

## CLAVES DE LECTURA DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO ITALIANO\*

No constituye novedad alguna afirmar que todo ordenamiento jurídico descansa o se inspira en un determinado conjunto de creencias, valores o bienes, es decir, en una determinada cosmovisión. En este sentido se habla del espíritu que anima el derecho romano o canónico, de la ideología que subyace en los ordenamientos socialistas o de los bienes jurídicos que pretenden tutelar las legislaciones de corte liberal. Lo que se dice de un ordenamiento en su conjunto, puede decirse también de una determinada ley o de un reducido y específico conjunto normativo. Obviamente el derecho eclesiástico no escapa a esta norma.

Por otra parte, todo ordenamiento jurídico, como se deduce de su propio nombre, pretende establecer un orden social coherente, es decir, hacer posible una vida ordenada en la que sea viable la convivencia de las personas y sus no siempre coincidentes intereses.

Ello se consigue no sólo desde los principios o valores, a los que antes apuntaba, sino también desde el fin primordial que se pretende conseguir en una determinada sociedad por los que gozan de la *potestas imperii*. Resulta evidente que la comprensión de un determinado conjunto normativo sólo es posible llevarlo a cabo con una cierta objetividad si se logra individuar sus líneas maestras. Ellas son las que dan coherencia a todo el sistema y unidad a la múltiple diversidad y categoría de preceptos vinculantes. Sólo desde ellos se pueden penetrar en el espíritu de un determinado ordenamiento. Detrás de una inerte normativa jurídica se descubre un mundo de intereses, ideales y objetivos más o menos nobles y respetuosos con la dignidad de la persona humana.

El objetivo que persigo con este trabajo es exponer al lector español, interesado en estas cuestiones, una visión panorámica de la *impostazione*, enfoque o clave de lectura de la legislación eclesiástica italiana. No son los principios informadores en general lo que me preocupa, sino el *obiettivo*

\* Quiero manifestar mi agradecimiento a los profesores S. Lariccia y P. Bellini por sus consejos y orientaciones en la realización de este trabajo, así como a la Consellería de Cultura y Educación de la Comunidad Valenciana por la ayuda económica que hizo posible mi estancia en Roma.

*último* que persigue la legislación eclesiástica italiana\*\*. La época estudiada comprende la etapa liberal, desde la unidad italiana hasta el advenimiento del fascismo, el ventenio fascista y el período democrático a que dio lugar la actual constitución (27-12-1947). Este amplio espacio de tiempo nos permite ver el nacimiento de la disciplina, la metodología y la situación crítica que atraviesa últimamente en la fijación del objeto de su estudio. Estoy convencido que detrás de la *mens legislatoris* late la concepción política de los gobiernos, que, a su vez, condiciona la *mens scientifica* de los estudiosos del derecho. Es más, la ciencia eclesiasticista no ha hecho más que traducir en términos jurídicos la ideología y objetivos del Estado de cada época<sup>1</sup>. Por ello no es disparatado afirmar que la política sirva de instrumento hermenéutico de primera magnitud. Con razón D'Avack escribe que la ciencia eclesiasticista no hizo más que traducir a sistema científico los principios jurídico-políticos de los estadistas y políticos<sup>2</sup>.

## I. ÉPOCA LIBERAL: AFIRMACIÓN DEL ESTADO Y DEL INDIVIDUO

Para el gobernante liberal sólo existe una doble realidad que debe prevalecer: el Estado y el individuo. El derecho eclesiástico, como acertadamente escribe S. Lariccia, va a cumplir una función *absolutista*, por una parte, y por la otra, *individualista*<sup>3</sup>. En este sentido hay que entender los derechos de libertad en materia religiosa contemplados en el Código Penal de 1889.

Inspirados en los principios de la Revolución francesa, los legisladores italianos pretenden la construcción de un Estado libre de toda ingerencia confesional, pues entendían que «quanto più fosse indebolita l'influenza degli apparati confessionali tanto più si sarebbero delineati y profili del nuovo Stato»<sup>4</sup>. En la misma línea se había manifestado anteriormente F. Ruffini<sup>5</sup> al decir que «...il diritto ecclesiastico di uno Stato qualunque, è

\*\* Al final de este trabajo hay un Apéndice en el que se recogen los artículos de la Constitución italiana relacionados con el problema estudiado.

1 F. A. D'Avack, «Francesco Scaduto», *Archivio di Diritto Ecclesiastico* IV (1942) 304. M. Fiore, «Preliminari per la cognizione del diritto ecclesiastico: in particolare in proposito della *legislatio libertatis*», Studi in onore di M. Condorelli, vol. 1, *Studi di Diritto ecclesiastico, diritto canonico e storia dei rapporti fra Stato e Chiesa* 2.º (Milano 1988) 626. Véase también el interesante estudio de S. Ferrari, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano* (Milano 1979).

2 D'Avack, *o. c.* 304.

3 Le garanzie i libertà religiosa, *Archivio di Diritto Ecclesiastico* CLXXXII (1972) 29-30.

4 E. Vitali, «Diritto ecclesiastico e storia», AA.VV., *Storia e dogmatica nella scienze del diritto ecclesiastico* (Milano 1982) 104.

5 Diritto ecclesiastico vigente in Italia, *Archivio Giuridico* XLVII (1891) 285.

tanto più importante e tanto più complesso, quanto minore è la soggezione di tale Stato alla Chiesa: perché maggiore sono le cose, su cui egli si arroga il diritto di legiferare e per le quali egli non lascia libero il curso al diritto emanato dalla Chiesa». Esta constatación de Ruffini es un claro testimonio de lo que venimos diciendo. Con razón escribe G. Catalano<sup>6</sup> que en esa época la función del derecho eclesiástico era la de «delineare e presidiare le frontiere più importanti della sovranità dello Stato moderno». Más claras, si cabe, son todavía las palabras de A. C. Jemolo<sup>7</sup>, para quien en la segunda mitad del siglo XIX «si tende precisamente a togliere alla Chiesa ogni carattere di potestà autonoma, a respingere la sua attività, per una parte, nel giuridicamente irrilevante, e, per l'altra parte, sottometerla allo Stato», del mismo modo que se ha hecho con la actividad de los entes públicos integrados en la órbita estatal. El derecho eclesiástico se concibe como un medio de lucha del Estado frente a la comunidad religiosa tratando de dominar los espacios que ella había dominado a lo largo de los siglos<sup>8</sup>.

De esa forma el Estado liberal ocupa «il centro de gravità» y arrincona la Iglesia en el mundo de lo privado<sup>9</sup>, dando lugar a la estatificación del derecho de contenido religioso. Ello hizo también que el derecho canónico empezara a ser abandonado por parte de los estudiosos que cuestionan su carácter jurídico, como es sabido. Naturalmente la ciencia eclesiasticista a que da lugar una legislación de esas características se siente libre de todo sabor teológico. Su fuente de inspiración era la plena hegemonía del Estado y una visión agnóstica o claramente atea de la vida social y de la actividad del Estado. De ahí el interés, como decía antes, de reducir a las iglesias al derecho común y a tratarlas como un asunto meramente privado, o a controlarla con los clásicos instrumentos regalistas.

Basándose en este axioma, los eclesiasticistas de la época, con diferentes matices, y capitaneados especialmente F. Scaduto se dejan llevar por las ideas de Tanucci, Minghetti, Mancini, Crispi, Cadorna y tantos otros políticos de la época. En esa línea de pensamiento, Scaduto, como escribe Jemolo<sup>10</sup>, sostiene que «Lo Stato non doveva essere incompetentista», sino que «doveva dominare, in conformità alle proprie esigenze politiche..., al proprio senso etico», de tal forma que diera lugar a un sistema «ove il fedele

6 La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di F. Scaduto e ai nostri tempi, *DE I* (1965) 30.

7 Diritto della Chiesa e diritti stranieri, *Archivio Giuridico CII* (1934) 29.

8 M. Tedeschi, *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico* (Milano 1983) 44: «il diritto ecclesiastico si è affermato como mezzo di lotta dello Stato nei confronti della società religiosa conquistando spazi dominati a lungo dalla Chiesa e dal suo diritto».

9 D'Avack, F. Scaduto, *o. c.* 297. Véanse también las páginas 303-304.

10 F. Scaduto, *Rivista di Diritto Pubblico XXV* (1943) 21-22. Véase también los trabajos de M. Tedeschi publicados en *Vecchi e nuovo saggi di Diritto Ecclesiastico* (Milano 1990) 225-373.

tica, ove lo Stato rinunci a priori ad accordare la protezione che accorda ad ogni altro cittadino, all'ecclesiastico o al religioso che abbia visto violato a proprio danno dai suoi superiori quelle norme del diritto della Chiesa che gli accordano diritti subiettivi»<sup>11</sup>.

En efecto, como observa D'Avack, esta actitud lleva al Estado a ejercer sobre las confesiones religiosas «una directa supremacía ed a disciplinare, limitare e coartare la loro attività con una apposita legislazione di netto disfavore»<sup>12</sup>.

Además de la función estatificadora de lo religioso, hay que destacar la función *individualista*. En general puede decirse que entre el Estado y el individuo no se aceptan instancias intermedias autónomas e independientes del derecho común. El individuo es la única realidad.

En este sentido, los grupos, y por tanto las confesiones religiosas, son vistos como una suma de sujetos aislados. Los derechos individuales están por encima de los derechos institucionales. De esta forma se desliga a los ciudadanos de todo vínculo fundado en motivos confesionales en aras de su libertad y de la plena soberanía del Estado. Había que emancipar al Estado frente a las iglesias, al pueblo y al bajo clero de la jerarquía eclesiástica. La libertad de conciencia se presenta y se exige como una forma de liberarse de las obligaciones canónicas. Desde la cuna hasta la tumba ninguna relación jurídica, nacida bajo el derecho canónico, podía aumentar o disminuir los derechos de los ciudadanos.

Ello dio lugar a la pérdida de eficacia civil de los votos religiosos, del fuero eclesiástico, de las prohibiciones canónicas a los clérigos en cuanto al ejercicio de determinados derechos civiles y políticos; la imposición del matrimonio civil, la obligatoriedad del Registro civil como prueba del estado de las personas, la enseñanza laica obligatoria, supresión de conventos no dedicados a la docencia o a la asistencia, la separación entre Iglesia y Estado, secularización de los cementerios, entre otras graves consecuencias. No queremos dejar de señalar también la pérdida del derecho a continuar gozando, por parte de la Iglesia, de una capacidad patrimonial similar al de las personas jurídicas públicas<sup>13</sup>.

Todo este conjunto de normas jurídicas de inspiración liberal dio lugar a una serie de publicaciones que, con diversos matices, se mueven en esta nueva orientación de los estudiosos eclesiasticistas. Se trata de un derecho

11 *Ibid.* 22

12 D'Avack, F. Scaduto, *o. c.* 297. Ello dio lugar a que en el Reino de Italia se diera lugar a un importante «complesso di leggi civili in materia ecclesiastica ispirata a netti criteri anticlericali» (*ibid.*).

13 S. Lariccia, *Diritto Ecclesiastico* (Milano 1986) 12. E. Vitali. «Diritto ecclesiastico e storia», *o. c.* 104. D'Avack, F. Scaduto, *o. c.* 303-304.

que resucita los *iura maiestatica circa sacra* que, de inspiración regalista, se convierte en un derecho anticlerical. Más que el Derecho eclesiástico moderno era una especie de policía eclesiástica<sup>14</sup>.

## II. ÉPOCA CONCORDATARIA:

### VENTENIO FASCISTA Y PRIMERA ETAPA CONSTITUCIONAL (TRIUNFO DE LAS INSTITUCIONES: ESTADO E IGLESIA)

La solución liberal a las relaciones entre el Estado italiano y la Iglesia católica se mantuvo prácticamente hasta el advenimiento del fascismo (1923). Ello no quiere decir que anteriormente no se hubieran dado algunos pasos por parte de los diversos gobiernos italianos para resolver la famosa cuestión religiosa, especialmente en lo referente a la Ciudad del Vaticano. La Ley de Garantías (1871) quiso, a su manera, llegar a suavizar la tensa situación. Pero el Papa Pío IX con la encíclica *Ubi nos* de 15-5-1871 no la aceptó, porque se trataba de una ley unilateral del Estado que fácilmente podía ser derogada. Tampoco quedó satisfecha cuando posteriormente se le dio la categoría de Ley fundamental del Estado, ya que, dado su carácter interno, no cambiaba las cosas.

En efecto, como veremos, la pacificación definitiva sólo tuvo lugar con la firma de los Pactos Lateranenses (Tratado y Concordato) que cambiaron la lucha por la paz. Seguidamente vamos a exponer la nueva *impostazione* o enfoque que se da, a partir de la firma de dichos acuerdos y por otras razones, a la legislación de contenido religioso así como a su estudio.

14 Creo interesante recordar que por *polizia ecclesiastica* se entendía, como escribe L. de Luca, *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico* (Padova 1946), «il solo diritto formulato dal legislatore statale in materia ecclesiastica». No es de extrañar que la *polizia ecclesiastica* presentara un carácter marcadamente estatalista y fuertemente hostil a la Iglesia católica, a la que se niega «ogni carattere di potestà umana» y trata de «sottometterla allo Stato», al igual que se hizo con todo los «enti pubblici compresi nell'orbita statale» (C. A. Jemolo, «Diritto della Chiesa e diritti stanieri», *Archivio di Diritto Giuridico* CII (1934) 29. En cambio, por derecho eclesiástico se entendía no sólo al derecho «promanante dello Stato stesso» (L. de Luca, «Il concetto», o. c. 129), o sea, «quella parte delle disposizioni emanate dall'autorità ecclesiastica che sono ancora in vigore» (*ibid.*).

Las publicaciones más importantes inspiradas en estas ideas son las siguientes: G. Madia, *Della polizia ecclesiastica del regno d'Italia* (Napoli 1871); G. M. Grassi, *Manuale di legislazione e giurisprudenza italiana in ordine al diritto pubblico ecclesiastico* (Firenze 1879); G. Castelleri, *Il diritto ecclesiastico nel suo svolgimento storico e nella sua condizione attuale in Italia* (Torino 1888); F. Ruffini, «Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico», *Rivista italiana della scienza giuridica* XIII (1892); F. Scaduto, *Il concetto moderno del diritto ecclesiastico* (Palermo 1885); C. Manenti, *Concetto ed importanza dello studio del diritto ecclesiastico* (Macerata 1892); C. Calisse, «Il rinnovamento del diritto ecclesiastico in Italia», *Studi senese* X (1893); C. Olmo, *Del rinnovato diritto ecclesiastico italiano. Memoria letta nel civile Ateneo di Brescia il 21 de giugno di 1903* (Brescia 1903); D. Schiappoli, «L'indirizzo odierno del diritto ecclesiastico», *Filangeri* (1896).

Con la firma del Concordato y más tarde con la promulgación de la Constitución, la Iglesia católica ve reconocida su personalidad internacional y su ordenamiento jurídico como ordenamiento primario u originario. De esta forma se le reconoce una competencia exclusiva en el orden religioso sobre los ciudadanos italianos mayoritariamente católicos.

El derecho eclesiástico es concebido como un sistema de relaciones jurídicas internacionales o entre ordenamientos primarios: el del Estado y de la Iglesia católica, ya que ambas sociedades, cada una «nel suo proprio ordine»<sup>15</sup>, son independientes y soberanas. En consecuencia, la Iglesia trata al Estado de igual a igual, ya que ella es la única instancia competente en las *res spirituales* y en las *res temporales sub respectu spiritualium*. De esta forma se abría el camino a que las mutuas relaciones se hicieran «non come se fossero attinenti a rapporti sorti in Italia, interessanti il patrimonio giuridico di cittadini italiani, da inquadrare, per ciò, finchè possibile, alla luce dei principi vigenti nell'ordinamento statale, bensì come rapporti sorti di un ordinamento esterno ed estraneo, tanto da quanto può esserlo la Francia o la Gran Bretagna»<sup>16</sup>.

Aceptadas estas premisas por los especialistas, el estudio del derecho eclesiástico italiano se redujo al problema de las relaciones entre ambos ordenamientos, estatal y canónico, como si fuera una especie del más amplio género de las relaciones propias de sujetos de derecho internacional. *Servatis servandis* la ciencia eclesiasticista construye un sistema jurídico recurriendo a los grandes principios del derecho internacional. Todo ello, como indica L. de Luca<sup>17</sup>, analizado desde un punto de vista «strettamente formale». En palabras similares se expresa E. Vitali<sup>18</sup>, al decir que «le dottrine formaliste» reducen el derecho eclesiástico «ad una vera species dei rapporti fra Stati». Así se expresan la mayoría de autores<sup>19</sup>. En cualquier caso, no obstante las críticas que más tarde se harán a este método, no hay duda de que, como veremos, fue muy bien visto y masivamente utilizado por los eclesiasticistas

15 Art. 7.1 de la Constitución italiana (Vide Apéndice).

16 F. Finocchiaro, «Antiche e recenti prospettive di studio del diritto ecclesiastico», *DE I* (1960) 32.

17 Diritto ecclesiastico e sentimento religioso, Raccolta di scritti in onore di A. G. Jemolo, *Diritto canonico-Diritto Ecclesiastico* (Milano 1963) 395.

18 *Legislatio libertatis* e prospettive sociologiche nella recente dottrina ecclesiastica, *DE I* (1980) 30.

19 L. Spinelli, *Diritto Ecclesiastico* (Torino 1986) 16-18; S. Ferrari, «Ideología e dogmática», *o. c.* 3; L. de Luca, «Il diritto ecclesiastico e l'opinione pubblica (prolusione al corso di diritto ecclesiastico letta nel aula magna dell'Università di Catania il 28 novembre 1953)», *Ann. Catania* (1951-53) 88; Idem, «Diritto ecclesiastico e sentimento religioso», *Studi in onore di Jemolo I*, t. I (Milano 1963) 411; A. Checchini, «L'ordinamento canonico nel diritto italiano», *Archiv. di Diritto Eccl.* (1940); O. Giacchi, «L'ordinamento della Chiesa nel diritto italiano attuale», *Chiesa e Stato II* (1939) 345; V. del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico* (Napoli 1961); F. Finocchiaro, «Antiche e recenti», *o. c.* 251; E. G. Vitali, *Legislatio libertatis* e prospettive sociologiche nella recente dottrina ecclesiastica, *DE I* (1960) 33.

hasta muy entrada la década de los setenta. Es más, la misma Jurisprudencia constitucional la usó también con gran generosidad. No es de extrañar tampoco que, por parte de la Iglesia, fuera generalmente aceptada, por las razones que hemos dicho más arriba y las que diremos seguidamente.

## 1. CAUSAS QUE DIERON LUGAR A SU ACEPTACIÓN

### a) *Los Pactos lateranenses (Tratado y Concordato) de 1929*

No hay duda, como escribe L. de Luca<sup>20</sup>, que la firma de Pactos lateranenses favoreció «la configurazione del diritto ecclesiastico come disciplina tra due forze, tra due centri di potere, lo Stato e la Chiesa».

En efecto, con la firma de los Pactos, el Papa, acompañado de su Secretario, aparecía como Jefe de Estado y siendo considerado como tal por el Jefe de Estado italiano. Iglesia y Estado se presentan como sujetos de derecho internacional que, por libre voluntad de ambos, deciden que normas de un ordenamiento extraño tengan eficacia en el ordenamiento del otro. La misma existencia y el reconocimiento oficial del Estado de la Ciudad del Vaticano y de la personalidad internacional de la Santa Sede dejaron una fuerte impronta de su soberanía en su campo. No hay duda que de los Pactos firmados pudo deducirse que las antiguas relaciones políticas se habían convertido en relaciones entre dos ordenamientos jurídicos o «fra stati sovrani».

Es indudable que dichos Pactos tuvieron una función fundante y legitimadora de la técnica a emplear, así como la de servir de criterio-guía normativo e interpretativo. No fue menos importante la función ideológica por la que se fortalecía la legitimidad de todo el sistema<sup>21</sup>.

### b) *Amplia aceptación del formalismo jurídico*

Como acertadamente escribe L. de Luca, en el período entreguerras, dada la situación política italiana, y también alemana, resultaba imposible la elaboración de un derecho eclesiástico «in chiavi di diritti di libertà»<sup>22</sup>. El Estado fascista, como es sabido, negaba las libertades de los ciudadanos: su concepción totalitaria de la política se lo impedía. Por otra parte, no hay

20 Diritto ecclesiastico, *o. c.* 125.

21 A. Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico* (Milano 1986) 70. Vide también, entre otros, a L. Spinelli, «Diritto ecclesiastico», *o. c.* 17; L. de Luca, *Diritto ecclesiastico e la società degli anni 80* (Roma 1983) 1; M. Fiore, «Preliminari per la cognizione», *o. c.* 635, donde afirma que la impostazione internacionalista «veniva a soddisfare del tutto la tradizionale e costante richiesta della Chiesa di vedere considerato come primario il proprio ordinamento»; S. Ferrari, «Ideologia e dogmatica», *o. c.* 3.

22 Diritto ecclesiastico e società, *o. c.* 2.

que olvidar que la teoría pura del derecho se había impuesto en todas partes, con la pretensión de elaborar un derecho puro, libre de contagios políticos, ideológicos o históricos. En este sentido, el jurista debía centrar su atención en la mera legalidad sin dejarse influenciar por otros elementos extraños. Era la única forma de construir un sistema jurídico sin mezclas ni mixtificaciones perturbadoras de la juridicidad pura.

Por otra parte, no debemos olvidar que un amplio sector de la ciencia jurídica alemana y francesa, inspirada en las diversas tendencias psicológicas (Bierling), organicistas (Gierke) o institucional (Hauriou) ha dado lugar, como sostiene Saraceni<sup>23</sup> a «una validissima base di teoria generale» que ha llevado a tomar conciencia de la existencia de un ordenamiento canónico «che non è prodotto, nè dipende dallo Stato» y con el que el Estado «può istaurare relazione qualificabili come rapporti tra ordinamenti primari (di diritto esterno)»<sup>24</sup>. Es más, la Iglesia puede presentarse como una «struttura» y como una «organizzazione» que tiene fuentes jurídicas propias, sanciones específicas y una presencia masiva en la sociedad italiana<sup>25</sup>.

En la configuración de esta teoría organicista e institucionalista ocupa un lugar muy destacado Santi Romano<sup>26</sup>, cuyo magisterio ha sido decisivo entre los juristas italianos, especialmente entre los eclesiasticistas. Realmente su teoría de los ordenamientos jurídicos ha sido fértil y ha resultado graves problemas en el campo del derecho internacional y también en el eclesiasticista.

Según este ilustre maestro derecho y sociedad están intrínsecamente unidos. Ambos se necesitan. Para él existen tantos ordenamientos como instituciones (sociedades). Existe, pues, una gran pluralidad de ordenamientos de distinta naturaleza y rango. Para S. Romano, tanto la Iglesia como el Estado son verdaderas instituciones. Al ser sociedades autónomas, se da en ellas ordenamientos autónomos originarios. Por tanto no existe un ordenamiento único, sino varios, o sea, existe «quello della Chiesa..., e quello dei singoli Stati»<sup>27</sup>. El hecho de que la primera desconozca a los segundos o que éstos, o parte de ellos, ignoren la existencia de la primera, no por ello pierden su carácter originario, su personalidad y su primariedad jurídica. No dejan de ser verdaderos ordenamientos.

Ahora bien, Romano sostiene que, desde el punto de vista jurídico, es preciso que tanto el ordenamiento estatal como el de la Iglesia sean considerados «in sè e per sè e quando se ne considera uno, dell'altro bisogna tener

23 *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico* (Napoli 1975) 34-35.

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Pisa 1923) 9.

27 *Ibid.*

conto solo e quando il primi vi si richiama pei suoi stessi fini e nel senso in cui vi si richiama, che può essere diversissimo»<sup>28</sup>. Así, pues, cada ordenamiento actúa por su cuenta en la consecución de sus fines, en su propio ámbito «e con quella forza che gli è consentito dalla sua organizzazione dai suoi caratteri intrinseci»<sup>29</sup>. A pesar de su soberanía o independencia, Estado e Iglesia pueden rechazarse o aceptarse. En virtud de su autonomía, que la Iglesia tiene por sí misma y sin ninguna intervención del Estado, la Iglesia puede ejercer su autoridad sobre sus fieles y sobre los entes por ella constituidos y sobre todos los demás con los que se relaciona «compreso lo Stato»<sup>30</sup>.

Para lograr esta mutua interferencia y correlación, S. Romano propugna la figura del reenvío y la del presupuesto, que utilizan los internacionalistas. Debe quedar claro, por otra parte, que la coordinación de ambos ordenamientos, depende de su «spontanea determinazione»<sup>31</sup>.

Realmente, como es generalmente admitido, el trasvase o aplicación de los esquemas conceptuales elaborados por la doctrina internacionalista fue decisivo y de profundas resonancias en las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado italiano. Todo se convirtió en cuestión internacional entre ambas entidades<sup>32</sup>. Lo realmente sorprendente es que se llegara a esta concepción no por motivaciones políticas o históricas, sino por razones de carácter jurídico<sup>33</sup>. Ello permitió resolver los problemas más delicados, como el reconocimiento y supresión de los entes eclesiásticos, la posición de la Iglesia en el Estado y otros.

### c) *La Constitución italiana de 1947*

La Constitución italiana, en sus artículos 7 y 8, vino a confirmar la dualidad de ordenamientos primarios. Concretamente en el primer párrafo del art. 7 se establece que «Lo Stato e la Chiesa sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani». La expresión «nel proprio ordine» se enten-

28 *Teoría del derecho eclesiástico civil* (Padova 1965).

29 *Ibid.* cf. L. de Luca, Voz «Diritto eclesiastico», *Enciclopedia del diritto italiano* XII (Milano 1984) 980, nota 33.

30 *Lezioni di diritto eclesiastico* (Milano 1963) 1.

31 *Ibid.*

32 Finnocchiaro sostiene que «affermare la proposizione Chiesa cattolica = ordinamento giuridico ordinario, e da questa proposizione derivare quella: rapporti tra lo Stato e gli altri Stati, aveva una consanguineità. Forniva, infatti, la giustificazione formale affinché tutti i problemi relativi alla convivenza delle due organizzazioni sociali, la civile e la religiosa, in seno al medesimo gruppo sociale, stanziato sulla penisola italiana e su appendici, fossero suscettibili di diventare altrettante questioni di Stato» (*Antiche e recenti*, o. c. 250).

33 F. Finnocchiaro, «Santi Romano e il diritto eclesiastico», *DE I* (1975) 179. S. Romano, *Lezioni di diritto eclesiastico* (Pisa 1912) 50.

dió como sinónimo de ordenamiento jurídico. Esta fue, al parecer, la mente del legislador<sup>34</sup>.

Por su parte la doctrina ha dado diversas interpretaciones a la norma constitucional<sup>35</sup>. Pero es innegable que, como escribe L. Spinelli<sup>36</sup>, el alcance de dicho artículo consiste en el reconocimiento constitucional de la Iglesia «nella sua unità quale portatrice di un ordinamento primario avente un ambito di propria autonomia sia pure entro i limiti riconosciuti dall'«Stato»». Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal de Casación y de la misma Corte Constitucional así lo han entendido en numerosas sentencias al considerar a la Iglesia y su ordenamiento jurídico como ordenamiento primario<sup>37</sup>.

34 G. Dossetti (Res. A.C. 2319 ss.) en su intervención en la Asamblea constituyente, sintetizaba así el sentido de estas palabras:

«Concludendo... possiamo dire: da un lato, se qui parliamo di 'indipendenza e sovranità della Chiesa cattolica', ne parliamo nel senso proprio e tecnico di autonomia primaria; d'altro lato se noi... di questa sovranità e autonomia parliamo solo per la Chiesa cattolica e non per le altre chiese, ciò non è perché neghiamo che qualsiasi altra chiesa possa conseguire quella indipendenza e autonomia; ma è invece per un inoppugnabile dato storico, cioè per il fatto che sinora solo la Chiesa cattolica, per la universalità della sua diffusione, per la indipendenza effettiva di qualsiasi Stato, per la completezza dei suoi organi (legislativi, amministrativi e giudiziari) e per la ininterrotta consolidazione storica del suo ordinamento, si presenta come ordinamento originario. Certo... anche gli ebrei hanno un loro ordinamento..., ma come giurista non posso dire che oggi, di fronte al diritto e alla coscienza giuridica universale, l'ordinamento storicamente originario degli ebrei sia originario anche in senso tecnico, si ponga cioè con tutta l'esteriorità, la completezza, l'autosufficienza di mezzi e di organizzazione, la consolidazione di una sfera di vigore (nel riconoscimento dello Stato e delle nazioni) propria degli ordinamenti giuridici ordinari e sovrani.

In quanto alle altre chiese, specie a quelle scaturite dalla Riforma, o non sono ordinamenti giuridici originari o addirittura non sono ordinamenti giuridici... Non possiamo dimenticare come tutte le chiese che si riconducono allo spirito della Riforma si negano, e vantano di negarsi, come ordinamenti giuridici» (Citado por G. Saraceni, «Introduzione allo studio», o. c. 82-83).

35 Cf. V. del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico* (Milano 1949) 88-95; P. A. D'Avack, «I rapporti tra Stato e Chiesa nella Costituzione repubblicana italiana, AA.VV., *Commentario sistematico alla Costituzione, diretto de P. Calamandrei e A. Levi* (Firenze 1950) 100 ss.; G. Ferroglio, *I rapporti tra Stato e Chiesa nella Costituzione repubblicana* (Milano 1950) 35 ss.; P. Gismondi, «I principi di politica ecclesiastica nella vigente Costituzione italiana e le norme relative, AA.VV., *La legislazione ecclesiastica. Atti del Convegno celebrativo de 1 centenario delle leggi amministrative di unificazione* (Vicenza 1967) 5-49 ss.; F. Onida, «Considerazioni preliminari sulla distinzione degli ordinamenti spirituale e temporale e sui riflessi nell'ordinamento canonico del sistema di relazione tra Chiesa e Stato, *Studi Urbaniani* (1978-79) 1032 ss.; P. Rescigno, «Formazioni sociali e terzi», *Quaderni di pluralismo* (1983) 1 ss.; Abundante bibliografía sobre el particular puede verse en S. Lariccia, «Diritto ecclesiastico», o. c. 483-91, así como en L. Spinelli, «Diritto ecclesiastico», o. c. 192, nota 1.

36 «Diritto ecclesiastico», o. c. 194-95.

37 Cf. L. Governatori Renzoni, «Gli articoli 7 e 8 della costituzione nella valutazioni della Giurisprudenza (1948-1972), AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico. Atti del convegno nazionale del diritto ecclesiastico* (Siena 1972) (Milano 1973) 388-412; A. Albisetti, «La Corte costituzionale e i problemi del diritto ecclesiastico: formalismo giuridico e attuazione della Costituzione, AA.VV., *Studi in onore de P. A. D'Avack, o. c. 7*; Idem, *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico* (Milano 1983). F. Finnochiario, «Antiche e recenti, o. c. 237: véanse especialmente las páginas 24-42, en notas 24-26 y 27-29, donde el autor recoge numerosas sentencias de diversos tribunales en los que se

Hay que señalar, sin embargo, que la propia Constitución, como veremos, dará lugar a una reinterpretación de este método. Cosa que se hará a partir de los artículos 2, 3 y 19, en los que se recogen los grandes principios constitucionales sobre la libertad y la igualdad. Hecho que no tendrá lugar antes de la década de los setenta. Por lo que durante unos lustros la Constitución sirvió de trasfondo en la interpretación formalista e internacionalista de las relaciones entre Iglesia y Estado. Y de hecho para muchos eclesiásticos vino a reforzar el enfoque internacionalista.

## 2. VENTAJAS

a) En primer lugar hay que destacar la *libertas ecclesiae catholicae*. Frente a un Estado totalitario, la Iglesia logró ser considerada como una Institución de derecho externo (internacional). Podría tratar, en la medida de lo posible, con cierta igualdad con el Estado fascista. Al ser sujeto de derecho internacional, la Iglesia logró poner «fuori dei limiti dello Stato il fondamento di quei problemi» (los religiosos), y «dava alla libertà della Chiesa, proprio dal punto de vista esterno, una garanzia alla quale altrimenti non avrebbe potuto aspirare»<sup>38</sup>. Lo mismo sostiene D'Avack al decir que la Iglesia logró conservar «quella residua area di libertà» gracias a la normativa concordataria<sup>39</sup>.

Es innegable, por otra parte, que esta solución era muy valorada por la Iglesia, ya que enlaza con su tradicional postura de independencia frente al poder político. Por ella ha luchado la Iglesia durante siglos y siglos. Esta era la tesis del *Ius Publicum Ecclesiasticum*<sup>40</sup> y del magisterio pontificio más reciente<sup>41</sup>.

observa dicha *impostazione* formalista e interordinamental. Cf. también la obra de A. Talamanca, Decisioni e orientamenti interpretativi della Corte costituzionale in materia ecclesiastica, AA.VV., *La legislazione ecclesiastica a cura di P. A. D'Avack* 2 (Milano 1967) 573-599. S. Domianello, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronuncie della Corte costituzionale in materia religiosa* (Milano 1987): en esta obra no sólo se recogen todas las sentencias sobre la cuestión que nos ocupa, sino también se cita, tras cada sentencia, los estudios más interesantes en los que se comentan dichas sentencias.

38 E. Vitali, «Legislatio libertatis», o. c. 30; F. Finnocchiaro, «Antiche e recenti», o. c. 24.

39 «il diritto ecclesiastico e le sue prospettive», o. c. 3 («Assicurata così la *libertas Ecclesiae*»).

40 Lo Grasso, *Ecclesia et Status*. De mutuis officiis et iuribus fontes selecti (Romae 1939); M. Liberatore, *La Chiesa e lo Stato cristiano* (Napoli 1871); A. Ottaviani, *Institutiones Iuris Publici ecclesiastici* (Romae 1935-36); A. Molina Meliá, *Iglesia y Estado en el Siglo de Oro español. El pensamiento de F. Suárez* (Valencia 1977).

41 Vide las encíclicas de León XIII: *In mortale Dei* de 1 de noviembre de 1885 y *Libertas praestantissimum* de 20 de junio de 1888, así como la encíclica *Summi Pontificatus* de Pío XII (1939).

b) No menos importante fue el reconocimiento de la Santa Sede, órgano supremo de la Iglesia, como sujeto de derecho internacional y de la plena soberanía de la Iglesia sobre el Estado de la Ciudad del Vaticano, que constituían el núcleo de la famosa «questione romana» que los gobiernos liberales no lograron resolver. El carácter internacional se manifestó incluso en las formalidades empleadas para la estipulación de los tratados internacionales. Todo ello fue muy bien visto por la Iglesia católica. El establecimiento de las relaciones diplomáticas fue un signo expresivo.

c) El empleo de esta metodología, o «impostazione formale» de las relaciones Iglesia y Estado, permitió resolver los más «scottanti problemi» de la disciplina del derecho eclesiástico, por cuanto hizo posible la adopción de fórmulas y construcciones jurídicas que, por una parte, respetaron algunos de los principios defendidos por la Iglesia, como hemos dicho antes, y, por la otra, legitimó el uso de los resultados de la «scienza giuridica contemporanea»<sup>42</sup>. Concretamente el recurso al *collegamento* entre el ordenamiento canónico y civil fue muy fecundo.

Ello permitió, no sólo reafirmar el carácter originario del ordenamiento canónico, sino lograr la siempre discutida autonomía científica eclesiasticista. Gracias a dicho formalismo se pudo aceptar la «specialità del diritto ecclesiastico», afirmar la «completezza» del sistema eclesiasticista, hasta el punto de elaborar un conjunto de principios generales específicos que permitieron llenar las eventuales lagunas jurídicas. Es decir, la integridad del sistema se pudo salvar, así como la juridicidad del derecho canónico, puesta en duda por no pocos juristas de la época.

La relación entre ambos ordenamientos fue considerado como causa de la especificidad y, por tanto de la autonomía del derecho eclesiástico. El mismo Jemolo, se inclinó por este camino a pesar de los riesgos que com-

<sup>42</sup> F. Finocchiaro, «Antiche e recenti», *o. c.* 239; L. de Luca, «Il diritto ecclesiastico e l'opinione pubblica», *o. c.* 89 y 95. L. de Luca, *Rilevanza dell'ordinamento canonico nel diritto italiano* (Padova 1943).

Es interesante señalar que entre Jemolo y D'Avack hubo una polémica en torno a la importancia de las diferencias existentes entre presupuesto y reenvió. Para Jemolo (Lezioni di diritto ecclesiastico, *o. c.* 71 ss) la diferencia entre ambos conceptos se debe a un criterio «assai sottili» reconducibile al concepto de reenvío no recepticio o formal. A lo que D'Avack contestaba señalando que en el «rinvio non recettizio o formale se ha pur sempre una vera introduzione nell'ordinamento italiano delle norme canoniche», que son asumidas por el Estado, «accanto alle norme di produzione statale». En cambio, en el caso del presupuesto, las normas presupuestas no entran en el ordenamiento del Estado, «ma soltanto assunte come mere premesse di fatto e puri e semplici precedenti logici delle leggi civili» (La posizione giuridica, *o. c.* 234-35, nota 15). En esta misma línea se manifestó O. Giacchi («La giurisdizione ecclesiastica», *o. c.* 335).

portaba<sup>43</sup>. Así lo hicieron, entre otros muchos, Checchini<sup>44</sup>, De Luca<sup>45</sup>, del Giudice<sup>46</sup>, Petroncelli<sup>47</sup>, D'Avack<sup>48</sup>, Falco<sup>49</sup>.

### 3. INCONVENIENTES

La mayor parte de estas críticas se producen respectivamente a partir de la década de los setenta. Curiosamente algunas de las ventajas o aciertos de dicha *impostazione interordinamentale* han sido duramente criticadas en los últimos lustros, si bien es verdad que algunos autores no renuncian a las mismas.

#### a) *Formalismo y abstractismo*

Una de las mayores acusaciones de los recientes eclesiasticistas italianos al estudio del derecho eclesiástico como sistema de relaciones entre ordenamientos originarios ha sido la de que peca de excesivo formalismo y abstractismo. En opinión de muchos, ese método resolvía las cuestiones jurídicas sin tener en cuenta la realidad social y los derechos fundamentales y aspiraciones de los ciudadanos. En este sentido, por ejemplo S. Lariccia<sup>50</sup> acusa dicho método de «distacco della realtà politica del momento», lo que contribuyó a que se acentuara «l'astrezza e la staticità de la tecnica di ricerca» que puede calificarse de «archeologica». El mismo Spinelli<sup>51</sup> se manifiesta de forma similar al afirmar que dicha «impostazione»... prevalentemente forma-

43 *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano 1954) 21.

44 Fue especialmente A. Checchini quien situó el problema de la relación entre los ordenamientos del Estado y de la Iglesia «su di un piano rigorosamente formale e ispirato ai più moderni criteri internazional-privatistici», como escribe G. Saraceni, «Introduzione allo studio», *o. c.* 38, nota D). A. Checchini, en opinión de P. Bellini, descubre «una affinità fra il problema del diritto ecclesiastico e il problema del diritto internazionale privato (Aldo Checchini e la dogmatica del diritto ecclesiastico italiano, *DE I* [1951] 35). En opinión de Checchini, una vez afirmado que la Iglesia es portadora de un ordenamiento primario, es decir, de un verdadero ordenamiento, hay que aplicarle «gli stessi principi fondamentali che presiedono al collegamento fra gli ordinamenti statuali» (*Introduzione dogmatica al diritto ecclesiastico italiano* (Padova 1937) 5. Idem, «Richiami all'ordinamento canonico e diritto internazionale privato», *Scritti in onore di Costanzo Ferrini* (Publicazioni dell'Università del Sacro Cuore XVIII (Milano 1947).

45 El derecho eclesiástico e l'opinione pubblica, *o. c.* 89 y 95; El mismo De Luca en otro lugar (*Diritto ecclesiastico ed esperienza*, *o. c.* 128) expresa la misma idea al decir que usaba los esquemas internacionalistas como simples «strumenti tecnico» en orden a legitimar la entrada del derecho canónico en el ordenamiento del Estado italiano.

46 *Manuale di diritto canonico*, *o. c.* 129 ss.

47 *Manuale di diritto ecclesiastico* (Napoli 1965) 151 ss.

48 *Trattato di diritto ecclesiastico* (Milano 1978) 84.

49 *Corso di diritto ecclesiastico II* (Padova 1933) 46; Vide también a P. Ciprotti, *Diritto ecclesiastico* (Padova 1964) 29 ss.; P. Gismondi, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano 1065) 66 ss.

50 Presupuestos políticos e sociológicos nello studio del diritto ecclesiastico, AA.VV., *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico* (Napoli 1988) 132.

51 «Diritto ecclesiastico», *o. c.* 17.

listica...», favoreció una creciente indiferencia de la opinión pública por los problemas eclesiasticistas. Albisetti<sup>52</sup>, por su parte, recuerda que el derecho no es un mero producto puro y que la interpretación y aplicación del derecho no son «operazioni di mera logica formale», sino también «di creazione» en la que intervienen diversas técnicas e ideologías. En su opinión, asimilar las relaciones Iglesia-Estado a las relaciones internacionales constituye «una vera e propria fuga della realtà sostanziale»<sup>53</sup>. En fin, ésta es una opinión muy extendida entre los eclesiasticistas<sup>54</sup>.

#### b) *Primacía de lo institucional sobre los derechos individuales*

Al reducir, como decíamos antes, las relaciones entre el derecho y el hecho religioso o simples relaciones entre la Iglesia y el Estado italiano se hizo muy difícil, por no decir imposible, hablar de los derechos de las personas concretas, ya que prevaleció una mentalidad centralista o verticista y autoritaria, que dio lugar a una especie de duelo entre ambas Instituciones tendente a demostrar a la otra parte quién tenía más fuerza y autoridad. En efecto, más que en los derechos y las libertades de los ciudadanos se puso el acento en la *libertas ecclesiae catholicae*, en la independencia del Papa y de la Santa Sede.

S. Ferrari, en su ya famosa obra *Ideologia y dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano*<sup>55</sup>, sintetiza con mucha precisión estas críticas. En este sentido destaca el hecho de que las relaciones entre ambas instituciones tomaron un carácter según el cual todo se reducía a «un conflitto di forze trascendenti», una especie de choque «tra due potenze» en el que los ciudadanos eran «spettatori più che protagonisti». Esto creó en los individuos la ilusión de que su suerte más que de sí mismos dependía de los demás<sup>56</sup>. En su opinión, los derechos individuales, durante la época fascista, se resolvieron a la luz «della posizione giuridica dell'istituzione ecclesiastica a cui il singolo aderiva»<sup>57</sup>. En consecuencia cuanta más libertad lograba la Iglesia, más libertad tenían sus fervientes seguidores, pero no los miembros de las otras confesiones o los no creyentes<sup>58</sup>. No es de extrañar que esta solución haya sido interpretada como un verdadero privilegio en favor de la Iglesia institucional

52 La Corte Costituzionale e i problemi del diritto ecclesiastico: formalismo giuridico e attuazione della Costituzione, AA.VV., *Studi in onore di P. A. D'Aruck* (Milano 1976) 9.

53 *Ibid.*

54 R. Orestano, «Formalismo giuridico», *Enciclopedia italiana* I (1961) 658 ss.; A. E. Cammarata, «Formalismo giuridico», *Enciclopedia del diritto* XVII (1968) 102 ss.; F. Finnochiario, «Antiche e recenti», *o. c.* 241; De Luca, «Il diritto ecclesiastico e l'opinione», *o. c.* 89 y 95.

55 Milano 1979.

56 «Ideologia e dogmatica», *o. c.* 83-84.

57 *Ibid.*, 90.

58 *Ibid.*

no como una auténtica libertad, ya que la actuación de los seglares católicos podía restringirse discrecionalmente por la autoridad administrativa del Estado<sup>59</sup>.

De forma similar se muestra F. Finnocchiaro para quien resulta inaudito que problemas que afectan directamente a los ciudadanos italianos tengan que resolverse fuera del ordenamiento italiano y contando con otro ordenamiento extraño, como si fuera el ordenamiento francés o británico<sup>60</sup>. Opinión que parece un poco exagerada, por cuanto el ordenamiento canónico es externo, aun cuando no se pueda comparar al resto de los ordenamientos jurídicos. De alguna forma también es italiano.

### c) *Pérdida de interés por los resultados del derecho eclesiástico*

Algunos eclesiasticistas atribuyen a dicho formalismo el origen de un cierto desinterés por la ciencia eclesiasticista por cuanto limitó su atención al aspecto relacionado con «i problemi attinenti ai rapporti tra ordinamenti giuridici», en lugar de hacerlo con los problemas relacionados con la defensa de los derechos de los ciudadanos y la tutela del sentimiento religioso de todos<sup>61</sup>. En opinión de L. de Luca, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia lo único que le preocupaba era no perturbar la paz entre Estado e Iglesia<sup>62</sup>. No era de extrañar, pues, que los ciudadanos se sintieran defraudados al observar que, no obstante la existencia de una constitución democrática, vieran desatendidos sus verdaderos intereses. Tenían la «sensazione di non essere altro che una piccola pedina, che può venir sempre sacrificata nell'interesse dei rapporti tra lo Stato ed un ordinamento esterno»<sup>63</sup>. Véase también el pensamiento de A. Ravà<sup>64</sup> y L. Spinelli<sup>65</sup>.

59 *Ibid.*, 24; Cf. F. Margiotta, *Stato e confessioni. Fonti* (Firenze 1976) 5; S. Lariccia, *Stato e Chiesa in Italia* (1948/1980) (Brescia 1981) 5; F. Finnocchiaro («Antiche e recenti», o. c. 242) cuenta que, en cierta ocasión, tuvo lugar un pequeño pleito entre una Curia diocesana y un organismo estatal. Ambas partes se acusaron de comportarse de forma contraria a las normas concordatarias establecidas entre el Estado y la Iglesia, como si se tratara de un conflicto entre el Estado italiano y un embajador acreditado en Italia. Cf. E. Vitali, «Legislatio libertatis», o. c. 31 en donde destaca que este método sólo podía satisfacer a quienes *idem sentiebant cum Ecclesia*. Villone, *Interessi costituzionali protetti e giudizio sulle leggi. Logiche e politiche della Corte Costituzionale* (Milano 1974) 174 ss.; Capograssi, «Incertezze dell'individuo», *Studi in onore di L. Sturzo* (Bologna 1953) 268.

60 «Antiche e recenti», o. c. 242.

61 L. de Luca, «Diritto ecclesiastico, oggi», AA.VV., *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico* (Milano 1982) 482.

62 L. de Luca, «Diritto ecclesiastico e opinione pubblica», o. c. 89.

63 L. de Luca, «Diritto ecclesiastico, oggi», o. c. 83; Idem, «Il diritto ecclesiastico e la società degli anni 80», o. c. 3.

64 Verifica dei problemi residui e dei problemi in tema di libertà religiosa», AA.VV., *Individuo, Gruppi, Confessioni religiose*, o. c. 7-50.

65 «Diritto ecclesiastico», o. c. 17.

Hay unas palabras de S. Ferrari que sintetizan la gravedad del problema. En su opinión «il valore della persona umana sembrava, dopo le strumentalizzazioni subite ad opera di concezioni e pratiche totalitarie, un irrinunciabile punto fermo a cui la scienza giuridica non poteva venir meno se non voleva ricadere in quell'atteggiamento agnostico (o connivente) che aveva oggettivamente favorito una considerazione dell'individuo in termini di «potenza puramente obbedienziale»<sup>66</sup>.

Y con palabras más duras lo dijo anteriormente Jemolo<sup>67</sup> al afirmar que, no obstante la promulgación de la Constitución, «non è mai entrato in vigore l'art. 8...; mai, al meno, in queste materie, l'art. 17...». Estas normas eran desconocidas por el ministerio del interior que seguía aplicando las normas fascistas de 1930 y 1931.

Era inevitable que se abriera paso una nueva interpretación y aplicación de las normas constitucionales. Seguidamente vamos a estudiar las vicisitudes por las que atravesó el nuevo enfoque que dieron a esta cuestión religiosa tanto la doctrina como la misma jurisprudencia constitucional<sup>68</sup>.

### III. RECONOCIMIENTO DE LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES: SEGUNDA ETAPA

Con la entrada en vigor de la Constitución italiana (1948) la ciencia eclesiasticista tenía que sufrir profundos cambios respecto de la anterior legislación fascista. Era obvio que fuera así dado su talante democrático y liberal que hincaba sus raíces en el pluralismo político y social, así como en el reconocimiento de los derechos inviolables del hombre y en los grandes principios de libertad e igualdad de todos los ciudadanos.

66 «Ideologia e dogmatica», o. c. 91.

67 Libertà religiosa, *Il Mondo* 10 (1954) 2.

68 S. Lariccia, Valori costituzionali e il sistema italiano di diritto ecclesiastico, *Diritto e società* (1983) 253; Idem, la politica ecclesiastica nel secondo depoguerra, *Studi in onore di P. A. D'Avack*, o. c. 456; Idem, La libertà religiosa nella società italiana, AA.VV., *Teoria e prassi della libertà religiose* (Bologna 1975) 313- 422. Sobre la situación de las minorías religiosas tanto durante el ventenio fascista como durante la época republicana véase G. Peyrot, «Il problema delle minoranze religiose», AA.VV., *La libertà religiosa in Italia* (Firenze 1956) y el *Memorandum* del 17 de enero de 1955 sobre la libertad religiosa y la condición de los protestantes en Italia, aprobado por el Consiglio generale delle Chiese evangeliche di Italia y enviado al Gobierno y Parlamentos italianos (Roma 1955).

Una buena síntesis de esta cuestión puede verse en G. Catalano (*Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione italiana* (Milano 1968), así como en C. D'Urso, «Sul problema delle antinomie tra la Costituzione e i Patti Lateranensi» *DE I* (1964) 46; Vide también a L. Spinelli, «Diritto ecclesiastico», o. c. 195 ss; S. Lariccia, «La libertà religiosa nella società italiana», AA.VV., *Teoria e prassi delle libertà di religione* (Bologna 1975) 329-60; Idem, «Dirito ecclesiastico», o. c. 95 ss.; P. Floris, «Uguale libertà delle confessioni religiose», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1983) 8 ss.

Incomprensiblemente, al principio, el nuevo talante no se dejó sentir en todos los campos y más concretamente en el derecho de las minorías religiosas y en la libertad de los ciudadanos «di fronte all'eventuale arbitrio dei gruppi» (religiosos)<sup>69</sup>. De hecho en materia eclesiástica se mantuvieron en vigor normas anteriores que se apartaban del espíritu de la nueva constitución. Situación que se fue corrigiendo gradualmente, como veremos. Por otra parte, desde el principio no faltaron voces pidiendo una total adecuación de todo el ordenamiento jurídico con la constitución republicana. Tarea que no fue fácil por cuanto la misma constitución, por ser consensuada entre fuerzas dispares, resultó ser ambigua en estas cuestiones, hasta el punto de que un sector de la doctrina creía que la *Carta magna* recogía un «diritto speciale» que favorecía a la Iglesia católica sobre el resto de las confesiones. Esta ambigüedad era muy visible en el propio articulado de la constitución.

En efecto, un *primer grupo de artículos* (especialmente los nn. 2; 3 y 19) recoge los derechos inviolables del hombre «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», es decir, la igualdad jurídica y la misma dignidad, de todos, así como el derecho de libertad religiosa en la que se incluye el «diritto di professare liberamente la propria fede in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purchè non si tratti di riti contrari al buon costume». Como se desprende de su lectura, en este articulado se reconoce la tutela del derecho subjetivo a la libertad religiosa con un contenido claramente tipificado en el que se detallan amplias facultades de los ciudadanos en materia religiosa. Prácticamente se le reconoce el derecho a autodeterminarse en las opciones de conciencia y en sus manifestaciones siempre que no se atente contra las buenas costumbres. Entre los ciudadanos, como se establece en el art. 3,1, no puede haber discriminación por motivos religiosos. Es decir, el patrimonio jurídico de los ciudadanos no podía aumentar o disminuir según las diferentes creencias religiosas. Es más, el art. 8,1 se señala que todas las confesiones religiosas «sono egualmente libere davanti alla legge». A estos artículos hay que añadir los nn. 13, 18, 20, 21, 23, 33 y otros más.

El *otro grupo*, formado por los artículos 7, 8 y 20, representan la otra parte de la medalla.

69 Lariccia, «Diritto ecclesiastico», o. c. 46. Cf. G. Amato, «Ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale sulle norme concordatarie», *Democrazia e Diritto* (1965) 157 ss.; P. Bellini, «Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordataria», *Giurisprudenza italiana* IV (1971) 86 ss.; P. Gismondi, «I principi di politica ecclesiastica nella vigente Costituzione italiana e le norme relative», AA.VV., *La legislazione ecclesiastica* (Vicenza 1967) 549 ss.; S. Lariccia, «Patti lateranensi e principi costituzionali», *DE I* (1971) 327 ss.

Efectivamente, el artículo 7 establece que el Estado y la Iglesia «sono ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani» y se indica que las relaciones entre ambas sociedades se regularán por medio de los Pactos Lateranenses, firmados, como hechos dicho más arriba, entre el Estado italiano y la Santa Sede en 1929. De lo que se deduce que la propia constitución limita la omnimoda soberanía del Estado y se reconoce un ámbito reservado a la Iglesia, al ser constitucionalizados los susodichos Pactos. En esta línea se interpretó por muchos que las normas pactadas tienen «una efficacia pari a quella delle norme della Costituzione..., esse hanno una efficacia superiore a quella delle leggi»<sup>70</sup>.

Al mismo tiempo el art. 8, tras establecer que la igualdad ante la ley de todas las confesiones religiosas, señala que las confesiones distintas de la católica «hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti», cosa que no se dice respecto de la católica. Es más, las relaciones con estas confesiones acatólicas no se llevarán a cabo por medio de pactos de carácter internacional, sino que su regulación se hará «per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze». Y ciertamente nada se dice respecto de su independencia y soberanía «nel suo ordine» como se hizo en el caso de la católica.

Como el lector habrá podido observar parece que la misma constitución discrimina a las confesiones acatólicas respecto de la católica. No obstante afirmarse que todas son «egualmente libere davanti alla legge» (art. 8, 1) no todas son tratadas de la misma manera, ya que las *intese* nunca tendrán el carácter constitucional, al menos así se veían las cosas al principio. De hecho la doctrina y la misma jurisprudencia<sup>71</sup>, hasta la década de los setenta, han justificado en este artículo el trato de privilegio concedido a la Iglesia católica.

Un amplio sector de la doctrina<sup>72</sup> ha estimado que estos artículos forman un «diritto speciale costituzionale» que, como tal, está por encima del resto de las propias normas constitucionales hasta afirmar que los Pactos Internacionales no está sometidos al control de dichas normas y que el mismo Constituyente así lo ha querido expresamente. De esta forma admitían en la constitución la existencia de una especie de *hortus conclusus*, es decir,

70 M. Petroncelli, *Diritto ecclesiastico* (Napoli 1961) 70. Vide la nota 67 de este trabajo.

71 V. del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico* (Milano 1964); L. Spinelli, «Diritto ecclesiastico», o. c. 191-237; M. Petroncelli, «Manuale», o. c.; P. Ciprotti, *Diritto ecclesiastico* (Padova 1959); P. Gismondi, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano 1961). Cf. las sentencias de la Corte Constitucional nn. 45/1957, 125/1958, 52/1962, 39/1965, 79/1958, 31 y 32/1971, 14/1972, 88/1965, 18/1982. Estas y otras sentencias pueden consultarse en S. Domianello, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronuncie della Corte Costituzionale in materia religiosa (1957-1986)* (Milano 1987).

72 Vide las notas 67 y 68 de este trabajo.

de una legislación constitucional especial favorable a la Iglesia católica, de un «diritto specifico», que justificaba una desigualdad de trato de las confesiones religiosas, que está por encima del resto de las normas constitucionales hasta el punto de que los Pactos lateranenses no están sometidos al control de dichas normas. Así lo quiso el mismo Constituyente.

Como consecuencia, estimaban que el *metodo interordinamentale*, centralista o verticista, era el mejor intérprete de la mente del Constituyente y la mejor manera de resolver los conflictivos problemas de contenido religioso relacionados con el Estado. Como señala G. Catalano esta situación dio lugar a una «quanto mai complessa fisionomia del diritto ecclesiastico»<sup>73</sup>.

### 1. *Cambios en la doctrina del Tribunal Constitucional*

Hemos dicho repetidas veces que, al principio, la doctrina del Tribunal Constitucional aceptaba la interpretación internacionalista de la legislación eclesiástica italiana. Pero, de forma gradual, fue limando asperezas e inclinándose hacia una interpretación sistemática al tener en cuenta no sólo el art. 7 de la constitución sino el conjunto de artículos en los que se contemplaban los derechos y libertades fundamentales. Poco a poco fue declarando inconstitucionales aquellas normas de derivación pacticia que se oponían a los artículos 3, 19 y 21. En un primer momento se advierte una tensión entre los artículos 7 y 8 y el resto de los principios y normas constitucionales. En este sentido el Tribunal Constitucional trató de que no hubieran discriminaciones en el ejercicio del derecho de la libertad religiosa a favor o en contra de algunos ciudadanos, pero manteniendo al mismo tiempo un especial trato de favor respecto de la Iglesia católica por ser religión del Estado o de la mayoría del pueblo italiano. Finalmente estableció que todas las normas pacticias tenían que someterse al control de los grandes principios constitucionales.

En esa línea ya en 1957 declara inconstitucional la necesidad de la previa licencia para promover y dirigir ceremonias religiosas en lugares públicos por parte de un pastor evangélico (Sent. n. 45 de 8 de marzo de 1957)<sup>74</sup>, y lo mismo se lee en otra de 17 de diciembre de 1958. En 1962<sup>75</sup> declaró inconstitucional el art. 5,1 del concordato en el que se prohibía que los sacerdotes apóstatas, o censurados pudieran ser profesores, ocupar cargos o empleos que llevaran consigo contacto con el público. En 1982, tras una doctrina oscilante, se declaró inconstitucional la disolución pontificia *super rato et non consumato* por tratarse de un procedimiento administrativo en el

73 Lezioni, *o. c.* 80.

74 Gazzetta Ufficiale n. 77 del 23 de marzo de 1957: sent. n. 45/1957.

75 Sentencia n. 52 de 5 de junio.

que no hay contradicción, ni juez, ni juicio en el que las partes no pueden actuar ni defenderse. Para el Constitucional este principio constituye «un principio supremo dell'ordinamento costituzionale». Estas son sus palabras: «La costante violazione del supremo principio del diritto alla tutela giurisdizionale, dessunta dai parametri costituzionali..., che vuole siano assicurati a chiunque e per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio, comporta... la dichiarazione della illegittimità costituzionale delle denunciate norme...»<sup>76</sup>.

Quiero señalar de forma especial la sentencia dictada por dicho Tribunal, n. 30, de 24 de febrero de 1971<sup>77</sup>, en la que, por primera vez, de una forma rotunda y tajante sentó una doctrina irreversible, según la cual, no obstante que el art. 7 de la Constitución reconozca a la Iglesia «una posizione reciproca di... indipendenza e sovranità, non può di negare i supremi principi dell'ordinamento costituzionale dello Stato»<sup>78</sup>. A partir de este momento las normas de derivación pacticia deberán someterse a los principios supremos de la constitución. De esta forma gradualmente el derecho canónico dejará de ser una especie de *hortus conclusus* como quería gran parte de la doctrina tras la promulgación de la Carta Magna.

La importancia de esta doctrina constitucional obligó a las Altas partes —Iglesia y Estado— a estipular un nuevo Concordato que estuviera más en consonancia con la Constitución y con las nuevas enseñanzas del Concilio Vaticano II. Cosa que ocurrió, como es sabido, en 1984. A partir de este momento se impone un nuevo enfoque a la construcción de la ciencia eclesialística que, parte de la doctrina italiana, ha llamado la *legislatio libertatis*, que no quiere decir, como se ha pretendido por algunos de entre nosotros, que el objeto de la ciencia eclesialística sea el derecho de libertad religiosa, sino que la legislación eclesialística debe elaborarse y aplicarse desde una perspectiva constitucional, o sea, desde los principios supremos de la Carta Magna, entre los cuales, obviamente, se hallan los derechos fundamentales y las libertades públicas, especialmente el derecho de libertad religiosa. Esta es la nueva clave de lectura del ordenamiento jurídico italiano tanto en la materia eclesialística como en el resto de las disciplinas jurídicas. Ninguna puede escapar a esta clave de lectura. Ello no quiere decir que los pactos pierden su importancia, sino que han sido «ridimensionati».

76 S. Domianello, «Giurisprudenza», o. c. 426.

77 Gazzeta Ufficiale n. 62 de 10.3.71; S. Domianello, «Giurisprudenza», o. c. 334-337.

78 S. Domianello, «Giurisprudenza», o. c. 337. Cf. S. Lariccia, «Valor costituzionali e sistema italiano di diritto eclesialistico», o. c. 47; A. Albisetti, «La giurisprudenza costituzionale e diritto eclesialistico» (Milano 1983); AA.VV., *Dalle decisioni della Corte Costituzionale alla revisione del concordato. Atti della Tavola Rotonda* (Trieste 23 de marzo de 1983) (Milano 1986).

## 2. *Elaboración doctrinal posconstitucional*

Como ya he dicho anteriormente, un amplio sector de la doctrina siguió con el enfoque internacionalista, si bien poco a poco, y ya en la década de los cincuenta, aparecieron nuevas voces que lo consideraban inviable. Es más, algunos de sus defensores aceptaron el nuevo enfoque, como seguidamente veremos.

En este cambio tuvieron no poca importancia F. Ruffini y L. Scavo Lombardo, quienes, ya antes de la promulgación de la Carta magna, mostraron graves reticencias frente a dicho método y propusieron una nueva clave de lectura del ordenamiento jurídico basada en la libertad y en general en los derechos de la persona.

En su *Corso di diritto ecclesiastico*<sup>79</sup>, Ruffini sostenía que las relaciones entre ambas potestades, Iglesia y Estado, debían contemplarse «non tanto dal punto de vista dei rapporti fra coteste due entità, di per sè e quasi astrattamente considerate, quanto da quello del diritto del cittadino ad un assetto di tali rapporti» y que al mismo tiempo respetara y garantizar «innanzi tutto, la sua libertà di fede»<sup>80</sup>. Es verdad que, como señala S. Ferrari<sup>81</sup>, que el programa ruffiniano, centrado en el binomio Estado-individuo parecía inadecuado en 1924, ya que era excesivamente individualista y no tenía en cuenta en su esquema «la materia relativa agli enti ecclesiastici», es decir, al aspecto colectivo o comunitario de las confesiones, especialmente la católica. Pero es innegable su influencia en la *nuova impostazione* posconstitucional de la ciencia eclesiasticista.

Por su parte, Lombardo<sup>82</sup> sugiere «riguardare l'intera materia non tanto dal punto di vista delle relazioni fra Stato e Chiesa, ma saggiare le concezioni teoriche alla stregua della garanzia della libertà del individuo». Coincide, pues, con Ruffini.

<sup>79</sup> Torino 1924.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. X. Creo interesante señalar que este ilustre maestro distingue claramente entre «quello che è vera libertà religiosa (libertà di coscienza e libertà di culto) da quello che è semplice posizione o configurazione giuridica delle varie chiese» (Corso, o. c. 422). Basándose en este principio Ruffini concluía diciendo que es inviable la pretensión de quienes sostienen que la diferencia de tratamiento entre la Iglesia católica y las otras confesiones «significhi una misura diversa di trattamento» (*ibid.* 429). En su opinión, una vez reconocida para todos los individuos la libertad religiosa y para las confesiones la libertad de culto, se puede aceptar un régimen jurídico distinto para las diversas confesiones en virtud de la «dissomiglianza così mostruosa di condizioni concrete» existentes entre la Iglesia católica y las demás confesiones. Ruffini cree que esta diferencia de trato viene exigida por la verdadera justicia, es decir, por la justicia «relativa, concreta, giuridica, poiché... il vero principio di parità non suona: a ciascuno lo stesso, ma a ciascuno il suo» (*ibid.* 423-24).

<sup>81</sup> «Ideologia», o. c. 94.

<sup>82</sup> Sulla condizionabilità della trascrizione civile del matrimonio canonico alla volontà delle parti. *Foro italiano* XXX (1947) 251.

Como escribía F. Finnocchiaro<sup>83</sup>, en 1960, el método propuesto por Scavo Lombardo «... trova la possibilità di applicazione tutte le volte nelle quale, ad esempio, riconoscendo effetti civili a determinati atti delle confessioni religiose, il singolo verrebbe a subire una menomazione della propria libertà»<sup>84</sup>. Por ello este autor cree que esta nueva posición metodológica (al reconocer los derechos individuales) «offriva una base salda...» y hacía posible la emancipación «di buona parte dello studio del diritto ecclesiastico dagli schemi internazionalistici», pudiendo resolver así «una larga serie di problemi del diritto ecclesiastico...»<sup>85</sup>.

Asumidas las anteriores consideraciones y razones antes comentadas los acontecimientos se precipitan. Los eclesiasticistas se empiezan a preocupar, es decir, a enfocar sus estudios con miras a garantizar el derecho de libertad religiosa de todos los ciudadanos prescindiendo de su contenido. A partir de ahora ya no se hablará tanto de la *libertas Ecclesiae*, cuanto de la *libertas ecclesiarum* para finalmente centrarse en la *libertas conscientiae*, que incluye no sólo el derecho a ser religioso, sino el derecho a ser libre en cualquier decisión tomada por la conciencia, siempre, naturalmente, que no atente contra el orden público (*il buon costume*).

#### a) *Protección del sentimiento religioso (libertas ecclesiarum)*

Dos son los nombres que merecen particularmente ser citados como forjadores de esta nueva *impostazione* constitucionalista: De Luca y Gismondi. Ambos ponen el acento, o el punto de partida, en la protección del *sentimiento religioso* de todos los creyentes, destacando no sólo la perspectiva individual, sino también lo social. Es más, no sólo les interesa el artículo 19 de la constitución en el que se contempla el derecho específico de la libertad religiosa, sino también, y especialmente, en el artículo 2 en el que se establece que la República «riconoscere e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». De esta forma, la persona humana, y no las confesiones, se convierte en el centro del derecho eclesiástico. Con razón S. Ferrari califica este enfoque como «un manifesto programatico originale e al tempo stesso aderente alle esigenze ed aspirazioni di buona parte degli ecclesiasticisti»<sup>86</sup>. Por su parte, M. Fiore no tiene inconveniente considerarlo como «il maggior sforzo innovativo»<sup>87</sup>. Realmente este enfoque era una bocanada de aire fresco en la elaboración de la ciencia jurídica-eclesiástica.

83 «Antiche e recenti», *o. c.* 253. Cf. S. Ferrari, «Ideología», *o. c.* 95, nota 47.

84 *Antiche e recenti*, 253.

85 *Ibid.* 254. Confr. la nota 77 de este trabajo.

86 «Ideología», *o. c.* 96.

87 «Preliminari», *o. c.* 632.

En efecto, L. de Luca publicó varios trabajos sobre el particular, uno de ellos pocos años después de la promulgación de la constitución<sup>88</sup>. En el primero sostenía que los problemas del derecho eclesiástico debían ser «studiati e valutati soprattutto sotto il profilo delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini», señalando que debían respetarse plenamente «i diritti di libertà»<sup>89</sup>, y que dicha libertad no debía reconocerse negativamente como simple remoción de obstáculos, sino de modo positivo «riconscendo i mezzi di tutela necessaria per la sua salvaguardia»<sup>90</sup>.

Este mismo clima se respira en su famosa proclama pisana (1957) en la que insistió en que el derecho eclesiástico consistía en la tutela del «sentimiento religioso dei cittadini» y que el Estado debía satisfacer «il loro bisogno religioso». Es más, las relaciones entre Iglesia y Estado sólo tenía un valor de medio y no de fin<sup>91</sup>.

De acuerdo con este criterio, De Luca pone como fundamento del derecho eclesiástico el art. 2 de la constitución al que nos hemos referido antes. De esta forma entiende que hay que desembarazarse del método anterior que había «disindividualizzato» el derecho eclesiástico reduciendo la persona humana a «un ravvolto da ordinamenti giuridici che hanno la costante tendenza a togliere valore alla sua volontà, alla sua autonomia, a sottoporlo a schemi e a discipline in cui egli è come un elemento di formazioni e di interessi che lo trascendono»<sup>92</sup>.

Este criterio no sólo vale en el momento de legislar o de interpretar la legislación, sino también en el momento de su aplicación. Partiendo de este principio, se hace posible, por otra parte, que la doctrina puede controlar si se respetan o no estos valores humanísticos. Con razón escribe que no hay otra disciplina como la eclesiástica más sensible para verificar el grado de interés e intensidad con que los órganos del Estado respetan dicho sentimiento religioso<sup>93</sup>. Para ello hay que asumir «a cardine i principi costituzionali». Este enfoque metodológico, en su opinión, puede resultar muy fecundo. Ello no quiere decir que haya que abandonar toda la doctrina anterior basada en una perspectiva interordinamental. En su opinión, ésta debe ser

88 «Il diritto ecclesiastico e l'opinione pubblica», *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania* (1951-53) 87-105; «Il diritto ecclesiastico e sentimento religioso», *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, I. *Diritto canonico e diritto ecclesiastico*, tomo I (Milano 1963) 173 ss.; «Il diritto ecclesiastico, oggi», *DE I* (1981); *Il diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica* (Milano 1973).

89 L. de Luca, *Il diritto ecclesiastico e l'opinione», o. c. 97.*

90 Idem, «Il diritto ecclesiastico, oggi», *o. c. 483.*

91 Idem, «Diritto eccles. e sentimento», *o. c. 411.*

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*

constitucionalista, pero sin olvidar el Concordato o las relaciones entre ambos ordenamientos<sup>94</sup>.

De la libertad del hombre y su carácter social se deduce el aspecto comunitario del sentimiento religioso que el Estado debe garantizar. El mismo pluralismo religioso no puede introducirse «nei termini formalistici di rapporti tra ordinamenti, intesi quale complessi di norme»<sup>95</sup>. Estima además De Luca que esta *impostazione* ofrece la posibilidad de mantener «l'intrinseca unità della nostra disciplina che altrimenti rischi di apparire come un complesso farraginoso di principi ed istituti appartenenti alle più diverse branche del diritto pubblico (internazionale, costituzionale, amministrativo, penale...) o privato»<sup>96</sup>. En su opinión, desde esta perspectiva el eclesiasticista podría denunciar, antes que nadie, «il fenomeno di sganciamento della c. d. volontà dello Stato dal principio di libertà»<sup>97</sup>.

Por su parte, P. Gismondi se mueve en la misma línea de pensamiento. En consecuencia, pone la libertad religiosa como «cardine del diritto ecclesiastico»<sup>98</sup>, pero al mismo tiempo sostiene que el factor religioso ha sido privilegiado por la Constitución. En su opinión, «non è chi non veda come la Costituzione italiana —a differenza delle costituzioni liberali dell'ottocento— manifesti un particolare interessamento per alcuni determinati fenomeni sociali, come il lavoro ed il sentimento religioso»<sup>99</sup>. Este interés presenta, a su parecer, un doble perfil. Por una parte, reconoce a la Iglesia católica una especial posición y, a su manera, también a las mismas confesiones

94 *Ibid.* 412-13.

95 *Ibid.* 416-17.

96 *Diritto eccles. ed esperienza, o. c.* 155.

97 *Ibid.* Por su parte S. Ferrari (*Ideologia*, 97) refiriéndose al pensamiento de L. de Luca afirma que «la forza di questo programma sta nella capacità di comporre gli elementi individualistici di origine ruffiniana, gli spunti pluralistici ed istituzionalistici elaborati da giuristi di ispirazione cattolica e le osservazioni di P. Gismondi e di altri ecclesiastici sull'particolare interesse per il fenomeno religioso ravvisabile nella Corte Costituzionale: infatti di tutela nella libertà (come avevano fatto Ruffini e Scavo Lombardo), ma del sentimento religioso dell'individuo, scrive De Luca, allineando implicitamente la propria ipotesi ricostruttiva alle conclusioni di quanto avevano rilevato, nell'interpretazione dell'ordinamento positivo, una manifesta preferenza del legislatore per gli interessi religiosi». M. Fiore («Preliminari», *o. c.* 638-9) critica la opinión de De Luca por cuanto le lleva a propugnar la legitimidad de un desigual trato de la Iglesia católica respecto de las otras confesiones y sobre todo respecto del ateísmo. Le acusa de que De Luca, por la vía constitucional, llegaba a la misma conclusión que Del Giudice, Ciprotti, D'Avack y otros (638, nota 47). Para Fiore esta *prospettiva* no viene a defender el interés del *civis*, sino el interés colectivo de los católicos bajo «lo schermo della c. d. *libertas Ecclesiae*, si bien inserto dentro de un proyecto pluralista. Para este autor resulta imposible la «equivalenza tra sentimento religioso e *legislatio libertatis*, ya que llevaría a soluciones contrarias «alla tutela dei diritti di libertà» (*ibid.* 637).

Cf. P. Bellini, S. Lariccia, C. Cardia, estudiados más adelante y que someten a crítica la opinión de L. de Luca.

98 *L'interesse religioso nella Costituzione, Giurisprudenza costituzionale* (1958) 1226.

99 *Ibid.*

religiosas acatólicas. Y, por la otra, se propugna «un vero e proprio diritto soggettivo di libertà religiosa»<sup>100</sup>. Para Gismondi la religiosidad en general goza de un *favor iuris*.

#### b) *El problema del ateísmo*

Poco después de entrar en vigor la Constitución se planteó un problema muy interesante. Con motivo de una sentencia de nulidad, el tribunal de Ferrara (31-8-1948) concedió la patria potestad a la esposa, creyente, y se la denegó al esposo que era «miscredente». Según dicha sentencia<sup>101</sup> el ateísmo no estaba protegido por el ordenamiento, ya que daba preferencia a la fe en Dios. El ateísmo, en su caso, venía protegido por el artículo 21 de la constitución en el que se contempla la libre expresión del pensamiento<sup>102</sup>. Con este motivo se abrió un amplio debate.

A. Origone<sup>103</sup>, comentando dicha sentencia, afirma que «fra deismo e ateismo esiste un contrasto essenziale e che l'ateismo cominci là dove la vita religiosa finisce». En su opinión, el ateísmo es como una ausencia de la fe, por lo que resulta imposible meterlo dentro de la libertad religiosa: son cosas distintas. Origone, a pesar de ello, estima que el ateísmo, cuando es simplemente arreligioso o irreligioso, merece respeto. Pero cuando se trata de un «*ateismo antireligioso*, non più un abstinere, ma un facere contrario»<sup>104</sup>, no viene tutelado por el derecho de libertad religiosa, ya que este derecho hay que entenderlo como «libertà di coscienza a tutela della religiosità individuale», con miras a tutelar la libertad de culto, ya que es en el culto en donde «la vita religiosa si manifesta tanto nell'aspetto individuale quanto in quello ecclesiastico: il culto è la tipica manifestazione sociale della vita religiosa». En suma, el bien tutelado por la ley «è il bene religioso in quanto tale»<sup>105</sup>. Ello impide que el ateísmo pueda ser protegido bajo el epígrafe de la libertad religiosa, ya que el ateísmo no se presenta como una Iglesia ni celebra culto alguno. Por ello estima que el hijo debe ponerse bajo la custodia de la madre, mujer creyente.

Tampoco A. Allorio<sup>106</sup> admite la equiparación entre «credenza o miscredenza». La misma A. Ravà sostiene, de la misma manera, que «sotto il

100 *Ibid.*

101 Giurisprudenza italiana I (1948) 20, 11, IV 33.

102 Esta sentencia fue posteriormente reformada en apelación por el Tribunal de Bolonia (13-4-1950) *Ius* (1950) 275. Véase el estudio de Bigiavi, *Ateismo e affidamento della prole* (Padova 1951). Vid. art. 21 en el Apéndice de este Trabajo.

103 La libertà religiosa e l'ateismo, *Annali Triestini* (1950) 66. Cf. C. Cardia, *Stato e confessioni religiose* (Bologna 1988) 118.

104 «La libertà religiosa», *o. c.* 68.

105 *Ibid.* 73-74.

106 Ateismo ed educazione dei figli, *Problemi di diritto* III (1957) 223 ss.

*nomen iuris* della religione» pueda incluirse «l'ateismo che è la negazione di Dio». Por otra parte, dado que el ateísmo no se configura como una Iglesia ni sus actividades pueden calificarse de culturales, cree que el problema del ateísmo debe resolverse en otra instancia<sup>107</sup>. En cualquier caso su lugar adecuado es el artículo 21.

Uno de los eclesiasticistas que, con mayor detalle, estudia esta cuestión es P. A. D'Avack<sup>108</sup>. Por su interés vamos a sintetizar su pensamiento.

Para este autor el ateísmo no es algo ilícito, ni lesione el derecho de los individuos y de las colectividades «alla libertà religiosa» garantizada por la constitución. Pero su protección se basa en el artículo 21, como sostenían los anteriores autores que acabamos de citar. Si bien les reconoce el derecho de hacer propaganda y proselitismo de sus ideas y doctrina antireligiosas e incluso de asociarse con otros en sociedades sin Dios<sup>109</sup>. La razón está en que el ateísmo, conceptualmente hablando, es la antítesis de cualquier religión. Y quien carece de religión permanece, por definición, al margen de la misma. Son conceptos que se repelen. Por otra parte los artículos 3, 8, 19 y 20 siempre hablan de religión en sentido positivo, de confesiones religiosas, de culto o de entes con finalidad religiosa. Todo ello, en su opinión, ofrece la prueba más evidente por cuanto ambos fenómenos «si presentino essenzialmente diversi e antitetici tra loro, ma appunto come tali vengano anche di regola considerati dai legislatori...» por lo que resulta jurídicamente incorrecto «far rientrare a priori l'uno nel *nomen iuris* e sotto la disciplina legislativa dell'altro»<sup>110</sup>. El ateísmo, pues, viene «retto dalla norma generale della libertà di pensiero»<sup>111</sup>. En cambio, la religión resulta regulada, además de por dicho artículo 21, «anche dalle norme specifiche degli articoli 8, 19 e 20 come manifestazioni specifiche della libertà religiosa»<sup>112</sup>.

107 *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana* (Milano 1959) 41-42. Parece que A. Ravà cambió más tarde de opinión respecto de la protección del ateísmo por parte de la Constitución, ya que en este último trabajo citado, escribe que «è possibile trovare la risposta più limpida alle istanze ateistiche». Y más adelante añade «riteniamo... che il persistere del legislatore in un atteggiamento di adesione che soltanto ad una concezione ultraterrena della vita e sia pure limitatamen all'ambito estraneo ai diritti at cittadini, per il fatto stesso di implicare appunto una considerazione, ma anche..., come elemento frenante al radicarsi, nel sistema, dei nuovi valori affermati in Costituzione, oltre che come elemento paralizzante la stessa elaborazione dottrinale» (*Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica* (Milano 1980) 19).

108 «Tratatto di diritto ecclesiastico», o. c. 447-451. Cf. C. Cardia («Stato e confessioni», o. c. 119 ss) quien sintetiza el pensamiento de D'Avack.

109 *Ibid.*, o. c. 448-49.

110 *Ibid.*, 451.

111 *Ibid.*

112 *Ibid.* 452.

Esta situación no implica para D'Avack el que la religión se halle privilegiada respecto del ateísmo, ya que cada derecho está protegido a su manera, separándose de la opinión de De Luca y Gismondi.

De la misma manera se manifiestan Jemolo<sup>113</sup> y Moneta<sup>114</sup>, para quienes tanto el fenómeno religioso, por su peculiar naturaleza (ritos, símbolos, templos, etc.) como el ateísmo (por su distinto modo de ser) deben ser protegidos cada uno según sus peculiaridades. Por ello, según Moneta, cada fenómeno recibe del Estado «una regolamentazione con contenuti adeguati al proprio modo di essere»<sup>115</sup>.

L. Spinelli matiza la opinión de los anteriores diciendo que tanto la libertad de pensamiento como la libertad religiosa están íntimamente vinculadas. Los derechos de unos y otros no han de ser mayores ni menores. Pero la garantía de ambos derechos debe ser distinta por cuanto el legislador acertadamente ofrece a la libertad religiosa «un riconoscimento distinto e di speciale regolamentazione..., allo scopo di garantire una tutela più rigorosa ed efficace, per la professione delle convinzioni religiose»<sup>116</sup>. La razón está en que las religiones, por su propia naturaleza, «debbono necessariamente disporre di un apparato organizzativo di manifestazioni esterne che possono essere oggetto di vilipendio»<sup>117</sup>.

Finalmente Finnocchiaro mantiene un equilibrio entre la opinión de los autores anteriormente comentados y los que comentaremos más adelante. En efecto, para Finnocchiaro el ateísmo encuentra su protección no sólo en el artículo 21, sino también en el 19, ya que en éste se garantiza también el derecho de rechazar cualquier religión y de no tomar parte en actos de culto<sup>118</sup>. Por ello, considera que el derecho de libertad religiosa implica también «la protezione dell'ateo e del miscredente». Porque si bien es verdad que el ordenamiento jurídico italiano favorece en sus artículos 3, 7, 8 y 19 las manifestaciones positivas de la espiritualidad religiosa, tutela también la actitud de quienes desconocen «il valore di tutte le confessioni religiose, per accogliere una concessione personale del divino o per escludere in radice l'esistenza del trascendente o qualsiasi rapporti tra l'uomo e il trascendente»<sup>119</sup>.

Ahora bien, dado que las eventuales asociaciones ateas no sería propiamente confesiones religiosas, no podrían, por tanto, buscar su proyección

113 «Lezioni di diritto», o. c. 121-22.

114 *Stato sociale e fenomeno religioso* (Milano 1984) 42.

115 *Ibid.* 43.

116 «Diritto ecclesiastico», o. c. 246.

117 *Ibid.*, 248.

118 *Diritto ecclesiastico* (Bologna 1988) 138.

119 *Ibid.*

garantía en las mismas normas tendentes a tutelar las confesiones religiosas y no las ateas. Las ateas en ningún caso pueden incluirse entre las confesiones, ya que niegan a Dios o a cualquier divinidad, que es lo que caracteriza a las confesiones.

En consecuencia, las eventuales asociaciones ateas o sus militantes no deben «contestare in blocco l'esistenza nell'ordinamento di un *favor religiosus*»<sup>121</sup> simplemente porque las confesiones desarrollan una función antiteísta. A lo más pueden aspirar a tener un «interesse semplice, no un diritto soggettivo alla sua abolizione»<sup>122</sup>. Tampoco se puede aceptar lo que dice F. Onida respecto de la «piena equiparazione con le confessioni religiose», dado que el Estado italiano no es separacionista, por cuanto la constitución (arts. 7.2 y 8.3) obliga al Estado a mantener relaciones con las diversas confesiones y relaciones pacticias. Por ello el Estado no debe acoger la opinión de quienes pretenden que las confesiones religiosas estén sometidas al derecho común en aras de la igualdad jurídica y de la no discriminación. No se olvide que en la constitución hay prevista para las confesiones religiosas un régimen especialmente gracias a los concordatos o a las *intese* y no así para las eventuales asociaciones con fines ateos o agnósticos<sup>123</sup>.

Es claro que esta postura no podía ser aceptada por quienes ponen el acento en la neutralidad e imparcialidad del Estado. Otro sector de los eclesiasticistas italianos identifica la libertad religiosa con la mera libertad de conciencia de carácter genérico, es decir, como «una facoltà di autodeterminazione personale in ordine ai fatti dello spirito connessi ad un superiore sentimento di doverosità»<sup>124</sup>. No obstante el esfuerzo de D'Avack, Spinelli y Finnochiaro todavía algunos pretenden equiparar ambos sentimientos, el de los creyentes y el de los no creyentes y exigen un tratamiento uniforme o, al menos, similar.

### c) *Tutela de la libertad de conciencia, sea o no religiosa*

Como decía antes, en los últimos años, un sector de eclesiasticistas parece inclinarse por equiparar ambos fenómenos colocando «al interno della tutela ordinamentale della libertà religiosa, la legittimità di qualsiasi opinione, scelta o comportamento che il singolo maturi o ponga in essere in materia religiosa»<sup>125</sup>. Más que proteger la libertad religiosa —nos dirá P. Bellini—,

120 *Ibid.* 52-53.

121 *Ibid.* 139.

122 *Ibid.*

123 *Ibid.*

124 P. Bellini, «Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei», AA.VV., *Teoria e prassi della libertà di religione* (Bologna 1975) 127.

125 C. Cardia, «Ateismo», *o. c.* 120.

hay que tutelar la libertad de conciencia, es decir, el momento en que el hombre toma sus decisiones vitales últimas, sean de tipo religioso o ateuístico. También S. Fois, como veremos, insistirá en que la libertad religiosa debe insertarse en «la più generale libertà di coscienza». Opinión que compartirá finalmente el mismo Tribunal Constitucional, al menos en parte.

Ya P. Fedele<sup>126</sup> puso de relieve las consecuencias negativas a que daba lugar la escisión entre ateísmo y el contenido de la libertad religiosa. Basándose en un famoso pasaje de F. Ruffini según el cual por libertad religiosa debía entenderse la facultad que tiene todo individuo «di credere a quello che gli piace o di non credere, se più gli piace, a nulla», Fedele se negó a admitir que el derecho de libertad religiosa tenga sólo un aspecto positivo, o sea, que se reduzca a reconocer la libertad de aceptar y someterse al «propio credo religioso». Tal concepción corre el riesgo, en su opinión, de caer en la intransigencia y además confunde «il concetto etico-filosofico con il concetto giuridico di libertà», olvidando, quienes así piensan, que el concepto de libertad religiosa «si esaurisce tutto... nella facoltà spettante all'individuo di credere a quello che gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla, ed implica, per tanto, anche il diritto alla irreligione, all'ateismo, alla miscredenza, all'incredulità»<sup>127</sup>. La verdad es que esta tesis no admite dificultad alguna en ser admitida. Pero algunos eclesiasticistas sacarían una serie de consecuencias sorprendentes.

Tal vez sean C. Cardia, P. Bellini, y S. Lariccia los autores que más se han distinguido en la defensa y desarrollo de esta tesis.

El primero<sup>128</sup> de ellos, frente a quienes sostienen que el ateísmo no puede equipararse al hecho religioso por ser contradictorios y antitéticos y por no dar lugar a asociaciones o actividades culturales, responde diciendo que el ateísmo no es una mera «negazione della verità religiosa», ni una opción esencialmente personal o individual. En su opinión, el ateísmo, sobre todo el marxista, sirve de fundamento y punto de partida «per una concezione dell'uomo e della vita sostanzialmente positiva; costituisce l'asse portante di una scala di valori nei quali la persona riconosce e sui quali edifica la propria esistenza e la propria morale». Según Cardia, el ateísmo se presenta como una «verità positiva», como un ateísmo sistemático, que da lugar a una antropología de base atea<sup>129</sup>.

126 *La libertà religiosa* (Milano 1963) 190.

127 *Ibid.*

128 *Ateismo e libertà religiosa* (Bari 1973); Idem, «Religione, ateismo, analisi giuridica, AA.VV., Individuo, Gruppi», *o. c.* 1179-1214; Idem, «Stato e confessioni», *o. c.* 119-121.

129 «Religione, ateismo», *o. c.* 1185.

En este sentido, el deísmo, el panteísmo, el ateísmo, marxista o racionalista, dan respuestas a los mismos problemas que plantea la concepción religiosa de la vida y de la sociedad. Se puede hablar de un itinerario común entre creyentes y no creyentes, a pesar de las divergencias de las opciones concretas<sup>130</sup>.

Esta constatación le permite afirmar que tanto el ateísmo como la fe religiosa se encuentran en contacto directo con la conciencia individual y en el ámbito de las relaciones sociales<sup>131</sup>. Lo importante es que en el proceso formativo de la conciencia exista plena libertad sin discriminación<sup>132</sup>.

La consecuencia es clara para Cardia. El enfoque propuesto por De Luca, Gismondi y otros no es válido ya que se restringe a un solo aspecto o un determinado camino: la opción religiosa. Al contrario, el Estado no debe tener preferencias respecto del camino seguido por cada persona en su maduración espiritual. En consecuencia, la libertad religiosa hay que colocarla en el mismo momento en que el hombre toma la decisión de creer o no creer, ya que en ese punto convergen tanto las creencias positivas como las negativas respecto de la trascendencia o la immanencia. Luego bajo el *nomen iuris* de libertad religiosa hay que incluir el ateísmo<sup>133</sup>.

Por su parte P. Bellini, partiendo de otras consideraciones llega a conclusiones similares. Para el profesor Bellini, entre teísmo y ateísmo existe un «rapporto dialettico essenzialmente unitario», que se encuentra en un «superiore principio di autodeterminazione personale in ordine ai fatti dello spirito»<sup>134</sup>. Es decir, la solución de esta cuestión se encuentra en una esfera normativa más alta y no en los artículos 19 y 20. Este punto de convergencia se halla en los «principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato»<sup>135</sup>. Estos principios tienen «un contenuto *spiritualmente neutro*», por lo que son extremadamente respetuosos con las múltiples actitudes éticas de las personas. Actitudes que, sin discriminación alguna, deben ser promovidos hasta el punto de que todos se hallen en condición «di formare dentro di sè in modo veramente libero le proprie convinzioni»<sup>136</sup>. Por ello exige un «generale principio di tutela della libertà di coscienza», anterior a las decisiones concretas que hagan los individuos. Por ello la prioridad debe darse a éstos y no a las «formazioni sociali» que sólo cumplen «una funzione

130 «Stato e confessioni», o. c. 120; Idem, «Religione, ateismo», o. c. 1188-89.

131 «Religione, ateismo», o. c. 1188.

132 *Ibid.*, 1191.

133 *Ibid.*, 1124.

134 Voz «Ateismo», *Digesto*, 4.ª ed. (1987) 3-18 y en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (1985) 85-100.

135 «Ateismo», o. c. 12.

136 *Ibid.*, 15.

strumentale» en orden a un más pleno desarrollo de la personalidad humana<sup>137</sup>.

Ello no quiere decir que este igual tratamiento de todas las convicciones personales sean uniformes en todos los casos, sino que propugna una «diversificación normativa» que se adapte a cada caso concreto y respete sus características específicas<sup>138</sup>.

Para el ilustre profesor romano por libertad religiosa debe entenderse la facultad de cada uno «di impegnarsi nell programma di sviluppo della propria personalità etica e civile, secondo che risponda alle sue capacità: e farlo mediante il compimento di tutte quelle opzioni in ordine alla propria posizione rispetto al Trascendente, che egli senta in coscienza profittevoli alla propria maturazione spirituale, sulla base e dipendenza d'un convincimento personale di superiore vincolativa morale»<sup>139</sup>.

En esta misma línea, Leziroli, tras diversas argumentaciones, define la libertad religiosa como una «opzione in ordine a un credo non necessariamente connesso al fenomeno della trascendenza, ma pur sempre come mero fatto di coscienza». En este sentido escribe que «ateo non è colui che non crede, ma colui, che crede in qualcosa di diverso dalla trascendenza»<sup>140</sup>. En su opinión, la fe en la trascendencia y la fe en los valores terrenos o inmanentes no son cosas opuestas, ya que tanto una como otra son expresión de libertad religiosa. Por ello debe tutelarse al sujeto en el momento de tomar una decisión, positiva o negativa<sup>141</sup>.

Es interesante también recoger el pensamiento de S. Fois<sup>142</sup> que comparte este enfoque de la libertad religiosa e indirectamente del derecho eclesiástico. A su parecer, la libertad en materia religiosa no es más que «semplice specificazione... della più generale libertà di coscienza». Y por tanto de la «più generale libertà di manifestazione del pensiero...». Esta es, en su opinión, la interpretación correcta del concepto de libertad religiosa. Por lo que la libertad religiosa no presenta «una rilevanza (giuridica) autonoma», no posee por ello «una tutela diversa e maggiore» que la no adhesión «ad una fede religiosa». El Estado, pues, debe garantizarle la «massima libertà di atteggiamento» respecto del fenómeno religioso. En este sentido sostiene

137 P. Bellini, «Diritti inviolabili dell'uomo e formazioni sociali religiose (contributo all'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione, AA.VV., Studi in onore, o. c. 220.

138 *Ibid.*, 17.

139 «Libertà dell'uomo», o. c. 128.

140 *Aspetti della libertà religiosa* (Milano 1977) 197.

141 *Ibid.*, 201, 203, 205-7 y 216-219.

142 «Garanzia costituzionale della manifestazioni di pensiero in materia religiosa, AA.VV., Individuo, gruppi», o. c. 1215-1225.

que, aun cuando en el lenguaje común la palabra «religión» se refiere a la fe en la trascendencia, sin embargo «nel senso più profondo (od almeno più adeguato al pensiero contemporaneo)» dicha palabra debe aplicarse también a la «intima convizione della non trascendenza», y también a aquellos poderes que trascienden al hombre sólo en sentido negativo, es decir, a fuerzas distintas al hombre pero que no son hostiles o, al menos, totalmente indiferentes al hombre y a su realidad<sup>143</sup>. Tan protegido está la religiosidad como la irreligiosidad. Cabe la propaganda y el proselitismo ateo e incluso el culto arreligioso o antirreligioso<sup>144</sup>, aunque esto último no lo asegura con total seguridad.

Finalmente citaré al ilustre profesor de la Sapienza, S. Lariccia, entre otros que se podrían citar, que se mueve en la misma línea de pensamiento, lo que le lleva a sostener que en la libertad religiosa se reconocen los derechos individuales de los no creyentes y de las eventuales asociaciones creadas por ellos. En su opinión, a las religiones se les debe prohibir el acceso a «tribune e strumenti specifici alla loro divulgazione che si risolvano in condizionamenti antiateistici»<sup>145</sup>. No debe discriminarse el tratamiento de la religión en relación con la irreligión, ya que ambas están igualmente tuteladas en el famoso artículo 19 de la Constitución. Cita en su favor una sentencia del Tribunal Constitucional italiano<sup>146</sup> según la cual la libertad de conciencia de los no creyentes «rientra nella tutela più ampia della libertà in materia religiosa tutelata nella costituzione», que excluye cualquier «differenziazione di protezione della libera esplicazione sia della fede sia dell'ateismo, non assumendo rilievo le caratteristiche proprie di quest'ultimo sul piano teorico»<sup>147</sup>.

## CONCLUSIONES

I. La clave última de lectura de la legislación liberal es doble. Por una parte, la exaltación del Estado, única institución que ocupa lo que se llama el espacio público de la sociedad. Y, por otra, la defensa de las libertades individuales frente a los derechos de la Iglesia católica. El criterio definitivo

143 *Ibid.*, 1216.

144 1217-19.

145 *Diritto civile e fattore religioso* (Bologna 1978) 33. Idem, «Storia, ideología e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico», *Quaderni fiorentini* (1984) 657; Idem, «Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica», *Foro Amministrativo* (1966) 2, 117; Idem, «Valori costituzionali e sistema italiano di diritto ecclesiastico», *Diritto e Società* (1983) 253; Idem, *Diritto ecclesiastico* (Padova 1986) 3-5, 112-116.

146 S. Domianello, «Giurisprudenza», *o. c.* 171-72.

147 *Ibid.*

del legislador y, por ende, del eclesiasticista es elaborar e interpretar un cúmulo de normas que desplacen a la Iglesia del ámbito de lo público y liberen a los individuos de sus ataduras jurídicas frente a la Iglesia. La legislación unilateral impregnada de ribetes jurisdiccionalistas es la tónica dominante.

No es de extrañar la aparición de la enseñanza única estatal, el matrimonio civil, el registro civil, los cementerios civiles, la beneficencia laica, patrimonio jurídico civil para todos los ciudadanos, sin que la calificación religiosa tenga reconocimiento alguno. La religión es un asunto privado y por tanto la Iglesia.

Era obvio que en este clima el ordenamiento canónico fuera considerado como código ajurídico y que su estudio se fuera gradualmente abandonando en los centros universitarios, públicos o estatales. La libertad religiosa se concibe, en gran medida, como una forma de liberarse de las confesiones, especialmente, de la Iglesia católica.

II. En cambio, en el ventenio fascista y en la primera etapa constitucional, el espíritu que anima la legislación estatal es la del reconocimiento de ambas supremas instituciones: Estado e Iglesia. Lo decisivo es el respeto que ellas merecen al igual que los pactos o concordatos estipulados entre ellos.

Se valoran los derechos institucionales: dos instituciones iguales negocian sobre los derechos de sus miembros. Los litigios entre entidades católicas y estatales se conciben como pleitos entre entidades soberanas que deben resolverse por medio de instrumentos jurídicos de carácter internacional.

Era también obvio que los eclesiasticistas recurrieran al derecho internacional privado para resolver los eventuales conflictos entre ambos ordenamientos soberanos: el civil y el canónico. Era lógico que el derecho canónico recuperara su fuerza civil, su juridicidad y que su estudio volviera a las Universidades del Estado, pues se trataba de un ordenamiento con eficacia en el ámbito público italiano. La libertad religiosa prácticamente se confundía con la libertad de la Iglesia católica y de los católicos que se sentían identificados con ella. En cambio, las minorías religiosas acatólicas se ven sometidas a una situación de mera tolerancia. Por otra parte, se desconocen los derechos de quienes ya no profesan la religión católica.

III. Con la entrada en vigor de la Constitución la anterior situación no podía perpetuarse.

En un primer momento, a pesar de ciertas voces discrepantes, tanto la doctrina como la jurisprudencia se dejaron llevar por la inercia y se retrasa-

ron las necesarias reformas. La misma Constitución (arts. 7 y 8) daba pie para ello. El método interordinamental estaba justificado.

En un segundo momento la doctrina fue minando esta actitud con una interpretación sistemática de la Constitución lo que permitió sacar consecuencias al principio imprevisibles. Los artículos 2, 19 y 21 ocuparon un lugar destacado. Poco a poco los valores constitucionales (derechos fundamentales y libertades públicas), entre los que se encuentra la libertad religiosa, impregnan todo el sistema jurídico. Los protagonistas ya no serán las confesiones o el Estado, sino la persona humana. Sus derechos y libertades van a constituir el criterio básico de interpretación de la Constitución y, por ende, del derecho eclesiástico.

En un tercer momento la *legislatio libertatis religiosae*, como criterio básico del eclesiasticista, da lugar, en opinión de un amplio sector, a la *legislatio libertatis* o a la *libertas conscientiae* en la que se pretende tutelar tanto la fe en la trascendencia como en la inmanencia. Los artículos básicos serán el dos y el veintiuno. El artículo 19 que habla de la libertad religiosa es visto como una mera aplicación del derecho a la libertad de pensamiento o de conciencia, en su dimensión pública y comunitaria, así como privada e individual.

IV. Esta última *impostazione*, facilitada en gran parte por la secularización de la sociedad italiana a partir de la década de los setenta, tendrá varias consecuencias.

En primer lugar dará lugar a una legislación unilateral sobre materias que tradicionalmente eran competencia casi de exclusiva competencia de la Iglesia, si bien no se abandonó el sistema pacticio, a pesar de las voces que se manifestaban en contra.

En segundo lugar influirá sobre el objeto o contenido de la disciplina del derecho eclesiástico, pues un sector no se limitará a estudiar el «diritto speciale», sino que tendrá que enfrentarse con una legislación común de contenido religioso (ateo, laico, agnóstico). Uno de los primeros autores que toman esta decisión es S. Lariccia<sup>148</sup>.

Es sabido que desde finales del siglo pasado el objeto de la disciplina se limitaba casi exclusivamente al estudio de las normas jurídicas-estatales reguladoras de los entes eclesiásticos, de las confesiones religiosas, u organizaciones con esa finalidad, especialmente todo lo referente a la Iglesia católica. Desde Scaduto<sup>149</sup>, para quien el derecho eclesiástico era «il diritto relativo

148 *Diritto ecclesiastico* (Padova 1986) 385-448.

149 *Diritto ecclesiastico vigente in italia* (Cortona 1929) 6.

agli enti con fine religioso», pasando por Olmo, S. Romano, Bertola, Olivero, hasta Falco, Checchini, Jannaconce<sup>150</sup>, por no citar más que unos pocos, el objeto de esta disciplina era el derecho estatal que regula la vida de las Iglesias, comunidades o confesiones y de otras entidades similares, sean o no católicas. En general de todos los manuales hacían lo mismo.

Tras la Constitución poco a poco aparecen una serie de manuales y otros trabajos preocupados no sólo por los entes confessionales, sino por el factor religioso en general. En este sentido indican que el objeto de su estudio recae sobre las «attività e rapporti sociali, diretti all'attuazione di finalità religiose nell'interno dell'ordinamento»<sup>151</sup>.

Otros hablan de normas referentes a garantizar y regular las «libertà individuali e collettive assicurate nel nostro in materia di religione»<sup>152</sup>.

Quienes han sacado las consecuencias de estas ideas han sido especialmente los profesores S. Lariccia y F. Onida.

En efecto, S. Lariccia desde hace varios lustros ha señalado la estrecha relación que guardan los «diritti civili» con il «fattore religioso». Derechos civiles que vienen regulados por la legislación común. Ello le mueve a abandonar el corsé de la legislación concordataria y entrar también a estudiar, en cuanto eclesiasticista, la legislación extrapacticia<sup>153</sup>. Para Lariccia el objeto de la disciplina, además del derecho especial, se extiende a todo cuanto afecta a la conciencia y responde a «esigenze più intime delle persone umane», ya que dichas exigencias, antes que políticas, son problemas de conciencia. Y de hecho, la mayoría de estas cuestiones fueron reguladas en el

150 C. Olmo, *Del rinnovamento del diritto ecclesiastico italiano* (Brescia 1903) 15; N. Coviello, *Corso di diritto canonico* (1903-1904), lit. (Palermo) 4; S. Romano, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Pisa 1913) 16; A. Bertola, «Voz Diritto ecclesiastico», *Nuevo Digesto Italiano* (Torino 1938) vol. IV 1043; M. Falco, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Padova 1926) 1; Idem, *Corso di diritto ecclesiastico* (Padova 1933); en el que trae tres definiciones y en todas ellas pone como objeto de la disciplina «le istituzioni religiose», 8; C. Jannaconne, *I fondamenti del diritto ecclesiastico internazionale* (Milano 1936) 10; C. Cornaggia, *Diritto ecclesiastico italiano* (Milano 1933) 10; C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (1954) 1 y 2; A. Checchini, trae varias definiciones y siempre el objeto es el derecho referente a la «organizzazione, attività e i rapporti dei gruppi sociali» (*Introduzione dogmatica al diritto ecclesiastico italiano* [Padova 1937] III 5). A. G. Olivero, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano 1963) 1. El mismo profesor P. Bellini lo define de esa manera en sus *Principi di diritto ecclesiastico* (Milano 1987) 49-50.

151 G. Saraceni, «Introduzione allo studio», o. c. 31; P. Gismondi, «L'autonomia scientifica del diritto ecclesiastico», *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata* (1948) 11; V. del Giudice, «Manuale», o. c. 3; P. A. D'Avack, *Trattato di diritto ecclesiastico* (Milano 1978) 3; Algunos autores han modificado su punto de vista.

152 G. Casuscelli, *Postconfessionismo e transizione* (Milano 1964) 33; F. Finnocchiaro, *Diritto ecclesiastico* (Bologna 1988) 3; A. Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico* (Milano 1986) 11.

153 Sobre este particular véanse los trabajos de P. Bellini, *Verso un nuovo laicismo: per una legge comune sull'«Fatto religioso»*, *Il Tetto, marzo-aprile* (1978) 193-207; F. Onida, «Società civile e società religiosa negli anni settanta, Nuove prospettive», o. c. 442.

pasado por la Iglesia y con «lógica confesional». En cambio, en su opinión, debiera hacerse por el Estado y con una «lógica laica».

Ahora el acento se pone sobre el individuo, su conciencia, su fe trascendente o immanente, su libertad y su igualdad en todos los campos. Por ello las «formazioni sociali» quedan subordinadas al sujeto principal: el individuo. Aquellas ejercen «una funzione strumentale» (P. Bellini).

Era lógico que el mismo derecho especial o concordatario debe interpretarse subordinadamente a los valores supremos de la Constitución. De esta forma, en opinión de Lariccia y de otros, se salva la unidad de la disciplina. En su Manual titulado *Diritto Ecclesiastico* dedica un amplio capítulo a la legislación común italiana en la que estudia el problema de los derechos civiles, las nuevas libertades, el ateísmo, objeción de conciencia, el aborto, el derecho de familia, el divorcio, la educación, asistencia y beneficencia, la enseñanza, consultores familiares. Pero estima que también podría estudiarse los problemas de los marginados y oprimidos, problemas genéticos y demográficos, la eutanasia, el aborto, la cuestión femenina y su emancipación, el voluntariado, la identidad sexual, etc.<sup>154</sup>.

En una palabra, para el insigne profesor de la Universidad de la Sapienza de Roma, todas las cuestiones relacionadas con nuestra *privacy*, con nuestra conciencia y nuestra intimidad, deben ser estudiadas por nuestra disciplina, previa la existencia de una legislación estatal, débanse a una lógica laica o religiosa.

V. La opinión de estos ilustres maestros del derecho eclesiásticos me parece muy ambigua, al empeñarse en identificar la libertad religiosa en sus aspectos positivo y negativo, es decir, la creencia con la increencia.

Es verdad que el derecho de religión protege tanto el derecho de los creyentes como el de los no creyentes. Ahora bien, estos últimos una vez optan, con toda libertad, por la increencia dejan de moverse en el campo religioso y entran en otra dimensión social, también respetable, pero no protegida bajo el manto del derecho de libertad de religión, sino por otros derechos constitucionales como los de la libertad de pensamiento, expresión, reunión o manifestación, entre otros. Ello no quiere decir que su protección sea mejor o peor, sino distinta.

Pretender un igual tratamiento jurídico de ambos fenómenos es un atentado contra el principio de igualdad que exige tratar desigualmente las cosas

154 S. Lariccia, *Diritti civili e fattore religioso* (Bologna 1978) 9, 18, 20, 21; Idem, *Diritto ecclesiastico* (Padova 1986) 3-5, 11, 393, 397 ss. Véanse también las obras de C. Cardia, *Ateismo e libertà religiosa* (Baria 1973); P. Bellini, «Ateismo», *Digesto italiano*, 4.ª ed. (1987) 3-8; F. Onida, «L'influenza dei valori costituzionali sulla problematica ecclesiastica», AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei I* (Milano 1985) 44 ss.

objetivamente desiguales. De nada sirve buscar o poner en la conciencia el punto de unión de ambos fenómenos (creencia e increencia), por cuanto el que haya un punto común de partida, no significa que se recorran los mismos caminos ni que se llegue a la misma meta. Si hay caminos distintos y meta distinta es obvio que haya una regulación distinta. Los sumandos heterogéneos llevan al absurdo. Parece evidente que la religiosidad se manifiesta mediante necesidades e intereses distintos y hasta contrarios a los de la increencia.

Por otra parte, si por legislación eclesiástica se entendiera toda norma relacionada con la conciencia, con la intimidad o la *privacy*, nuestra disciplina se vería desnaturalizada al perder su identidad religiosa y ser artificialmente engordada. En efecto, ¿qué norma jurídica no guarda cierta relación con la ética y por lo tanto con la conciencia de los hombres? En el fondo todo el ordenamiento jurídico puede cuestionar la conciencia de los ciudadanos.

Estimo, pues, que el objeto de la disciplina no puede ser todo lo relacionado con la conciencia sino sólo con la conciencia basada en criterios religiosos. Debe tratarse, pues, de una legislación específica, recayente sobre el factor religioso, sea unilateral o pacticia, sea tolerante o intolerante. De tal forma que si, en algún ordenamiento jurídico, desapareciera cualquier motivación basada en el factor religioso, sea en su aspecto individual o colectivo, no sería posible elaborar la ciencia eclesiasticista: carecería de objeto. Al igual que ocurriría en un país donde no existieran relaciones jurídico-mercantiles: desaparecería el derecho mercantil, la ciencia jurídica de mercantilista sería imposible.

A. MOLINA MELIÁ  
*Universidad de Valencia*

## APÉNDICE

*Constitución de la República Italiana*

## PRINCIPI FONDAMENTALI

2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

E compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

7. Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani.

I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

8. Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

## PARTE I

*Diritti e Doveri Dei Cittadini*

## TITOLO I

*Rapporti Civili*

13. La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono

essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

E punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

17. I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi.

Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso.

Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica.

18. I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale.

Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.

19. Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.

20. Il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività.

21. Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

## TITOLO II

### *Rapporti Etico-Sociali*

33. L'Arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento.