

TENSIÓN ENTRE HISTORIA Y DOGMÁTICA EN EL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

SANTIAGO BUENO SALINAS
Profesor Titular de Derecho Eclesiástico de la
Universidad de Barcelona

SUMARIO

1. El estudio del Derecho eclesiástico del Estado entre la tradición y la innovación.— ¿Del Derecho Canónico al Derecho Eclesiástico del Estado? Un cambio académico.— Orientaciones tomadas por el Derecho Eclesiástico del Estado; perspectivas. 2. Derecho Eclesiástico del Estado e Historia.— Autonomía dogmática del Derecho Eclesiástico.— Elementos históricos presentes.— Valoración de la historia en el estudio del Derecho Eclesiástico del Estado. 3. Derecho Eclesiástico en la actualidad.— Fundamentación.— Orientaciones: universalidad de la fundamentación del Derecho Eclesiástico.

1. EL ESTUDIO DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO ENTRE LA TRADICIÓN Y LA INNOVACIÓN.

— **¿Del Derecho canónico al Derecho eclesiástico del Estado? Un cambio académico.**

Uno de los peligros que acecha a cualquier estudio científico es su anquilosamiento dentro de las estructuras de los planes de estudio universitarios, y ello en doble medida: tanto porque los planes de estudio contribuyen a delimitar el número y nombre de las asignaturas, como porque el contenido de las mismas tiende a encasillarse en programas tradicionales. Así, en el estudio del Derecho, que cuenta por sí mismo con un componente de fuerte matiz conservador, todos hemos podido observar cómo el Plan de Estudios de 1953, de aplicación generalizada en nuestro país, se perpetuaba a pesar de las críticas, aún tratándose de un Plan que heredaba estructuras fundamentales de planes anteriores; pero incluso ahora, en que nuestras Facultades han elaborado

nuevos Planes, hemos podido comprobar la continuidad de las estructuras del estudio jurídico. Pero los Planes de estudio significan tan sólo una forma de estructurar el pensamiento científico del Derecho, eso sí, por la herencia de una sólida evolución histórica, dirigida a la docencia.

Para los juristas que estudian la regulación social del hecho religioso (una manera amplia de englobar eclesiasticistas y canonistas), los planes de estudio siempre han constituido una trampa feroz. Por de pronto, como juristas contamos con antecedentes gloriosos, ya que el Derecho canónico fue uno de los dos pilares básicos del Derecho común que enseñaban las Universidades medievales; pero la fijación de los planes de estudio mantuvo su estudio en progresiva y continuada decadencia docente, aunque su estudio doctrinal ha superado satisfactoriamente las mayores vicisitudes. En nuestras Facultades, a partir de finales de los años 60, vivíamos una contradicción palpable: se enseñaba poco Derecho canónico, su docencia era contestada por los alumnos y en parte por el claustro de profesores, se limitaba en muchos casos a una ampliación exagerada del Derecho matrimonial, se justificaba algo el estudio de su rica historia y de manera vergonzante se olvidaba el resto, como quien tiene algo que hacerse perdonar¹; pero, en cambio, el nivel de estudio científico y doctrinal alcanzado era elevado, y no se detenía en los temas habituales de docencia, sino que hemos contado con brillantes escuelas que han profundizado en el Derecho canónico, tanto para elevar su estudio dogmático como para cultivar su conocimiento histórico.

Pero quedaba por solucionar algo tan prosaico y tan necesario como la subsistencia académica. Si el Derecho canónico, como asignatura, caía en descrédito docente, la posibilidad de su desaparición de los planes de estudio era algo más que probable, sobretodo por un muy erróneo concepto de la libertad y el pluralismo religioso interesadamente aplicado en nuestra contra. Algo sin sentido, ya que el estudio del Derecho canónico no tenía nada que ver con la confesionalidad o la laicidad del Estado, sino con la observación objetiva de las ciencias jurídicas; en virtud de los mismos presupuestos, a nadie podría ocurrírsele hacer desaparecer la mención de la Iglesia católica en las Facultades de Historia sólo porque el Estado democrático sea aconfesional...

Desde mi punto particular de vista, la necesidad de subsistir dentro de las estructuras docentes normalizadas (ya que contemplarnos como profesores exclusivos de una asignatura optativa de Derecho canónico hipotecaba el futuro gravemente) ha lastrado la aparición del Derecho eclesiástico del Estado en nuestras Universidades. Con ello no quiero decir que su aparición haya sido un cálculo interesado, pues bien sabemos de las inquietudes de nuestros maestros como pioneros y animadores en la tarea del Derecho eclesiástico del Estado incipiente.

Tampoco quiero decir con ello que el Derecho eclesiástico del Estado sea una mera continuidad académica interesada, como si se tratara del Derecho canónico con otros ropajes, pero bien es cierto que, hasta momentos recientes, casi todos los ecle-

1. No puede ignorarse que ello era debido sobretodo al ambiente universitario contrario al régimen político hasta 1975.

siaisticistas habían sido antes canonistas. Esto último ha comportado ventajas e inconvenientes. Entre las primeras, el conocimiento exhaustivo de la sociedad eclesiástica, la Iglesia católica, que en España es con enorme diferencia la confesión religiosa con mayor implantación numérica, histórica y cultural: conocer el Derecho de la Iglesia, con sus siglos de decantación científica, nos ha dado un bagaje jurídico que bien puede considerarse envidiable; de ello se destaca que hemos aprendido a conjugar los valores legales con los de conciencia, en permanente tensión. Entre los inconvenientes de provenir de la enseñanza del Derecho canónico sólo encuentro uno: lastra la autonomía de la ciencia del Derecho eclesiástico del Estado, ya que supone hacer un serio esfuerzo de cambio de perspectivas: desde un Derecho confesional a un Derecho sobre las confesiones, y, aún más, sobre la libertad de conciencia.

Sin embargo, también se nos presenta un serio peligro: abandonar y olvidar el cultivo de la ciencia canónica. Puede parecer que como eclesiasticistas no estamos obligados a conocer y cultivar el Derecho canónico, pues la realidad de que pueda programarse una asignatura de Derecho canónico en los planes de estudio ², asignada como ya lo ha estado desde hace unos años al área de Derecho eclesiástico del Estado, no obliga a su estudio y docencia más que a aquellos profesores que quieran asumirla libremente o a los casos particulares en que ocupen una plaza con el específico perfil de «Derecho canónico»; pero esa desaparición del Derecho canónico sólo puede ser formal: ningún eclesiasticista puede formarse sin conocer la enorme realidad jurídica de la Iglesia católica, ya que actuaría de espaldas a los problemas concretos y reales... y no creo que sea de desear el desarrollo doctrinal mayoritariamente abstracto.

El Derecho canónico, por tanto, ha de seguir siendo el trasfondo profundo de la formación del eclesiasticista... al menos en los países de tradición católica; pero no debe olvidarse en modo alguno que, ante el evidente aumento y dispersión de la pluralidad religiosa, es necesario para el Derecho eclesiástico conocer mejor la fenomenología de las confesiones establecidas en nuestra área territorial, a fin de hallar sus estructuras jurídicas.

— Orientaciones tomadas por el Derecho eclesiástico del Estado. Perspectivas.

Pero el cambio habido en nuestra área no ha sido sólo académico: en realidad, para el jurista investigador, el problema académico debería ser secundario. La evolución científica del concepto y del método del Derecho eclesiástico ha sido compleja. Bajo el poco agraciado nombre de Derecho eclesiástico del Estado ha crecido una especialidad casi sin que los extraños se dieran cuenta; su evolución histórica muestra una clara tendencia a ampliar sus límites como casi ninguna otra de las ramas del Derecho ha hecho en los últimos siglos. Todos los actuales tratadistas están de acuerdo en

2. Optativa u obligatoria, según los diversos planes de estudio, pero no troncal.

que el Derecho eclesiástico del Estado, con un origen remoto y claro en la aparición del cristianismo, cobró forma con motivo de la pluralidad religiosa suscitada por la implantación de la Reforma en Europa y, sobretudo, por la experiencia norteamericana de pluralismo y respeto a la conciencia individual y colectiva.

LLAMAZARES ha resumido la evolución del Derecho eclesiástico del Estado en cuatro etapas ³:

a) en un primer momento, se da una polarización dialéctica entre Derecho eclesiástico del Estado y Derecho Público Eclesiástico, llevada a cabo de forma apologética por juristas y teólogos, tomando como base de estudio el conflicto de poderes y la división de competencias;

b) en un segundo momento, se traslada el interés a la relación entre ordenamientos jurídicos, considerando también originarios los de las confesiones religiosas (particularmente, la Iglesia Católica); hasta este momento, los problemas planteados son sobretudo institucionales (entre poderes u ordenamientos);

c) a punto de agotarse el tratamiento institucionalizado, en un tercer momento se ofrece una visión personalizada de los problemas del Derecho eclesiástico estatal: todo el sistema deriva de los derechos subjetivos de los miembros de cada una de las comunidades interesadas (estatal o religiosa); el objeto principal del Derecho eclesiástico pasa a ser el conjunto de normas reguladoras del derecho individual de libertad religiosa, primero frente a posibles ataques del poder ejecutivo (por presión del liberalismo), y después como auténtica promoción estatal de la libertad religiosa personal (frente al marxismo y los Estados totalitarios);

d) el último momento evolutivo pondría de relieve que la libertad religiosa no puede estudiarse separada de la libertad ideológica, ambas expresión de la libertad de conciencia como base del sistema democrático. Esto último viene siendo objeto de discusión doctrinal: para los autores que así opinan ⁴, la perspectiva final es el Derecho eclesiástico como el Derecho de la tolerancia o del pluralismo ⁵. En cambio, muchos otros autores limitan el Derecho eclesiástico del Estado al derecho de libertad religiosa en sentido estricto.

Pero en esa evolución vale la pena analizar con algo más de detalle los últimos años. Si en el período de entreguerras la visión institucionalizada tuvo un carácter preponderantemente internacionalista, basado en el estudio del Derecho concordatario, es evidente que todavía dependía en buena medida de una visión del tema de corte confesional católico; en él, la Iglesia católica intentaba sobretudo defender sus derechos institucionales, basados en la historia y menos en la política y en la sociología. Como consecuencia de ello, también el resto de confesiones recibían un trato similar,

3. LLAMAZARES, D.: *Derecho eclesiástico del Estado* (Madrid 1989), pp. 18-20.

4. El profesor LLAMAZARES subtitula su tratado como «El derecho de la libertad de conciencia»; *vid.* también SOUTO PAZ, J.A.: *Derecho eclesiástico del Estado* (Madrid 1992), subtitulado como «El derecho de Libertad de ideas y de creencias».

5. LLAMAZARES. *op. cit.*, p. 22.

limitando en buena parte el problema religioso al problema eclesiástico ⁶. Tras la Segunda Guerra Mundial, para superar la visión institucionalista, fue retomada en Italia la idea de contemplar el Derecho eclesiástico como una *legislatio libertatis*, algo que, como el profesor LOMBARDIA señalaba, era difícil de definir en su concepto y en su origen ⁷, pero que subrayaba la necesidad de no contemplar tanto los derechos de las confesiones y entes religiosos como la libertad de conciencia del ciudadano; esa visión ha influido muchísimo en el estudio del Derecho eclesiástico hasta nuestros días. Pero a la vez, a partir de los años 50, en Italia se insistía en que sólo la Constitución es fuente de los principios del Derecho eclesiástico, con el consecuente peligro latente (entonces no visto como tal) de convertir esa ciencia en un apéndice del Derecho constitucional ⁸. La escuela italiana se enfrentó en encontrada polémica. En 1959, VINCENZO DEL GIUDICE afirmaba que «lo scopo del nostro studio è solo la conoscenza dell'attuale diritto ecclesiastico positivo», debiendo prescindirse de toda apreciación política, sociológica y ética sobre tales normas, y en particular también de la historia, que no debía ser utilizada más que en cuanto fuera necesaria para comprender las normas en vigor ⁹. El profesor D'AVACK, por su parte, aunque no atacaba tan frontalmente el método histórico, optaba por una solución de compromiso, en la cual la historia ocuparía el lugar de ciencia auxiliar secundaria, siendo el método histórico subsidiario del dogmático ¹⁰. Por fin, JEMOLO reconocía que tras haber aspirado a una ciencia jurídica pura, sin contaminaciones historicistas o políticas, era necesario devolver a la historia y a la política su lugar propio, dando ya por acabada la tarea purificadora realizada por el método dogmático ¹¹.

El Derecho eclesiástico se encontró en un momento delicado, por el peligro de resultar absorbido por el positivismo y por la ciencia constitucionalista ¹²; era necesario desprenderse del corsé constitucional como método para poder otear el futuro de libertad: algo connatural a la *legislatio libertatis*. LOMBARDIA sintetizaba de esta manera la situación: «tras unos años en los que se habían recorrido con pasión las vías que marcaban la idea de *legislatio libertatis* y la orientación constitucionalista, se ponía de

6. La evolución anglosajona ha sido justamente la contraria: de la defensa de la libertad de religión individual se llegó a la defensa de la institución confesional.

7. LOMBARDIA, P.: *El concepto actual de Derecho eclesiástico y su marco constitucional*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado» I (1985) p. 683. En realidad, el término parece proceder de RUFFINI, F.: *La libertà come diritto pubblico subiettivo. Corso di diritto ecclesiastico* (Torino 1924). TEDESCHI ofrece un resumen de la interpretación en *Sulla scienza del diritto ecclesiastico* (Milano 1987), pp. 90 ss.

8. Según mi observación, esa tentación estuvo también presente en España en años mucho más recientes, por el retraso acumulado al no poder asumir una legislación constitucional moderna hasta 1978.

9. DEL GIUDICE, V.: *Manuale di diritto ecclesiastico* (Milano, 1959), p. 10.

10. D'AVACK, P.A.: *Trattato di diritto ecclesiastico italiano I* (Milano, 1969), pp. 50 ss.

11. JEMOLO, A.C.: *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano, 1957), pp. VII ss.

12. FINOCCHIARO, F.: *Il diritto ecclesiastico negli ultimi venti anni*, en «Storia e dogmatica nella scienza del Diritto ecclesiastico» (Milano 1982), p. 153.

nuevo sobre el tapete la cuestión del método, quizás por la insatisfacción de no ver claras unas líneas rigurosas sobre las que apoyar la labor científica, que sustituyeran justificablemente el edificio —de cuya calidad técnica no cabe dudar— construido a partir de las premisas del positivismo ¹³».

El problema se presentó de forma cruda en Italia en el Congreso de Derecho eclesiástico de Siena en noviembre de 1980, que marcó la enorme tensión habida en la ciencia italiana por la progresiva politización de los estudios; pero un planteamiento más abierto y sereno se dio en las jornadas celebradas en Taormina en octubre de 1981, que significaron el replanteamiento de la ciencia del Derecho eclesiástico por parte de la doctrina italiana en base a retomar el método histórico; esa reflexión también fue aprovechada por la doctrina española, con la participación de LOMBARDIA como ponente y de otros profesores españoles, y mostraron nuevas perspectivas comunes a Italia y a España; ese replanteamiento ha ido decantándose en trabajos aparecidos en los últimos años.

La contemplación del Derecho eclesiástico del Estado como una *legislatio libertatis* comportaba a la larga un peligro científico, ya que la libertad de la que se hablaba no venía fundamentada previamente; para ello los tratadistas, deseosos de huir de una politización o ideologización que diera forma a la libertad de conciencia, se contentaron y abrazaron el análisis dogmático de la ley positiva y constitucional: pero ello tenía un límite metódico y otro de planteamiento inicial. D'AVACK había ya señalado que, acabado ya el estudio dogmático (es decir, exhausto), debía retomarse el método histórico sin los excesos anteriores; pero el mismo método dogmático, aplicado al estudio de la sola ley positiva, ya presupone un fuerte contenido ideológico previo, y todos los peligros añadidos del positivismo. Por ello, de forma natural, en Taormina resurgió, entre otras propuestas, el retomar el método histórico, seriamente vapuleado por muchos eclesiasticistas de posguerra, a fin de superar el problema metodológico planteado. Y con ello también se ha reavivado la tensión entre dogmática e historia que da título a este estudio.

La propuesta extrema es de tipo interdisciplinar: el Derecho eclesiástico debería surgir del conveniente método que conjugara Historia (y Política) con Derecho, de forma que aseguráramos las propuestas *de iure condendo* con ese espíritu que otea el horizonte, según expresión del profesor Llamazares. Pero quizás la propuesta interdisciplinar quede algo corta sólo con la Historia, como más adelante expondré.

La necesidad de todo ello es la fundamentación de los principios de la *legislatio libertatis*. Esta idea no debe ser abandonada, ya que me parece de las más acertadas en nuestra materia, pero inmediatamente supone la pregunta incómoda por el concepto y contenido de la libertad. Muchos autores han encontrado ciertas dificultades para asumir la idea de *legislatio libertatis* en el Derecho eclesiástico del Estado: entre ellas, la más sobresaliente dificultad es la que señala que la *legislatio libertatis* dirige su interés

13. LOMBARDIA, P.: *El concepto actual ... cit.*, p. 636.

a la libertad de conciencia individual (y a ello debería esforzarse todo ciudadano, y como tal también el jurista), pero en cambio existe también auténtico Derecho eclesiástico sin relación con la *legislatio libertatis* en los siguientes casos:

- cuando el Estado, no admitiendo la libertad religiosa, emite no obstante normas sobre las confesiones (o una sola confesión, en el caso del Estado confesional no pluralista). En este caso se daría Derecho eclesiástico del Estado, pero no una *legislatio libertatis*; sería el caso del Estado español resultante de la guerra civil;
- el Derecho eclesiástico de un Estado pluralista también comporta áreas de regulación que no afectan propiamente a la libertad de conciencia del individuo. Se trataría sobretudo de aquellas normas que determinan la actividad pública de los grupos (las confesiones); así, por ejemplo, la colaboración económica, el reconocimiento de personalidad y capacidad jurídica, etc.

A mi modo de ver, estas dos objeciones ante la *legislatio libertatis* son superables:

a) si el Derecho tiene por ideal la justicia (dar a cada uno lo que le corresponde), el Estado que niega la libertad de conciencia y la libertad religiosa se aparta gravemente de su finalidad; las normas que emite son sólo formalmente jurídicas, pero no esencialmente, ya que traicionan la finalidad del Derecho. En tales casos, podrá hablarse de la existencia de legislación eclesiástica, pero no de verdadero Derecho eclesiástico¹⁴. Con todo se ha de tener en cuenta que, aunque el ideal de justicia sea inmutable, la sensibilidad sociológica y doctrinal para descubrirlo, respetarlo y conformar a él la legislación está sometida al devenir histórico, de manera que evoluciona, y conservamos la esperanza de ir aprendiendo cada vez más¹⁵; así, el análisis crítico de cualquier norma jurídica en confrontación con el ideal de justicia sólo puede hacerse teniendo en cuenta los elementos propios de conocimiento de cada época y su sensibilidad. El Derecho eclesiástico que, no hace demasiado, basaba su estudio en las fuentes de origen pacticio (Concordatos, etc.), aunque relegaba a un segundo plano el problema de la conciencia personal, lo hacía debido a la sensibilidad y a la necesidad histórica del momento: por ello podía ser considerado auténtico Derecho. Pero si vulneraba la libertad (del individuo o de los grupos, indistintamente), ese mismo Derecho dejaba de ser justo; en último término, dejaba de ser Derecho. Por ello mismo, no toda normativa estatal histórica sobre el fenómeno religioso puede ser hoy considerada como adecuada a Justicia, sino sólo aquella que, adaptándose cauteladamente a su época, procuró (ni que fuera limitadamente) el ideal de Justicia; las normativas contrarias a ese ideal pueden y deben ser estudiadas históricamente, pero como aquello que hay que evitar. Así,

14. De ahí la dificultad de que nuestra ciencia prosperara en España antes de la Constitución de 1978, aunque evidentemente se daban valiosos estudios preparatorios.

15. Esta consideración es plenamente compatible con la fe religiosa, en concreto con la católica, ya que la temporalidad intramundana no asume la realización completa del Reino de Dios, sino su construcción progresiva.

incluso el Derecho histórico puede ser estudiado desde un punto de vista de *legislatio libertatis*, sólo que se hace necesario corregir la óptica en cada ocasión.

b) No puede ser tomado como correcto que la regulación estatal sobre las confesiones y grupos, sus actividades, etc., no interese a la *legislatio libertatis*. Debe negarse que pueda darse una separación entre libertad individual y libertad comunitaria, y menos una contraposición. Es cierto que, como en todo ámbito jurídico, se dan problemas entre derechos subjetivos no exactamente coincidentes: así, por ejemplo, no puede negarse que en la actualidad uno de los primeros problemas sociales es la actividad de las llamadas sectas destructivas, y que su tratamiento legislativo provoca siempre la contraposición entre la libertad religiosa individual (en todas sus facetas y desarrollos) y la actividad de los grupos. Pero en modo alguno puede de ello deducirse que grupo e individuo se contraponen: en realidad, sólo divergen cuando se da un abuso del Derecho, cuando entre grupo e individuo no se guarda el ideal de Justicia a que nos venimos refiriendo. La historia, la sociología, la fenomenología religiosa nos muestran que no hay auténtico hecho religioso sin fenómeno comunitario, que no puede ejercerse la libertad individual de conciencia en materia religiosa si faltan las confesiones ¹⁶.

2. DERECHO ECLESIAÍSTICO E HISTORIA.

En realidad, la tensión entre dogmática e historia es sólo un aspecto de la enorme tensión intelectual vivida en nuestro tiempo entre especialización y universalidad. No es necesario explicar cómo la ciencia y la técnica han visto surgir la especialización en contra a saberes de tipo universalista: según nuestra opinión, la especialización en la ciencia jurídica viene representada por la dogmática, deseosa de estudiar el texto legal sin dejarse implicar por más elementos de juicio que los propiamente jurídicos. Esta actitud está todavía presente en muchas aulas de nuestras Facultades, y también se ha dado en nuestra asignatura.

Después de su documentado estudio sobre la tensión entre historia y dogmática de 1982, TEDESCHI señalaba en 1987 que los mayores problemas de la disciplina no son el de la relación científica con el Derecho canónico ni el de la prevalencia del aspecto histórico o del dogmático ¹⁷. En la actualidad esa afirmación es, a mi modo de ver, todavía más acertada. ¿Tiene sentido reabrir un debate centrado en historia o dogmática?

16. Véase mi artículo «Confesiones y entes confesionales en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 4 (1988), pp. 110-111. Es cierto que, en ciertos períodos, también las confesiones mayoritarias han abusado frente a la libertad de conciencia del individuo (el absolutismo es, por tanto, un pecado común a todas las Iglesias y Estados), pero la necesidad de una comunidad es cuestión absoluta, no dependiente de sus desviaciones históricas.

17. TEDESCHI, M.: *Sulla scienza ... cit.*, p. 60.

La ciencia del Derecho eclesiástico, como ninguna otra ciencia jurídica, es necesariamente abierta en su tratamiento metodológico. Para empezar, el intento exclusivamente dogmático o formalista (en base al positivismo jurídico) se encuentra con que su «materia prima», las fuentes legales, no forman en absoluto un cuerpo diferenciado, con autonomía científica, sino que queda encuadrado dentro del Derecho público estatal¹⁸; por otra parte, tampoco el estudio de un determinado tipo de relación jurídica define el Derecho eclesiástico del Estado (si se trata de relación entre particulares, o entre Estados, o entre particular y Administración, etc.) 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 Universidades¹⁹. Así, aplicando el método dogmático en sentido estricto, nuestra asignatura no poseería autonomía científica... y sólo existiría por razones históricas.

Así pues, la razón histórica es inevitable en el Derecho eclesiástico²⁰, en la cual, si no fuera por las razones históricas, ni el propio nombre sería inteligible²¹. Es inconveniente para nosotros un estudio dogmático que nos desligue de nuestro pasado, y no sólo del más reciente, sino incluso del más remoto. Así, por ejemplo, ¿cómo ignorar que la controvertida cuestión de la colaboración económica del Estado en favor de la Iglesia católica tiene algo que ver con el antiguo sistema benefical canónico? ¿O cómo entender en un país de tradición católica como el nuestro que las sectas tienen algo histórico en común con las persecuciones religiosas del siglo XVII y el origen de las colonias de Nueva Inglaterra? Los ejemplos son inacabables... hasta el punto de afirmar que los problemas del Ulster o de la desmembración de Yugoslavia dependen en grado sumo de antiguas cuestiones de Derecho eclesiástico del Estado (o de las llamadas «relaciones Iglesia-Estado»)²².

La conciencia histórica conviene extremadamente al jurista, ya que ella le evita el tratar problemas ficticios. El estudio histórico, aplicado a la técnica jurídica, ha de

18. Los intentos de editar códigos de leyes eclesiásticas responden únicamente al esfuerzo privado, pero no a una característica formal común de las normas recogidas.

19. En los planes de estudio el 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 del 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.

20. En realidad creemos imposible escapar de la necesidad de contar con el método histórico para que exista cualquier ciencia jurídica, ya que el Derecho es ciencia social. Pero ello es mucho más obvio en nuestra asignatura.

21. No es necesario reseñar aquí los equívocos a que la denominación «Derecho eclesiástico» se ve sometida.

22. Incluso en términos de estudio constitucional, Lombardía daba por sentado que «el legislador constitucional [tiene] en cuenta la experiencia histórica más próxima y, por tanto, los logros —y desaciertos— del liberalismo y del socialismo; pero sabiendo muy bien que la historia no comenzó a finales del siglo XVIII, ni todavía se puede suponer que haya dicho la última palabra» (LOMBARDÍA, *El concepto actual...*), *cit.*, p. 675.

evitar el distanciamiento entre la abstracción y la realidad social²³. En palabras de VITALI, el Derecho ha de ser un «diritto vivente», encarnado en las necesidades sociales de cada momento y situación, y a ello sólo se llega por evolución. Bien cierto es que el Derecho ha elaborado una técnica propia para concretar el ideal de justicia en fórmulas (el «dar a cada cual lo que le corresponde» pasa a través de fórmulas como el principio de legalidad, o el rigor de la forma, etc.); pero tales fórmulas son ejercicios de lógica que no parten de verdades dadas absolutas, sino de contingencias históricas y sociales²⁴. Para relativizar las contingencias sin cuestionar el valor principal de justicia es necesario saber distinguir perfectamente entre unas y otras: aquí tiene su papel la historia.

La razón histórica es inevitable: es la realidad del hecho religioso en la sociedad humana, y especialmente en los países occidentales, en los que, bajo el ideal de justicia se enmarca dentro de un derecho de libertad. Ello obliga a un tratamiento específico, porque sin contar con la libertad de conciencia y su devenir histórico ninguna de nuestras sociedades existiría como ahora son, ni podrían ser comprendidas en manera alguna, ni siquiera en categorías jurídico-positivas puras.

Nuestra ciencia depende de la historia y no puede aislarse en una dogmática independiente, aparte del resto de ciencias jurídicas de las que depende claramente en el estudio formal de las fuentes (que no puede ser abandonado). ¿Acaso estudiaremos los textos constitucionales como si no existiera la ciencia constitucional? Si así llegáramos a hacerlo, nos convertiríamos en un ghetto intelectual desfasado. El encuadre de nuestra ciencia con el resto de las materias jurídicas viene dado por la historia y por el uso del método histórico, aunque combinado con el dogmático: debe ser rechazado el antiguo prejuicio en favor de una ciencia jurídica pura, como si el adecuado uso de la historia (y de otras ciencias) convirtiera al Derecho en impuro. El pretendido Derecho en estado puro puede muy bien ser una abstracción alegada de la necesidad social a la que debe servir, ya que el Derecho, por sí mismo, es sólo razonamiento lógico aplicado a las relaciones sociales.

De lo hasta aquí expuesto, no debe entenderse que el Derecho eclesiástico sea una ciencia *histórica*, en el sentido de ser algo pasado y ya no presente, o con una pervivencia indirecta al modo de las lenguas clásicas... Es la historia la que presta servicio al Derecho eclesiástico, no que éste se haya convertido en mera historia. Precisamente el fuerte componente histórico del Derecho eclesiástico marca su sentido evolutivo: y por ello puede afirmarse que tiene tanto futuro como pasado.

El método histórico, por tanto, ha de estar presente si se cree en nuestra asignatura como un estudio cuya autonomía científica vale la pena. Pero queda por concretar qué

23. VITALI, E.G.: *Diritto ecclesiastico e storia*, en «Storia e dogmatica nella scienza del Diritto ecclesiastico» (Milano 1982), p. 95.

24. Únicamente el Derecho canónico puede contar con tales verdades dadas provenientes del Derecho divino y del Derecho natural, pero aún así la mayoría de las normas canónicas son de Derecho positivo eclesiástico, y en su interpretación dependen, a menudo y en buena medida, de ciencias tan dispares como la teología o la psiquiatría.

consecuencias prácticas ha de tener ello en la investigación y en la docencia. Proponemos al azar algunas cuestiones: ¿debe ser fomentado el estudio de las relaciones Iglesia-Estado en su forma institucional tradicional, o más bien debemos elaborar estudios sobre la evolución histórico-jurídica de la libertad de conciencia? ¿Nos remontamos a la aparición del cristianismo o bien nos basta la Revolución burguesa? ¿Se trata de mostrar en cada figura o institución jurídica su desarrollo histórico como parte íntima de su noción jurídica? Muchas cuestiones como las presentes debe tener en cuenta el investigador, o el docente que elabora un programa, y es evidente que cada respuesta depende tanto de posturas ideológicas personales como del sentido que se dé al estudio jurídico.

Cualquiera que sea la fundamentación histórica, se impone una renovación de esquemas: en la actualidad resulta difícil, según mi entender, ofrecer un manual de docencia con una introducción histórica que se encuentre al mismo nivel que la elaboración doctrinal sobre los textos legales y las instituciones. Se da una dificultad inicial en el momento de decidir la finalidad del estudio histórico y su método (pues la propia ciencia histórica contempla métodos diversos y enfrentados ²⁵). Pero otra dificultad, y no menor, es la escasez notable de estudios de Derecho eclesiástico plenamente históricos: ¿es que nuestra ciencia es acaso demasiado joven? Pero así como contamos con historiadores del Derecho canónico que trabajan como juristas, el Derecho eclesiástico no ha generado hasta el momento sus equivalentes en el número necesario ²⁶. No se ha formado escuela de investigación que aporte los elementos básicos desde el mismo Derecho eclesiástico ²⁷. Éste debería ser, a mi entender, uno de los objetivos de la ciencia eclesiasticista actual.

3. DERECHO ECLESIAÍSTICO EN LA ACTUALIDAD

LOMBARDÍA, en una nota bibliográfica publicada en 1981, resumía magistralmente la situación del Derecho eclesiástico y las perspectivas del momento ²⁸. En ella decía: «Me refiero al desconcertante fenómeno de dos disciplinas, cultivadas con mucha frecuencia por las mismas personas, en las que se da el paradójico hecho de que en una de ellas —el Derecho Canónico— la fundamentación es la clave de la teoría gene-

25. Sólo proponiendo un ejemplo, hay que considerar que la caída en descrédito de las aproximaciones marxistas de análisis de la realidad, aplicadas a la Historia, no avala en modo alguno el retorno a las tradicionales historias institucionales...

26. Sin que ello signifique desmerecimiento de los muchos manuales que ofrecen valiosos estudios o síntesis históricos.

27. Ciertamente existen muchos tratados y monografías de Historia de la Iglesia que tratan de las relaciones Iglesia-Estado, pero no son aproximaciones jurídicas, y suelen ofrecer un tratamiento excesivamente religioso o confesional, además de que no parten del enfoque de la libertad de conciencia o religiosa.

28. LOMBARDÍA, P.: *El concepto actual de Derecho eclesiástico y su marco constitucional*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado» I (1985) pp. 623-675.

ral; mientras que en la otra —el Derecho Eclesiástico—, el tema de la fundamentación se pierde en una vaga nebulosa. No hay que sorprenderse de que así sea. El Derecho Eclesiástico es Derecho Estatal y en nuestro días se construye pensando fundamentalmente en el Estado social y democrático de Derecho. Resulta lógico, por tanto, que sus cultivadores participen de las dudas en que se debate el pensamiento jurídico contemporáneo»²⁹. Vale la pena, por un momento, detenernos en las dos afirmaciones de LOMBARDIA. En 1981 afirmaba que ambas ciencias, Derecho canónico y Derecho eclesiástico, eran cultivadas por las mismas personas; doce años más tarde ha cambiado bastante ese panorama, y con frecuencia sucede lo contrario: muchos de los eclesiasticistas jóvenes no son a la vez canonistas. Más arriba ya hemos expuesto los peligros de una excesiva separación de los eclesiasticistas y los canonistas. La otra afirmación se refiere a la poco clara fundamentación del Derecho eclesiástico: es difícil decir si ha cambiado la situación; una de las finalidades de este foro será, precisamente, ver en qué medida se ha avanzado en la fundamentación de nuestra ciencia. Ya aquí vale la pena señalar que, si el Derecho eclesiástico, en su fundamentación, vive las vicisitudes de la fundamentación jurídica del Estado, entonces no puede negarse que estamos viviendo una vuelta de página histórica de nuestro Derecho estatal, pues ya ha sido escrito el primer capítulo de vida de la Constitución de 1978: los problemas de entonces ya no son los de ahora. Pero, como el propio LOMBARDIA señalaba, la fundamentación del Derecho eclesiástico del Estado debe tener en cuenta que «es igualmente ilusorio absolutizar el valor de una concreta Constitución, como pretender afrontar la fundamentación del Derecho en un plano abstracto y ahistórico, que para nada tenga en cuenta el Derecho positivo»³⁰.

Seguramente muchas de las formulaciones que hasta ahora hemos manejado deben ser revisadas. Pero, con todo, valdría la pena tener en cuenta unas orientaciones básicas sobre el Derecho eclesiástico actual:

a) No puede perder de vista las raíces del Derecho eclesiástico: en concreto, el fenómeno religioso, y, en términos jurídicos, el Derecho canónico. Es cierto que una profundización de la idea de *legislatio libertatis* nos abre nuevos campos de estudio en torno a la libertad de la conciencia individual que sólo de manera derivada tienen relación con la libertad religiosa: pero, según mi opinión, sería erróneo centrar el estudio únicamente en el Derecho de la libertad de conciencia; contemplar el hecho religioso como algo objetivo abre nuestra ciencia a toda la realidad, tanto la personal como la institucional.

b) Tener por objetivo servir a la realidad social. De otros estudiosos del Derecho podemos tomar el ejemplo de su rápida adaptación a las exigencias del tráfico jurídico o de las necesidades de la sociedad: nuestra ciencia ha dado muestras de intentar responder a cuestiones nuevas (sirvan como ejemplo los estudios sobre las sectas destruc-

29. LOMBARDÍA, *op. cit.*, pp. 631-632.

30. LOMBARDÍA, *op. cit.*, p. 651.

tivas, o sobre la objeción de conciencia), pero todavía son escasos y deberían continuarse esas líneas de investigación; por otra parte, los temas clásicos de estudio (la personalidad jurídica, la colaboración económica, etc.) deberían estructurarse teniendo en cuenta los problemas reales: ya que la jurisprudencia en nuestra materia es proporcionalmente escasa³¹, la doctrina debe esforzarse en descubrir los problemas reales y ofrecer soluciones.

c) La pretendida universalidad con que debe ser estudiado el Derecho, y en concreto el Derecho eclesiástico del Estado, no puede quedar reducida a la aceptación del método histórico o a la historia como ciencia básica, sino que, como antes insinuaba, debe quedar abierta a otras esferas intelectuales. Pero también hay que reconocer que la especialización de las ciencias y las técnicas, aplicadas al fenómeno industrial, ha conseguido resultados sorprendentes, y el Derecho, como las demás ciencias humanas, también se ha visto influenciado por dicha especialización³².

Cuando antes mencionábamos las controversias de la doctrina italiana, ya se hacía presente la ciencia política en conjunción con la historia. Y nos referíamos al peligro del reduccionismo de nuestra ciencia a lo meramente constitucional. De ninguna manera debe deducirse de ello que debemos abandonar el estudio de los principios constitucionales: antes bien, sólo desde el pleno dominio de tales principios poseeremos el método y los conocimientos para ir más allá³³.

Con todo, hay que admitir que muchos dudan de la pretendida interdisciplinariedad (a la que prefiero yo llamar universalidad). Así, por ejemplo, el profesor Iván C. IBÁN, en 1984, pretendía lo contrario, a saber, centrarse en el tema de la libertad religiosa de manera que una profundización sobresaliente obligara al resto de las disciplinas a tener en cuenta las propuestas de los eclesiasticistas³⁴.

El peligro latente en el universalismo que TEDESCHI propone (y que yo mismo asumo aquí) es, evidentemente, la dispersión y, como resultado de ella, la esterilidad científica. El peligro es real, y la crítica a estudios que, bajo la capa sociológica, se quedan en lo estadístico sin avanzar en lo jurídico, es un ejemplo de cordura. Pero no se trata de «zambullir al Derecho eclesiástico en un magma del que tal vez no pueda sobresalir» (IBÁN), perdiendo el norte y el objeto del Derecho eclesiástico; la propuesta de universalización se dirige a la fundamentación del derecho eclesiástico, no a su objeto.

31. Comparada con otras actividades jurídicas: civiles, mercantiles, penales, administrativas, tributarias, etc.

32. ¿Quién no recuerda, por ejemplo, aquellos grandes tratados de Derecho canónico en varios volúmenes, obra de un solo autor? Muy pocos hoy se plantearían siquiera su moderna elaboración, a pesar de los mejores medios técnicos con que contamos, y en realidad aquellas son obras todavía del siglo XX...

33. D'AVACK, *op. cit.*

34. IBÁN, I.C., Recensión al «Contributo alla determinazione...», de TEDESCHI, en «Revista de Derecho Público» 96-97 (1984), p. 742-743.

¿Qué proponemos como cimientos universalizadores del Derecho eclesiástico? Si nos decidimos por la universalidad del conocimiento³⁵, aplicada evidentemente al Derecho eclesiástico y con criterio jurídico, tenemos a nuestra disposición una serie de ciencias tradicionales, otras más modernas: la Historia, el Derecho constitucional, el Derecho canónico... pero también la Antropología, la Fenomenología religiosa, la Sociología³⁶, la Psicología, e incluso la Filosofía y la Teología. De ninguna manera creo posible avanzar mucho sin ellas, ni ofrecer fundamentaciones suficientes. En realidad, todos somos conscientes de lo que debemos a tales ciencias: las mejores obras dejan siempre entrever sin esfuerzo el bagaje intelectual acumulado en tales saberes.

Podemos encontrar variados ejemplos concretos de la necesidad de fundamentación en ciencias no propiamente jurídicas. Así, entre muchos otros:

- a) para conocer si las confesiones y entes eclesiásticos han de gozar de personalidad reconocida por el Estado o concedida por el mismo, será de utilidad investigar en los datos ofrecidos por la antropología y la fenomenología de la religión sobre si el factor comunitario es determinante o secundario en el hecho religioso;
- b) para hacer una valoración crítica del reconocimiento del Estado del matrimonio celebrado ante ministros de la Federación de Iglesias Evangélicas, debemos conocer la teología protestante sobre el matrimonio;
- c) para obtener una perspectiva actual de la objeción de conciencia, deberemos acudir tanto a los datos sociológicos como a la fundamentación filosófica sobre la capacidad de autodeterminación del individuo y sus obligaciones frente a la sociedad;
- d) para procurar los límites penales frente a actuaciones abusivas de las sectas destructivas necesitaremos que la psicología analice los métodos de persuasión utilizados.

Si, en cambio, nos decidimos por la especialización a ultranza, en cierta forma estaremos traicionando y olvidando nuestras propias raíces científicas; olvidaremos cuánto debemos en nuestro origen al Derecho canónico. Se trata, sin duda, de posiciones que tienen mucho de subjetivo; de posturas previas inevitables. Es necesario a reconocer así lo que nos atrae como estudiosos; en mi caso, aquello que considero apasionante de nuestra rama jurídica, que ya me subyugaba cuando, como estudiante, me enfrenté a la «rareza» llamada Derecho Canónico, es la posibilidad de tratar con categorías científico-jurídicas algo tan alejado de la norma positiva, tan íntimo y tan trascendente como es la conciencia personal, el «fuero interno» en conceptos canónicos. En el ordenamiento canónico se nos ofrecía y se nos ofrece una solución técnica (una entre las posibles) para armonizar bien común y conciencia personal: evidente-

35. TEDESCHI, M: *Sulla scienza...* p. 95 s.

36. Vid. REINA, A.: *Cuestiones acerca de la aplicación del método sociológico al Derecho eclesiástico español*, en «Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad de Palma de Mallorca» 4 (1983), p. 71.

mente se trata de una solución desde la fe religiosa, que evita en último término la absoluta divergencia entre ambos fueros ya que, para subsistir, necesita regular penalmente el delito de excomunión (renunciar a ello significaría el ocaso del Derecho canónico y de la Iglesia como sociedad).

El Derecho eclesiástico tiene en común con el Derecho canónico el intento de armonizar bien común y conciencia personal, pero bajo otros supuestos y un garante, el Estado. Para ello deberá, primordialmente:

a) elaborar el inmenso edificio de la armonización entre ordenamiento jurídico estatal y conciencia personal libre: la parca y todavía imperfecta y reciente legislación sobre limitados campos de objeción de conciencia nos enseña que estamos todavía en el aprendizaje de nuestras primeras letras, y que el marco de la antigua *legislatio libertatis* todavía tiene mucho espacio libre;

b) también es nuestra labor no olvidar con facilidad el aspecto comunitario de la libertad, y especialmente de la asociación, de la libertad religiosa, de la asociación religiosa y, en último término, de las confesiones, ya que no hay factor religioso sin comunidades de fieles.

Toda esa elaboración debe tener en cuenta el dato de la norma positiva, como las necesidades sociales y las metas de libertad anunciadas: si el Derecho eclesiástico pasó de contemplar inerte las luchas medievales por las investiduras a regular activamente la libertad religiosa, hoy se pide su ampliación a todo lo que comporte la conciencia, la ideología... de lo que el hecho religioso es un aspecto, desde el punto de mira político, aunque el fundamental y más trascendente. La experiencia científica nos muestra la necesidad de conjugar análisis dogmático e historia: por ello considero que la clásica tensión entre ellos es superada por nuevos objetivos. La historia muestra los caminos para que el inconformismo frente a la norma estudiada obtenga resultados de avance jurídico y social.