma realidad, aunque no se llegue al conocimiento de su totalidad o de la totalidad de las proposiciones a que da lugar. O, con las bellas palabras de Friedrich HÖLDERLIN: "el hombre es un dios cuando sueña y un mendigo cuando reflexiona". Y, en el plano subjetivo, la ciencia es un saber

---

[441] POPPER, K. R.: *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, 1990, pág. 52. En parecidos términos, Max WEBER decía: "En la ciencia, por el contrario, todos sabemos que lo que hemos producido habrá quedado anticuado dentro de diez o de veinte o de cincuenta años. Ese es el destino y el sentido del trabajo científico y al que éste, a diferencia de todos los demás elementos de la cultura, que están sujetos a la misma ley, está sometido y entregado. Todo "logro" científico implica nuevas "cuestiones" y ha de ser superado y ha de envejecer. Todo el que quiera dedicarse a la ciencia tienen que contar con eso. Ciertamente existen trabajos científicos que pueden guardar su importancia de modo duradero como "instrumentos de gozo" a causa de su calidad artística o como medios de preparación para el trabajo. En todo caso, hay que repetir que el ser superados necesariamente no es sólo el destino de todos nosotros, sino también la finalidad propia de nuestra tarea común. No podemos trabajar sin la esperanza de que otros han de llegar más allá que nosotros, en un progreso que, en principio, no tiene fin. Llegamos así al problema del *sentido* de la ciencia. No es fácil de entender, en efecto, que algo que está sometido a tal ley tenga en sí mismo sentido y sea en sí mismo comprensible. ¿Por qué ocuparse de algo que, en realidad, no tiene ni puede tener nunca fin?", en *El político y el científico*, Alianza editorial, Madrid, 1996, págs. 197-198. Y, por último, en relación con el Derecho, KIRCHMANN ha señalado que "tres palabras correctoras o rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras quedan convertidas en papeles sin valor".

[442] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Serv. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C.M., Madrid, 1991, pág. 25, que recoge la opinión de POPPER. Por otra parte, no se puede olvidar que la palabra "texto" deriva de *texere*, "tejer" o "componer" y, en un sentido amplio, designa un tramo de relaciones entretejidas.

[443] BOCHENSKI, I. M.: *Los métodos actuales del pensamiento*, RIALP, Madrid, 1958, págs. 33-34.

sistemático[444]. Se trata de una actividad humana que concluye en una aptitud para entender muchos aspectos de la ciencia[445].

En consecuencia, la investigación se dirige tanto al descubrimiento de nuevos contenidos como a la ordenación lógica de las proposiciones ya formuladas. Se trata, en definitiva, de ordenar la realidad a la que se dirige este estudio o, con palabras de LLAMAZARES, consiste en poner en orden las propias ideas acerca de eso que, convencionalmente, hoy llamamos Derecho Eclesiástico del Estado, si es que verdaderamente queremos acercarnos al ideal cartesiano de tener ideas "claras y distintas"[446].

Pues bien, como es de todos conocidos, en la investigación se debe emplear el método más adecuado, atendiendo, fundamentalmente, al objeto específico de la ciencia de que se trate y, el instrumento metodológico más acorde y conveniente para enfrentarnos con la materia que nos ocupa; es decir, el sistema, lo que hace que concibamos el **Derecho Eclesiástico del Estado como ciencia**[447].

El método[448], como se ha dicho, es la forma y manera de proceder en cualquier dominio; es decir, de ordenar la actividad y ordenarla a un fin. Método

---

[444] La tarea de la ciencia jurídica propia, dogmática y sistemática se realiza en tres fases: interpretación, construcción y sistema, señala RADBRUCH (op. cit., pág. 142). Se desprende según este autor que "la ciencia jurídica tiene una doble tarea en la elaboración de su materia: una elaboración categorial que exponga el derecho como realización del concepto del derecho y de las categorías en él contenidas y, una elaboración teleológica que describa al derecho como un intento de realización de la idea del Derecho. Esta doble elaboración se llama construcción y cuando no queda limitada a una sola institución jurídica, sino que se refiere a todo el orden jurídico, se llama sistema" (op. cit., pág. 151).

[445] BOCHENSCKI, I. M.: op. cit., págs. 34-35.

[446] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado*, op. cit., pág. 24.

[447] La idea ya la expresaba BERNÁRDEZ CANTÓN, en otro contexto político diferente al que nos encontramos en la actualidad, refiriéndose al Derecho español, cuando apuntaba: "la posibilidad de construir un sistema jurídico en que las diversas disposiciones integran institutos jurídicos informados por los principios generales que determinan las relaciones entre el ordenamiento estatal y la actividad religiosa de los súbditos", vid. "Problemas generales ...", op. cit., pág. 67-68.

Y conviene anticipar, por lo que nos concierne, que un sistema jurídico como el que proponemos puede construirse, bien con la preponderancia de una visión institucionalista, o bien con la de una visión personalista. Lógicamente el adoptar una u otra no debe ser arbitraria, sino que debe partir de los presupuestos jurídico-políticos del propio sistema. Estos presupuestos nos inclinan a adoptar una visión personalista en la conformación del sistema eclesiástico del Estado español, sin perjuicio de las correcciones que le vengan de los elementos institucionales que el propio sistema integre.

[448] Se ha apuntado que "la teoría del método de una ciencia es una reflexión sobre su propia actividad. Pero no sólo (basta con) describir los métodos aplicados a la ciencia, sino también entenderlos, es decir, ver su necesidad, su justificación y sus límites. La necesidad y

viene a significar la "dirección dada al conocimiento respecto a un objeto, camino para conseguir un saber teórico o para poder convertir en realidad práctica a la teoría. Es necesario, saber a dónde se va antes de preguntar cómo se va mejor"[449]. En todo caso, el sistema es la herramienta metodológica fundamental. El método científico será, por consiguiente, aquel que nos proporciona el conjunto de conceptos necesarios para mostrarnos el objeto formal que se trata de conocer. El método científico se mueve necesariamente en dos niveles: uno, el de la fenomenología jurídica y, otro, el de la dogmática jurídica o, con otras palabras, la observación de los datos y la formación de los conceptos[450].

El fin es aquí esa ciencia entendida como mera hipótesis de trabajo o como mera convención, en cualquier caso, siempre permanentemente sometida a contrastabilidad y, consiguientemente, a revisión, aunque no es posible jamás una refutación concluyente de una teoría[451]. En última instancia, "la ciencia no es ni pretende ser otra cosa que una permanente hipótesis de explicación de la realidad: siempre necesitada de verificación, siempre susceptible de falsación"[452]. De ahí que una proposición cualquiera (afirmativa o negativa) para que merezca el calificativo de científica debe cumplir con los dos principios a que se refiere BOCHENSKI: principio de la verificabilidad y principio de intersubjetividad[453]. Y, una proposición es verificable, si es posible indicar que

---

justificación de un método resulta de la significación, de la peculiaridad estructural del objeto que ha de ser aclarado con su ayuda. No se puede, pues, tratar de la Ciencia del Derecho sin tratar al mismo tiempo del Derecho. Toda teoría jurídica del método se basa en una teoría del Derecho o, por lo menos, contiene una teoría tal", vid. LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 7. Karl POPPER escribe sobre el método: "A. Al igual que el de las ciencias naturales, el método de las ciencias sociales radica en ensayar posibles soluciones para los problemas de los cuales parten nuestras investigaciones. Se proponen y critican soluciones. En el caso de que un ensayo de solución no es susceptible de crítica objetiva, se excluye por no científico, aunque quizá sólo provisionalmente. B. Si la solución propuesta es susceptible de crítica objetiva, intentamos refutarla; pues toda crítica consiste en intentos de refutación. C. Si un ensayo de solución es refutado por nuestra crítica buscamos otro. D. Si resiste la crítica, lo aceptamos provisionalmente; y, desde luego, lo aceptamos principalmente como digno de seguir siendo discutido y criticado. E. El método de la ciencia es, pues, el de la tentativa de solución, el del ensayo (o idea) de solución sometido al más estricto control crítico. No es sino una prolongación crítica del método del ensayo y del error. F. La llamada objetividad de la ciencia radica en la objetividad del método crítico; es decir, sobre todo en el hecho de que ninguna teoría está exenta de crítica, y de que los medios lógicos de los que se sirve la crítica –la contradicción lógica—son objetivos", vid. "La lógica de las ciencias sociales" en *En busca de un mundo mejor*, Piados, Barcelona, 1994, pág. 94.

[449] CASTRO, F. de: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 441.

[450] SUÁREZ PERTIERRA, G.: *Memoria*, Valladolid, 1979, págs. 158 y ss..

[451] POPPER, K. R.: *La lógica de la investigación científica*, op. cit., pág. 49.

[452] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 27.

[453] BOCHENSKI, I. M.: op. cit., págs. 116-122.

es verdadera o falsa, siendo indispensables que la verificación sea intersubjetiva (que esté al alcance de cualquier investigador), por todo ello, se deben ofrecer todos los elementos que permitan ambas operaciones.

La utilidad del sistema, definido como "la ordenación adecuada de los conocimientos. Se manifiesta en el seriar, clasificar y definir conceptos"[454], se hace más obvia si nos detenemos en el estudio de sus características y elementos integrantes[455].

Las **características** de un sistema son: *a) la decidibilidad; b) la congruencia; c) la completitud y d) la apertura*. De esta forma, el sistema implica una ordenación lógico-formal de las proposiciones integrantes del mismo que permite:

a) Decidir si una proposición pertenece o no al sistema, así como, decidir acerca de su validez o no dentro del mismo (*decidibilidad*)[456].

b) Decidir si una proposición es compatible o no con otras u otras proposiciones del sistema, aportando los criterios que permitan superar las posibles contradicciones (verdad como *congruencia*)[457]. El sistema debe estar exento de toda contradicción, diferenciándose las proposiciones verdaderas de las que no lo son[458]. Se hace necesaria, pues, la *crítica*[459], que, precisamente,

---

[454] CASTRO, F. de: op. cit., pág. 445.

[455] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 25; del mismo autor: *Derecho de la libertad de conciencia, I*, 2011, op. cit., pág. 37.

[456] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 25; del mismo autor: *Derecho de la libertad de conciencia, I,* 2011, op. cit., pág. 37.

[457] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 26; del mismo autor: *Derecho de la libertad de conciencia, I,* 2011, op. cit., pág. 37.

[458] BOCHENSKI, I. M.: op. cit., pág. 150; POPPER, K.: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Tomo II, Paidos, Buenos Aires, 1957, pág. 26-27.

[459] Siguiendo a K. POPPER: "Es imposible evitar todos los errores, o incluso todos aquellos errores que son, en sí, evitables. Todos los científicos cometen continuamente errores. Hay que revisar la vieja idea de que se pueden evitar los errores y de que por lo tanto es un deber evitarlos: es una idea errónea. 3. Por supuesto, sigue siendo nuestro deber evitar en lo posible todos los errores. Pero dado precisamente que podemos evitarlos, debemos siempre tener presente lo difícil que es evitarlos y que nadie lo consigue por completo. No lo consiguen siquiera los científicos más creativos guiados por la intuición: la intuición puede equivocarnos. 4. Los errores pueden estar ocultos incluso en aquellas teorías que están bien confirmadas; y es tarea específica del científico buscar estos errores. La observación de que una teoría o técnica bien confirmada que se ha utilizado con éxito es errónea puede constituir un descubrimiento importante (...) 6. El nuevo principio básico es que para aprender a evitar los errores debemos aprender de nuestros errores. Por ello encubrir los errores constituye el mayor pecado intelectual. 7. Hemos de estar constantemente a la búsqueda de errores. Cuando los encontramos debemos estar seguros de recordarlos; debemos analizarlos minuciosamente para llegar al fondo de las cosas. 8. Mantener una actitud autocrítica y de integridad personal se convierte así en una obligación. 9. Como debemos aprender de

consiste en ir señalando las contradicciones[460] y, además, el rigor científico impone la eliminación y depuración de toda contradicción, sin perjuicio de reconocer que "la ciencia opera sobre la base del supuesto de que las contradicciones no son permisibles ni inevitables"[461].

c) Aportar los criterios que permitan explicar todo el sector de la realidad sobre la que se proyecta; es decir, todo sistema tiene vocación de totalidad, de ser completo (*completitud o integridad*), de no tener lagunas, de disponer siempre de la proposición adecuada o, al menos, del mecanismo que garantice la formulación de la misma[462].

d) Decidir los mecanismos que garanticen la constante renovación de las proposiciones en el devenir del proceso científico; es decir, expulsar las proposiciones que no responden al sistema e introducir, fácilmente, las que sí pertenecen al sistema (*apertura*). En relación con el sistema jurídico estamos haciendo referencia a las reglas de formación del mismo y, siguiendo a K. LARENZ en su obra, *Metodología de la Ciencia del Derecho*: "El sistema interno no es un sistema en sí acabado sino es un sistema "abierto", en el sentido que son posibles cambios en la clase de armonía de los principios, de su alcance y limitación recíproca, como también el descubrimiento de nuevos principios: ya sea en virtud de cambios de la legislación, ya sea en virtud de nuevos conocimientos de la ciencia jurídica o modificaciones de la jurisprudencia de los tribunales"[463].

---

nuestros errores, también debemos aprender a aceptar, y a aceptar con gratitud, cuando otras personas llaman nuestra atención sobre nuestros errores. En cambio, cuando somos nosotros los que llamamos la atención sobre los errores de los demás, hemos de recordar que nosotros mismos hemos cometido errores similares. Y hemos de recordar que los mayores científicos han cometido errores. Sin duda no quiero decir que normalmente sean perdonables nuestros errores; nunca hemos de relajar nuestra atención. Pero es humanamente imposible evitar una y otra vez los errores. 10. Debemos tener muy claro que necesitamos a los demás para descubrir y corregir nuestros errores (igual que éstos nos necesitan a nosotros); especialmente a aquellas personas que se han formado en un entorno diferente. También esto favorece la tolerancia. 11. Hemos de aprender que la mejor crítica es la autocrítica; pero que es necesaria la crítica de los demás. Es casi tan buena como la autocrítica. 12. La crítica racional debe ser siempre específica: debe aportar razones concretas por las cuales enunciados o hipótesis específicas parecen ser falsos, o determinados argumentos poco válidos. Debe estar guiada por la idea de aproximación gradual a la verdad objetiva. En este sentido, debe ser impersonal", vid. "Tolerancia y responsabilidad intelectual", en la obra *En busca de un mundo mejor*, op. cit., págs. 257-258.

[460] POPPER, K.: *La sociedad abierta y sus enemigos,* op. cit., pág. 29.

[461] Ibídem, pág. 27.

[462] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 26.

[463] Vid., Ariel, Barcelona, 1994, pág. 478.

Los **elementos esenciales** de un sistema, que son los siguientes[464]:

a) *Definición de los conceptos y categorías científicas básicas*.

Se pretende clarificar cual es la materia que va a ser el objeto de estudio o de investigación, definiendo y delimitando sus conceptos y categorías, determinando claramente su significado dentro del sistema[465]. Se podría resumir, con las siguientes palabras de Federico de CASTRO: "el sistema jurídico habrá de procurar una exposición completa, clara y sin contradicciones. Será necesario atenerse a las reglas de la lógica y emplear, conforme a ella los conceptos; será imprescindible distinguir los distintos tipos que se utilicen, pues en el Derecho se dan conceptos portadores de ideas, descriptivos, clasificadores, que remiten a realidades de las más diversas clases"[466].

b) *Enunciado de los primeros principios*.

Los primeros principios son aquellos que no son deducibles de otros y de los cuales derivan los demás principios del sistema[467]. Es mejor que sean un número mínimo de principios e, incluso uno solo si es posible, pues de esta forma sería más perfecto el sistema. Respondería al axioma griego: "Todo es Uno y Uno es Todo". En consecuencia, la elección de esos primeros principios o único principio tiene mucho que ver con la conformación de un sistema y derivadamente con su explicación en un marco de concurrencia de sistemas; es decir, con su autonomía frente a otros sistemas[468].

c) *Reglas de formación del sistema* y cadenas de proposiciones a las que da lugar el desarrollo de los primeros principios con arreglo a esas reglas de formación[469]. Esto último, constituyen las reglas de desarrollo del sistema y, en el ámbito jurídico estaríamos hablando de las reglas de desarrollo del sistema (principios de unidad, jerarquía, competencia, especialidad) y reglas de interpretación e integración[470]. La interpretación, como se ha apuntado, es el trabajo del pensamiento que consiste en descifrar el sentido oculto en el sentido

---

[464] Seguimos el esquema del profesor LLAMAZARES FERNÁNDEZ en Derecho *Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 26 y del mismo autor: *Derecho de la libertad de conciencia, I*, 2011, op. cit., pág. 39.

[465] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Derecho de la libertad de conciencia: la construcción del sistema", op. cit., págs. 294-296.

[466] Vid., op. cit., pág. 446.

[467] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: "Derecho de la libertad de conciencia: la construcción del sistema", op. cit., págs. 297-299.

[468] Ibídem.

[469] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 26 y en "Derecho de la libertad de conciencia: la construcción del sistema", op. cit., págs. 299-302.

[470] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 27.

aparente, en "desplegar los niveles de significación implicados en la significación literal"[471].

Mediante las reglas de formación podemos introducir en el sistema otros nuevos conceptos y sus definiciones, así como formular nuevos enunciados, señalando cuáles son fundamentales según aquellas reglas y, cuáles se deducen del desarrollo de los primeros principios de acuerdo a esas reglas de formación. Lo que provoca que estas reglas estén directamente relacionadas con la característica de apertura del sistema.

Este planteamiento sobre los elementos y características convierte al sistema en un instrumento imprescindible para el investigador y, sin duda alguna, para el jurista, con sólo tener en cuenta que todo ordenamiento jurídico pretende ser un sistema, razón suficiente para comprobar que en él concurren todos los elementos esenciales de un sistema.

Por otra parte, parece necesario detenerse en la distinción que realiza el profesor LLAMAZARES[472] entre principios informadores y principios generales o primeros principios, aunque sólo sea para dar plena operatividad al sistema. Los principios informadores conforman el substrato ideológico del sistema, son pues la ideología o el dato ideológico[473]. Su virtualidad e importancia se encuentra, precisamente, en su operatividad como fuente enriquecedora del sistema. En la medida en que permanecen fuera del sistema, a modo de enunciados de un sistema axiológico, sirven para deducir de ellos nuevas respuestas que no puedan encontrarse dentro del sistema[474], es aquí donde cobra relieve las características de plenitud y apertura del sistema.

En cambio, los principios generales o primeros principios, a diferencia de los principios informadores, están íntegramente dentro del sistema y, se deducen a partir del sistema. Cuando se alude a una doble naturaleza de los principios generales del Derecho, considerándolos, por una parte, con carácter informador y, por otra, como fuentes del derecho –subsidiaria—o, regla de formación del sistema, probablemente se esté incurriendo en una confusión, no tanto conceptual como funcional. Los principios informadores tienen un

---

[471] RICOEUR en *Le conflit des interprétations,* 1969, p. 16, citado por HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras Completas,* Tomo V, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pág. 632.

[472] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 26.

[473] En este sentido, por ejemplo, la catedrática de Derecho Financiero, Mª T. SOLER ROCH, en "Reflexiones sobre la evolución del concepto del Derecho Financiero", afirma que el componente ideológico es un factor que transciende en las aportaciones dogmáticas dentro del Derecho Financiero y que no se explicita", vid. *I Jornada Metodológica "Jaime García Añoveros" sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, pág. 61.

[474] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., pág. 26.

cometido específico y las reglas de formación del sistema, otro. Si bien es cierto que en ambos casos se puede operar para la constrastabilidad, siempre que se tenga en cuenta que, en un caso, los puntos de referencia son externos al sistema, mientras que, en otro, son puntos de referencia internos al propio sistema.

En este marco de ideas, ha podido afirmarse que: "Los principios informadores de un ordenamiento jurídico, o ideología a la que responde ese ordenamiento, explicitan el modelo de sociedad al que se quiere llegar; la realidad social actual es el "desde donde" hay que partir y la "dimensión de cambio posible" en cada momento presente: la norma jurídica no es otra cosa que la formalización en forma imperativa de ese "deber ser", necesario, posible y determinante en función de esas dos coordenadas: dato constitucional (tendría un ingrediente ideológico) y dato sociológico"[475]. En definitiva, los principios informadores por sí mismo sirven para resolver todos los problemas que se plantean y, en consecuencia, los principios informadores fundamentan la autonomía científica.

Aún cabe hacer una observación metodología más, respecto a los principios que rigen en un sistema jurídico[476]. En un sistema jurídico tenemos, por una parte, unos principios comunes a todos los sectores del mismo, que aparecen formulados de un modo más o menos explícito, más o menos íntegramente, en sus textos constitucionales. Y, por otra, nos encontramos con unos principios sectoriales que rigen para cada una de las distintas ramas jurídicas, siempre condicionados por el techo común de la Constitución. En la suma de ambos grupos de principios como cabecera del sistema, se encuentra el fundamento de su independencia y de su autonomía científica, de cada una de las ramas del ordenamiento jurídico, así como poderlo explicar de forma coherente y completa. Pues bien, lo que hay que advertir, al respecto, es que cada uno de esos sectores normativos particulares del ordenamiento deben de constituir un desarrollo coherente y conforme a los textos constitucionales. Por todo ello, la principal tarea del operador jurídico es interpretar las normas y, en su caso, proponer su modificación, conforme con los principios constitucionales, intentando siempre dar una respuesta adecuada a la realidad o problemas sociales que se le presente.

En resumen, siguiendo al profesor LLAMAZARES: "Ningún método jurídico podrá jamás prescindir ni del análisis, tanto de la norma (exégesis) como de la realidad social (casuismo), ni del sistema como instrumento ordenador de los resultados obtenidos hasta ese momento y como malla cada vez más tupida

---

[475] Ibídem, pág. 28.

[476] Seguimos a LLAMAZARES FERNÁNDEZ en *Derecho Eclesiástico del Estado* ..., op. cit., págs. 744-745.

que, una y otra vez, se lanza a la realidad normativa y a la realidad social. Es más, ningún otro método jurídico puede prescindir del estudio de la historia ni de la reconstrucción, para cada momento histórico del pasado, de su sistema, sobre la base del previo análisis tanto de la norma como de la realidad social, para poder aportar una nueva luz que ayude a la interpretación del sistema vigente. Ningún método jurídico puede olvidar la permanente *circularidad* entre todos esos momentos: el análisis, tanto normativo como sociológico (exégesis y casuismo) son, a la par que origen, el permanente criterio de constratabilidad del sistema, de su congruencia de su complectitud y de su decibilidad, de un lado, e instrumento de progresivo enriquecimiento del mismo, de otro. Es esa circularidad la que asegura ese permanente enriquecimiento. Aunque fundamentalmente nos estamos refiriendo aquí al método de investigación y no al método de creación ni al método de aplicación de la normas, después de lo que acabamos de decir es claro que esa circularidad debe predicarse también del investigador, del legislador y del órgano administrativo o judicial que aplica la norma (...) Dada la circularidad recurrente entre legislación, jurisprudencia y doctrina, el método dialéctico debe aplicarse al estudio, no sólo de cada una de esas actividades, sino también al estudio del proceso dialogal entre ellas intentando captar las mutuas influencias y, en definitiva, el sentido de avance que en esa circularidad se va dando"[477].

Por último, en este punto creemos conveniente hacer mención a tres principios éticos que constituyen la base de la ciencia. Estos principios son enunciados de la siguiente manera:

1. *Principio de falibilidad*: "quizás yo estoy equivocado y quizá tú tienes razón. Pero es fácil que ambos estemos equivocados".
2. *Principio de discusión racional*: "sopesar de forma impersonal las razones a favor y en contra de una teoría".
3. *Principio de aproximación a la verdad*: "en una discusión que evite los ataques personales, casi siempre podemos acercarnos a la verdad, en todo caso, si no se alcanza un acuerdo nos ayudará a una mejor compresión de los argumentos de la otra parte"[478].

El Derecho, en suma, lo entendemos como un complejo sistema de normas jurídicas interrelacionadas. En este sentido, el profesor Jaime GUASP, en su obra *Derecho* ha escrito que: "No es cierto que una misma realidad corresponda sólo y siempre a un mismo Derecho, ni que cada rama jurídica se asigne, en plenitud y exclusividad, trozos cualitativos de realidad perfectamente diferenciados entre sí. La misma cuestión objetiva, puede ser, y es, de hecho, recogida en ordenaciones parciales jurídicas desemejantes. No se trata, pues, de que el trozo íntegro de la realidad se reparta entre los distintos órdenes del

---

[477] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho canónico fundamental*, op. cit., págs. 381 y 387.
[478] POPPER, K.: "Tolerancia y responsabilidad intelectual", op. cit., pág. 255.

Derecho, sino de que esa misma realidad, íntegramente considerada, sin particiones cualitativas, se asigna, variable y relativamente, a cada uno de los subconjuntos en que un Derecho vigente se descompone. La pluralidad de los órdenes jurídicos no está, por ello, integrada por una división de objetos, sino por una ***división de perspectivas***"[479]. O, en palabras de D'AVACK: "la individualización y distinción de los varios brazos jurídicos es siempre meramente convencional y, por tanto, las diversas ramas del Derecho público o privado no constituyen ya compartimentos estancos bien delimitados en su ámbito y en sus confines y herméticamente cerrados a cualquier interferencia e influencia exterior. Al contrario, repercuten entre sí continuamente, se influyen recíprocamente y recíprocamente presentan principios, elementos, institutos y normas comunes"[480]. Y, concluye el profesor LLAMAZARES que "cada disciplina singular no pasa de ser un subsistema que tiene en común con las otras al sistema básico que es, al mismo tiempo, puente y cauce que posibilita y obliga a la comunicación entre ellas"[481]. Es obvio, que la existencia de ramas presupone que haya un tronco común.

3. EL SISTEMA COMO GARANTE DE LA AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO.

Existen dos perspectivas de enfocar la sistemática del Derecho Eclesiástico del Estado[482], la del profesor BERNÁRDEZ y la del profesor LLAMAZARES.

El profesor BERNÁRDEZ CANTÓN, coherente con su concepto de Derecho eclesiástico como las disposiciones estatales reguladoras de la materia religiosa, mantiene que: "el estudio de las normas sobre materia religiosa dentro

---

[479] Vid. Gráficas Hergón, Madrid, 1971, págs. 425-426.

[480] Vid. *Trattato di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 14.

[481] Vid. *Derecho de la libertad de conciencia, II,* 1999, op. cit., pág. 16.

[482] Parece que defiende un estudio sistemático del Derecho eclesiástico, GARCÍA HERVAS que escribe que: "lo que justifica la autonomía del Derecho eclesiástico como ciencia es, evidentemente, la existencia de un objeto propio que reclama la necesidad de su *estudio sistemático* y unitario: principalmente, la organización o régimen civil de las diversas confesiones religiosas"; es decir, el fundamento de la autonomía se encuentra en la materia que trata (op. cit., págs. 67-68) y, A. DE LA HERA dice: " el *sistema* de Derecho eclesiástico, conjunto de normas de carácter administrativo o fiscal, civil o penal, etc. que regulan la conducta del sujeto de derechos y obligaciones (persona física o jurídica) en cuanto que referida a los fenómenos religiosos dotados de relevancia social (...) desde esta perspectiva cobra el Derecho eclesiástico, un autonomía que de otra manera resulta difícil otorgarle; y es que la autonomía es consecuencia de la individualización de las normas que posean un común denominador que sea el elemento objetivo que constituye su finalidad", vid. "El Derecho eclesiástico en el ámbito de la ciencia jurídica", *Anuario de Derecho Eclesiástico Estado*, vol. III, 1987, pág. 372.

de un ordenamiento estatal debe ser objeto de una *sistematización científica unitaria y complexiva* tanto por la significación del objeto cuanto por la posibilidad de que las diversas regulaciones que el ordenamiento otorga al tema religioso obedezcan a unos *principios informadores*, cuya indagación debe constituir un cometido de esta rama científica"[483]. Siguiendo a este profesor, la autonomía del Derecho Eclesiástico estatal viene definida por los siguientes elementos:

1. Amplitud de la materia:

Nos encontramos con que los diversos preceptos que integran el Derecho eclesiástico se encuentran diseminados en las más diversas disposiciones estatales referidas a la religiosidad. No obstante, como ya mostró GISMONDI[484] en relación con el Derecho eclesiástico italiano, BERNÁRDEZ CANTÓN, también, afirma "que la autonomía legal ni es condición necesaria para la autonomía científica ni siquiera, por sí misma suficiente"[485]. La doctrina ha ido elaborando distintas recopilaciones, desde las diferentes visiones del Derecho eclesiástico del Estado, para solucionar la transversalidad de las normas que forman parte de esta disciplina académica[486].

---

[483] Vid. "Problemas generales ....", op. cit., pág. 62. En este sentido, se ha escrito que "por tal autonomía entendemos la posesión por parte del Derecho eclesiástico no sólo de una materia prima específica --la eclesiástica--, sino más en particular de unos principios informadores de su unidad y lógica interna, como ciencia y como rama del ordenamiento jurídico. De ellos depende la salvaguarda de su identidad y de su naturaleza como opción civilizadora por la vía del Derecho. Como veremos, la tipicidad de estos principios, explica, además de su peculiar autonomía, la constante intuición de los cultivadores del Derecho eclesiástico de estar ante un Derecho de libertad", vid. VILADRICH, P. J. y FERRER ORTIZ, J.: "Principios informadores ...", op. cit., EUNSA, 1996, pág. 122. De alguna manera, creemos nosotros que la primera formulación de los principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado, en 1980, por el profesor VILADRICH respondería a esta propuesta de indagación realizada por el profesor BERNÁRDEZ.

[484] GISMONDI, P.: "L'autonomia scientifica del diritto ecclesiastico", en *Annali Università Maceratá*, nº 17, 1948, pp. 89 y ss.

[485] Vid. "Problemas generales ...", op. cit., pág. 63.

[486] Se pueden citar entre estas recopilaciones, *Legislación eclesiástica del Estado*, de A. BERNÁRDEZ CANTÓN, Tecnos, Madrid, 1965; *Legislación eclesiástica,* de A. REINA BERNÁLDEZ*,* Tecnos, Madrid, 1984; *Compilación de Derecho Eclesiástico Español (1816-1986),* a cargo de J. Mª GONZÁLEZ DEL VALLE; A.-C. ALVÁREZ-CORTINA; M. CAMARERO SUÁREZ; M. J. VILLA ROBLEDO, Tecnos, Madrid, 1987; *Legislación eclesiástica*, A. MOLINA y Mª E. OLMOS, editorial Civitas, 2014, 26ª edición (como se puede comprobar es la que más ediciones se han publicado. En concreto, la primera edición es de 1987); *Leyes eclesiásticas del Estado*, de J. Mª CONTRERAS MAZARÍO, Aranzadi, Pamplona, 1994; *Legislación eclesiástica estatal y autonómica con jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, de S. NIETO NUÑEZ, COLEX, Madrid, 1997; *Normas de Derecho Eclesiástico*, preparada por J. MARTÍNEZ TORRÓN y M. L. ALVAREZ-MANZANEDA, Comares, Granada, 2000, 7ª ed. (la edición 14ª de 2007 preparada por ALVÁREZ-MANZANEDA); *Repertorio legislativo y jurisprudencial de Derecho eclesiástico español*; A. C.. ALVAREZ CORTINA y M J. VILLA ROBLEDO, EUNSA, Pamplona, 1998; *Legislación básica del Derecho eclesiástico*, de M. LÓPEZ ALARCON Y J. R. SALCEDO HERNÁNDEZ;

2.- Significación especial de sus normas:

La materia religiosa tiene una significación propia e irreductible al resto de las materias sociales jurídicamente disciplinadas.

3.- Reducción a un *sistema* de principios generales informadores:

Se puede descubrir en el conjunto de estas disposiciones que regulan la materia religiosa, una unidad fundamental, una conexión o interdependencia entre todas ellas, la inspiración en unos principios generales comunes. Lo que nos permitirá coincidir con BERNÁRDEZ en todo lo concerniente a *sistema*, *unidad científica* y *autonomía científica*.

4.- Exigencia de unos recursos metodológicos característicos:

Existe una diversidad de fuentes que constituye el objeto formal del Derecho eclesiástico. "Esta diversidad de fuentes, bilaterales unas, otras unilaterales, pueden y deben ser consideradas conjuntamente, tanto por la unidad del objeto y por la identidad al menos parcial de su contenido, cuanto por la estrecha vinculación existente entre unas y otras, sobre todo cuanto las unilaterales se manifiestan como normas de aplicación y desarrollo de las bilaterales"[487].

Con estos elementos, BERNÁRDEZ CANTÓN concluye "en la posibilidad de construir un sistema jurídico en que las diversas disposiciones integran institutos jurídicos informados por los principios generales que determinan las relaciones entre el ordenamiento estatal y la actividad religiosa de los súbditos"[488].

La crítica a los argumentos, hasta aquí expuestos del profesor BERNÁRDEZ CANTÓN, vendría determinado por las siguientes consideraciones: primero, el fenómeno religioso o factor religioso se presenta en un sistema democrático pluralista; segundo, *ninguno de los principios del sistema jurídico constitucional democrático y laico contiene una dimensión religiosa que pueda constituir*

Diego Marín Librero editor, Murcia, 1999; *Legislación eclesiástica*, a cargo de J. FORNÉS DE LA ROSA; Mº BLANCO FERNÁNDEZ; B. CASTILLO ALBARRÁN, F. PÉREZ-MADRID, Aranzadi, Pamplona, 2017 (edición nº 18); MARTÍN SÁNCHEZ, I. y otros: *Legislación básica de Derecho eclesiástico del estado,* Editorial Constitución y Leyes, 2000; *Derecho Eclesiástico del Estado (Código),* dirigida por D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ con la colaboración de F. AMÉRIGO CUERVO-ARANGO; O. CELADOR ANGÓN; Mª C. LLAMAZARES CALZADILLA; M. MURILLO MUÑOZ; P. PARDO PRIETO; A. TORRES GUTIÉRREZ y en la que también he colaborado, comprobando esa transversalidad que se atribuye al Derecho eclesiástico del Estado (Editorial Ariel, 2008, 9ª edición) y, *Código de Derecho Eclesiástico*, de RODRÍGUEZ BLANCO, M. (2016), BOE.

[487] BERNÁRDEZ CANTÓN, A.: "Problemas generales ...", op. cit., pág. 63.

[488] Ibídem, pág. 67-68.

elemento unificador del sistema; tercero, la pluralidad de ordenamientos confesionales y estatal no facilitan en modo alguno tal unidad y, tal pluralidad presenta indicios tendentes a obstaculizarla y, cuarto, la especificidad de lo religioso no puede añadir nada nuevo respecto de aquella unidad del sistema, ya que se parte de la libertad respecto de lo religioso, pero también de la igualdad respecto de lo religioso y lo no religioso. Por tal motivo, *debemos situarnos en el marco de los principios constitucionales* y, desde ese punto, pensar en la concepción que imponen acerca de lo que pueda ser el Derecho Eclesiástico del Estado español y de cuál pueda ser el contenido del mismo[489].

Posicionándonos desde los principios constitucionales parece existir un acuerdo generalizado en que el Derecho Eclesiástico del Estado se sitúa dentro de la *legislatio libertatis*, donde la libertad religiosa afecta, no sólo a la dimensión individual de la mismo, sino también a la dimensión colectiva. Los principios son los de libertad, laicidad, igualdad y cooperación[490], a los que nosotros añadimos, siguiendo al profesor LLAMAZARES, los principios de personalismo, pluralismo-tolerancia y, participación[491]. Pero no existe acuerdo en cuanto al orden jerárquico de esos principios, ni respecto al contenido de los mismos y cuál es la relación entre ellos. Se discute, también, sobre otros principios que no se consideran parte del sistema: tolerancia, pluralismo y participación, sin embargo, sin el recurso a los mismos no se puede explicar todo el contenido del Derecho Eclesiástico del Estado, ni siquiera concebir su objeto como la libertad religiosa. Existe un intento profundo y constante por reducir todos estos principios informadores a uno único que podría ser la libertad de conciencia o igualdad en la libertad ideológica o religiosa (*igualibertad*[492]), pero este principio no se puede entender sin la explicación de los otros. Además, recordamos como el principio de laicidad se configura como garantía de la libertad de conciencia de todos los ciudadanos en sistema democrático.

Por otra parte, el profesor LLAMAZARES partiendo de la base metodológica del sistema, cuyas características hemos expuesto anteriormente,

---

[489] Ibídem.

[490] VILADRICH, P. J. y FERRER ORTIZ, J.: "Los principios informadores ...", op. cit., EUNSA, 1996, pág. 122; FERRER ORTIZ, J.: "Los principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado" en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Comares, Granada, 1998, págs. 109 y 124, donde señala que "las discrepancias doctrinales sobre los principios son más aparentes que reales".

[491] Sobre el estudio de los principios informadores, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I*, op. cit., 2011, págs. 295-362; y nuestra obra: *Derecho Eclesiástico del Estado. Unidades didácticas*, Tecnos, 2015, págs. 73-112.

[492] Concepto utilizado por E. BALIBAR (égaliberté) de su obra*: La proposition de l'égaliberté*, PUF, 2010.

considera que el "Derecho eclesiástico, si quiere ser fiel a la orientación que su evolución histórica ha descrito y a la transformación de la propia sociedad debe transformarse él mismo en Derecho de la libertad de conciencia, en el que las normas reguladoras de la libertad religiosa como derecho civil y la reguladoras de las materias eclesiásticas, reducidas a la regulación del estatuto civil de las confesiones en tanto que ejercicio colectivo institucionalizado de esa libertad (Derecho especial), representan la parte menor, pasando el grueso de su contenido las destinadas a regular la libertad de ideas y creencias (convicciones), desde la perspectiva de la libertad de conciencia, con independencia de que esas convicciones sean o no religiosas"[493], como ya habíamos adelantado.

Desde esta perspectiva, el estudio de la materia objeto de la disciplina se hace desde y por la libertad de conciencia: concepto, fuentes e instituciones. En consecuencia, se pretende construir "una completa tipología de modelos de Estado teniendo en cuenta sus diversas actitudes –y ordenamiento— ante la libertad de conciencia: de intolerancia, de mera tolerancia, de reconocimiento y defensa como auténtico Derecho civil o, incluso, de promoción de la libertad de conciencia"[494]. Y esto no sólo para categorías actuales, sino también para su estudio histórico[495], poniendo de manifiesto una correspondencia entre el grado, mayor o menor, de libertad de conciencia con el tipo de modelo de Estado que en cada momento se ha dado. En relación con el estudio de la Historia se ha escrito que "el Derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos y no puede tratárselo como si contuviese únicamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es el Derecho, es preciso saber lo que ha sido y lo que tiende a llegar a ser. Hay que consultar alternativamente la historia y las tesis jurídicas existentes"[496]. La misma metodología aplica, el profesor LLAMAZARES, al estudio del Derecho comparado advirtiendo, que se hace fundamentalmente del Derecho constitucional comparado[497] y más, en concreto, al referido a la libertad de

---

[493] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., 2011, pág. 36.

[494] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., 1999, pág. 25.

[495] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., 1999, págs. 41 y ss.. Por otra parte, la importancia de la Historia y el estudio de la libertad de conciencia en su devenir histórico, lo ha destacado S. BUENO SALINAS (vid., op. cit., pág. 468), añadiendo que todavía faltan estudios histórico-jurídicos en esta disciplina que tengan como enfoque la libertad religiosa o de conciencia (vid., op. cit., pág. 469, nota nº 27).

[496] HOLMES, O. W.: *The Commom Law*, 1881, p. 1.

[497] Sobre esta materia, vid., GARCÍA-PELAYO, M.: *Derecho constitucional comparado*, Alianza editorial, Madrid, 1984; LÓPEZ GARRIDO, D. y PEGORARO, L. (directores): *Nuevo Derecho constitucional comparado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000; PEGORARO, L.: "El método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 112, abril-junio, 2001, págs. 9-26.

conciencia[498]. "El Derecho Comparado, siguiendo a Karl LARENZ, no sólo puede y quiere proporcionar conocimientos sobre órdenes jurídicos ajenos, sino también obtener conocimientos sobre posibles soluciones de problemas jurídicos y su diferente valor"[499]. Por ello, es lógico, e incluso necesario en cualquier ámbito de estudio de esta disciplina académica, acudir al Derecho comparado e indagar el tratamiento que un mismo instituto jurídico ha recibido en los distintos ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno democrático al objeto de trasladar, en la medida de lo posible, su tratamiento y regulación jurídica a nuestro ordenamiento jurídico[500]. Por último, el mismo planteamiento se hace cuando se estudia el Derecho español, tanto al exponer el modelo histórico como el Derecho vigente.

Por otra parte, el profesor LLAMAZARES considera, como ya hemos puesto de manifiesto, ***que esta disciplina científica es transversal***[501]. En este orden de ideas, se inserta la opinión de LARICCIA, cuando viene a sostener la necesidad de que determinados problemas, de modo especial aquellos que tienen que ver con la persona, sean examinados desde una óptica interdisciplinar, poniendo el acento en la importancia de las aportaciones de la ciencia política y sociológica; simplemente, traemos a aquí a colación la feliz expresión: "el viaje de las ciencias" de IHERING. Limitar, como ha puesto de manifiesto la profesora CASTRO JOVER, el examen de la realidad en su entidad normativa y descuidar el análisis de la realidad social significa cerrar la posibilidad de verificar si la disciplina corresponde a las instancias de libertad[502] y, por lo tanto, a las demandas de la sociedad; en este sentido, creemos que cobra vital importancia en este ámbito el estudio de los cauces e instrumentos de participación democrática para que la sociedad pueda modificar la normativa jurídica o, por lo menos, proponer la reforma de las normas y, que tenga pleno sentido la expresión de P. HÄBERLE de la configuración de una sociedad abierta de intérpretes constitucionales. Aquí vuelve a tener sentido la conexión directa entre libre formación de la conciencia y sistema democrático como contenido del Derecho Eclesiástico del Estado.

---

[498] LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I*, op. cit., 1999, pág. 113.

[499] Vid., op. cit., pág. 235.

[500] ONIDA, F.: "L'interesse della comparazione negli studi di diritto ecclesiastico", en VV. AA.: *La legislazione ecclesiastica*, Neri Pozza editore, Vicenza, 1967, pp. 608, 611; MUSSELLI, L.: "Diritto ecclesiastico comparato", en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. V., UTET, 1990, p. 232-236.

[501] Vid. "Introducción" a *Derecho Eclesiástico del Estado*, Códigos Ariel, Barcelona, 2000, pág. 12. La transversalidad de las competencias jurídicas es un dato que se destaca en el Libro Blanco del Grado en Derecho (pág. 228) pero su plasmación en los Planes de Estudios en relación al Derecho Eclesiástico del Estado ha sido escasa.

[502] CASTRO JOVER, A.: *Proyecto docente y de investigación,* 1992 –mecanografiado—, pág. 38; donde se recoge la opinión del profesor LARICCIA, en *Vecchie e nuove prospettive nello studio del Diritto ecclesiastico*, p. 226.

Interesa, por último, volver a la opinión del profesor italiano LARICCIA que subrayar dos aspectos:

-- Cuando habla de una óptica interdisciplinar en orden a resolver los problemas que tengan con la persona, nos está poniendo sobre la pista de un Derecho Eclesiástico que ha de contar con el auxilio, científico y metodológico, de las demás disciplinas que nosotros entendemos, en primer lugar, las que se ubican en el Derecho. En efecto, estamos comprobando a diario que el estudio de cualquier aspecto o tema jurídico tiene implicaciones de diversas disciplinas jurídicas. No en balde se nos ha reprochado en ocasiones el ocuparnos de instituciones supuestamente pertenecientes a otras disciplinas. De ahí la necesidad de una preparación en un complejo normativo que tiene aspectos que trae elementos civiles, administrativos, penales, procesales, históricos; constitucionales y, por supuesto, el estudio de institutos que se refieren a los Derechos confesionales. En definitiva, para saber bien Derecho Eclesiástico del Estado, sin duda, hay que saber mucho Derecho.

-- El otro aspecto apuntado es el recurso a la realidad social, en cuyo caso, entendemos, se refiere no tanto a la técnica obligada por el ordenamiento, al prescribir que las normas han de interpretarse teniendo en cuenta la realidad social del momento de su aplicación[503], sino más bien, a los nuevos temas que surgen en el devenir histórico y que requieren una atención por parte del estudioso del Derecho, en este caso del Derecho Eclesiástico del Estado. En especial, al principio de laicidad como garantía de la libertad de conciencia y base jurídica para la regulación y reconocimiento de nuevos derechos de la persona en un Estado democrático.

---

[503] Cfr. artículo 3.1. del Código Civil; CARRETERO SÁNCHEZ, S.: *Controversia sobre el criterio sociológico de interpretación de las normas*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C.M., Madrid, 2000 y, sobre la aplicación del método sociológico al Derecho Eclesiástico del Estado, vid. REINA, A.: "Cuestiones acerca del método sociológico al Derecho eclesiástico español", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, 1983; VITALI, E.: "Legislatio libertatis e prospettazione sociologiche nella recente dottrina ecclesiastica", *Il Diritto ecclesiastico*, vol. LXXI, 1960, p. 24-67.