

LOS ORÍGENES Y PRIMER DESARROLLO DE UNA NUEVA RAMA DEL DERECHO: EL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO¹

CARLOS SALINAS ARANEDA
Universidad Católica de Valparaíso

1. La vocación del hombre hacia lo sobrenatural constituye una dimensión experimentada por él desde los principios de la civilización, tendencia de la que la historia ha dejado abundantes testimonios². Esta aspiración del hombre hacia lo que sobrepasa lo meramente natural constituye en él una dimensión esencial a su naturaleza lo que, incluso, ha sido puesto de relieve modernamente por la psiquiatría³. Una hermosa síntesis de la misma ha sido expresada por Agustín de Hipona al comienzo de sus *Confesiones* cuando escribe “nos has hecho para ti (Señor) y nuestro corazón está inquieto hasta que descansa en ti”⁴.

Esta tendencia natural en el hombre, empero, no constituye sólo un fenómeno individual, vivido en el secreto de las conciencias, sino que el hombre tiende a vivirlo conjuntamente con otros hombres, adquiriendo, de esta manera, dimensiones sociales. Esta vocación natural se transforma, así, en un factor socialmente relevante, por lo que, en su manifestación social, el hecho religioso -cualquiera

¹ Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT 1990614-1999 del que el autor es investigador principal.

² Basta ver algunas historias de las religiones para comprobar esta afirmación, v. gr., E. JAMES, *Historia de las religiones* (Barcelona 1960); E. ROYSTON, *Diccionario de las religiones* (México 1966).

³ V. E. FRANKL, *La presencia ignorada de Dios. Psicoterapia y religión*, 8 ed. (Barcelona 1991); ÉL MISMO, *El hombre en busca de sentido*, 12 ed. (Barcelona 1991); él mismo, *Ante el vacío existencial. Hacia una humanización de la psicoterapia*, 6 ed. (Barcelona 1990); ÉL MISMO, *Logoterapia y análisis existencial* (Barcelona 1990).

⁴ SAN AGUSTÍN, *Las confesiones* I.1.1: *Tu excitas, ut laudare te delectet, quia fecisti nos ad te et inquietum est cor nostrum, donec requiescat in te.*

que sea su contenido- no permanece ajeno al Estado que, en consecuencia, debe abordar su regulación, sea que su actitud hacia dicho fenómeno sea positiva⁵, neutra⁶ o, incluso, contraria⁷.

2. Surge, así, un conjunto de normas de origen estatal que abordan el fenómeno religioso como hecho social en sus más diversas manifestaciones: civiles, procesales, penales, administrativas, etc. Se trata, pues, de normas estatales –no eclesiales como el Derecho canónico que es el ordenamiento interno que se da a sí misma la Iglesia católica- que se encuentran diseminadas en las diversas ramas en que se divide el derecho estatal.

Cada una de estas normas forma parte integrante, en principio, de la rama específica del derecho en que ha sido dictada; cuando el Código penal castiga a todo el que por medio de violencias o amenazas hubiere impedido a uno a más individuos el ejercicio de un culto permitido en la República (art. 138), nos encontramos ante una norma penal. Y cuando el Código de procedimiento civil establece que no están obligados a concurrir a la audiencia que fije el tribunal para declarar como testigos el arzobispo y los obispos quienes podrán hacerlo por escrito (arts. 350, 351) nos encontramos ante una norma de carácter procesal.

3. No obstante esto, desde hace algunos años ha surgido en la ciencia jurídica de algunos países –v. gr. Italia, España, Alemania- una manera especial de sistematizar las normas que tienen el común denominador de referirse a un mismo fenómeno: el factor religioso de los ciudadanos en su dimensión social, cualquiera sea la manifestación específica de esa dimensión. Estas normas, por su parte, encuentran en el mismo ordenamiento sus principios inspiradores y ordenadores,

⁵ Un ejemplo lo constituye Chile durante todo el período indiano y posterior a la independencia hasta la Constitución de 1925: el Estado asumía una actitud positiva hacia lo religioso, afirmando la existencia de una religión oficial y desarrollando toda una política de Estado al punto que algún autor, como lo veremos más adelante, lo ha calificado de ‘Estado misional’. Vid infra n. 69.

⁶ Un ejemplo importante en el siglo XX lo constituye Estados Unidos de Norteamérica que, en virtud de la primera enmienda constitucional, ha mantenido una total neutralidad frente a lo religioso, lo que se tradujo, entre otras consecuencias, que no tuviera embajador acreditado ante la Santa Sede hasta tiempos recientes, en concreto, el pontificado de Juan Pablo II. G. M. MORÁN, *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA* (Santiago de Compostela 1989); F. ONIDA, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense* (Milano 1979); él mismo, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli anni ottanta* (Milano 1984); ANTIEAU, BURKE, CARROLI, *Religion under the State Constitution* (New York 1965); SMITH, *Religious liberty in the United States* (Philadelphia 1972); WORTON, *Freedom of Religion* (Rochelle Park, New Jersey 1975).

⁷ Se pueden mencionar como ejemplo en el siglo XX todos los países situados detrás de la llamada cortina de hierro, cuyo caso más radical era Albania, único país en el que se afirmaba constitucionalmente el ateísmo del Estado en su Constitución de 1967: art. 37 ‘L’État ne reconnaît absolument aucune religion, soutient et développe la propagande athée pour implanter dans l’humanité les conceptions scientifiques matérialistes’. M. GJIDARA, *Le statut des religions dans les États socialistes d’Europe centrale de 1945 a 1989*, en J. B. D’ONORIO (dir.), *La liberté religieuse dans le monde. Analyse doctrinale et politique* (Campin, Belgique 1991) 212 n. 3.

algunos de los cuales son de rango constitucional, como el derecho de libertad religiosa o el de laicidad del Estado.

El conjunto de normas que regula el hecho religioso en su dimensión social a la luz de estos principios ordenadores es el Derecho Eclesiástico del Estado. Y constituye una rama autónoma de la ciencia jurídica en diversos Estados contemporáneos⁸.

En las páginas que siguen intento presentar los orígenes históricos y el posterior desarrollo de esta nueva rama del Derecho.

I. DERECHO ECLESIAÍSTICO Y ESTADO MODERNO

4. Si el Derecho Eclesiástico es aquel sector del ordenamiento jurídico del Estado que regula el factor religioso de sus ciudadanos en su dimensión social, se comprende con facilidad que los presupuestos históricos para la aparición de sus primeras manifestaciones se dan precisamente como consecuencia de la aparición del Estado moderno⁹. Es por lo que sus más remotos orígenes hay que situarlos en las intervenciones en materia eclesiástica de los nacientes estados nacionales durante los siglos XIV y XV.

Según Lombardía, en los comienzos del siglo XIV “se advierten ya las iniciales bases de una tendencia histórica de progresivo afianzamiento de la supremacía del poder temporal sobre el espiritual, que llega hasta nuestros días”, en el que es posible detectar dos distintas etapas que, si bien son sucesivas, constituyen ambas un único fenómeno histórico cuyo protagonista es el poder temporal. Ambas, sin embargo, no podemos entenderlas si antes no nos referimos al llamado ‘dualismo gelasiano’: no muchos años después de la caída definitiva del imperio romano de Occidente (476) el Papa Gelasio I (492-496) formuló las primeras exposiciones oficiales hechas por un Papa del dualismo cristiano, esto es, de la distinción evangélica entre las cosas que son del César y las que son de Dios¹⁰, estableciendo el principio de la existencia de dos poderes: el poder temporal y el poder espiritual¹¹ autónomos cada uno en su orden. Ahora bien, el modo práctico que propone la Iglesia desde Gelasio para delimitar el orden espiritual del temporal implica, por una parte, que la Iglesia se estructura de acuerdo con su condición de Reino de Dios en la tierra, como una sociedad jerárquicamente organizada, en cuyos dignatarios reconocen los fieles a sus maestros, sacerdotes y pastores en lo que atañe a la vida religiosa. Y, por otra, implica que el poder de los que rigen la Iglesia ha de ser reconocido por quienes detentan el poder temporal no sólo como un hecho, *sino como algo derivado*

⁸ En estos Estados, como por ejemplo España e Italia, el derecho Eclesiástico del Estado es, además, una asignatura autónoma integrada en la malla curricular de los ramos que se enseñan en las Facultades de Derecho.

⁹ P. LOMBARDÍA, *Síntesis histórica*, en AA. VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español* (Pamplona 1980) 131.

¹⁰ Mt 22, 15-22; Mc 12, 13-17.

¹¹ Particularmente famosa es una carta que el año 494 dirige Gelasio I a Anastasio I, emperador de Oriente, en la que se contiene un texto especialmente significativo: “Hay dos principios, Emperador Augusto, por los cuales principalmente se rige el mundo: la autoridad sagrada de los pontífices y la potestad real”. Su texto bilingüe en E. GALLEGU BLANCO, *Relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media* (Madrid 1973) 82-83.

de la voluntad de Dios, con la consiguiente aceptación de entender que hay asuntos para los que la autoridad temporal es del todo incompetente porque corresponden en exclusiva al ‘otro principio’, el eclesiástico, de los dos por los que se rige el mundo “según la vigorosa expresión del Papa Gelasio”¹².

Supuesto este dualismo gelasiano podemos entender, ahora, las dos etapas por las que pasa el progresivo afianzamiento de la supremacía del poder temporal sobre el espiritual: i) en una de ellas se acepta el principio del dualismo gelasiano, aunque interpretado en la práctica de suerte que el poder temporal pudiera ejercer una efectiva supremacía sobre el espiritual; es la visión del dualismo típica de las monarquías absolutas de la Edad Moderna que, “mediante el sistema regalista, al mismo tiempo que reconocían el primado espiritual de los Papas, atribuían al monarca prácticamente todas las competencias en materia eclesiástica”¹³; esta etapa se prolonga hasta la crisis de las monarquías católicas absolutas en las revoluciones del siglo XVIII y encuentra aun una residual continuación en los Estados confesionales de la época del constitucionalismo e incluso en determinadas explicaciones de las relaciones pacticias Iglesia-Estado de nuestro tiempo. ii) La otra lleva pura y simplemente a la negación de las bases mismas del dualismo gelasiano, en cuanto que el poder temporal se afirma como el único principio del gobierno de los hombres y considera a los grupos religiosos como entidades legales o ilegales, dignas de represión o de respeto e incluso de protección; pero ello, porque así se deduce de los principios en los que el poder temporal basa su política –al margen de cualquier criterio religioso- y no porque considere que su poder esté compartido con el espiritual, en virtud de la ordenación divina. Entre los primeros que se sitúan en esta línea quizá haya que mencionar a Marsilio de Padua (c. 1275- c. 1343) que en la más famosa de sus obras, el *Defensor pacis* (1324), no sólo aporta argumentos a favor del poder temporal sobre la base de una limitación de las competencias del poder espiritual, sino que cuestiona la existencia misma de éste, y con ello, toda posibilidad de dualismo¹⁴.

Es por lo que a la luz de lo anterior Lombardía¹⁵ puede afirmar que “las bases de la ilimitada soberanía del Estado moderno se sientan mediante opiniones relativas a cuestiones religiosas”.

5. Las iniciales intervenciones de los nacientes Estados en materias religiosas se hicieron mucho más intensas durante la llamada Edad Moderna tanto en los países en los que triunfó la reforma protestante como en aquellos que siguieron

¹² LOMBARDÍA (n. 9) 47.

¹³ LOMBARDÍA (n. 9) 63.

¹⁴ Para Marsilio, la Iglesia es el ‘conjunto de fieles que creen en Cristo e invocan su nombre’. En este conjunto de fieles, algunos –los sacerdotes- habían recibido de Dios ‘poderes’ sacramentales, que se concretaban, fundamentalmente, en la consagración de la Eucaristía y en el perdón de los pecados; pero, en orden a la estructuración de la Iglesia como sociedad y al gobierno de los fieles, ningún poder residía en los sacerdotes, ni en nadie fuera de los príncipes, a quienes en definitiva correspondía incluso el destino de los ordenados a desempeñar sus poderes sacramentales en la asistencia espiritual de una concreta comunidad. La jerarquía eclesiástica que Marsilio veía establecida en su tiempo, era para él de Derecho humano; es decir, derivada del poder temporal, no basada en la voluntad de Dios. Al mismo Papa, en rigor, no correspondía, según este autor, otra potestad que la derivada del carácter sacerdotal. Lombardía (n. 9) 63. Vid G. DE LEGARDE, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-Age, II. Marsile de Padoue* (Wien 1934); A. CHECCHINI, N. BOBBIO (a cura di), *Marsilio da Padova. Studi raccolti nel IV centenario della morte* (Padova 1942).

¹⁵ LOMBARDÍA (n. 9) 63.

siendo Estados católicos: en los primeros, como consecuencia de la solución dada por la reforma al tema de las relaciones entre el derecho y la vida religiosa; en los segundos, por la aplicación de los criterios del regalismo.

En términos generales puede afirmarse que, pese a las divergencias doctrinales entre sus diversas corrientes, el protestantismo rechazó la Iglesia jurídica y jerárquica, rechazo que quedó expresivamente manifestado por Lutero (1483-1546) cuando quemó en la plaza pública los libros del *Corpus Iuris Canonici* y la bula en la que se le excomulgaba (1520). Con esto, la idea de un poder espiritual distinto del temporal estaba destinada al abandono por parte del naciente protestantismo que llevó hasta sus últimas consecuencias el camino marcado por Marsilio de Padua. Sin una idea clara de jerarquía espiritual distinta de la temporal, caía por su base la posibilidad misma de un planteamiento dualista de las relaciones entre religión y política¹⁶: es la concepción protestante sobre la Iglesia como Iglesia interior e invisible, que lleva a ceder a la autoridad civil la soberanía sobre la conducta externa de los miembros de la comunidad religiosa, situación que se consolida con la paz de Westfalia (1648), mediante la consagración del principio de confesionalidad del Estado, vinculado entonces a la religión practicada por el príncipe, *cuius regio illius religio*. De esta manera, “es claro que la reforma protestante, al apartarse de la idea de la Iglesia jerárquica, presta un indirecto pero eficazísimo apoyo al absolutismo estatal, entonces en plena expansión”¹⁷.

Esta tendencia histórica desdibujadora del dualismo, coloca al Estado absoluto en la función de protagonista del gobierno de la vida religiosa y, al mismo tiempo que refuerza el absolutismo estatal, colorea aun más intensamente a la organización política de una significación religiosa. Después de que la reforma triunfó en amplios territorios europeos, los monarcas tomaron partido, ora en favor de la difusión de la reforma, ora en pro de la conservación de la fe tradicional; de esta manera se pasó de una Europa unida en la fe católica y sustentada en un imperio que daba una cierta estructura institucional unitaria a la Cristiandad medieval, a una Europa dividida en Estados absolutos, autocalificados de católicos o protestantes y en los que la unidad religiosa se considera presupuesto fundamental de su cohesión interna. Es cierto que el Imperio y los reinos medievales tenían una clara significación religiosa al punto de ser piezas políticas de la cristiandad; pero fue después de la división religiosa cuando los Estados empezaron a tener una religión como uno de los rasgos que les individualizaba frente a otros Estados. “Es, realmente, en esta coyuntura histórica, cuando cobra todo su sentido la idea de Estado confesional... En este contexto se comprende el histórico nexo entre confesionalidad e intolerancia –represión estatal de los ciudadanos disidentes en materia de religión- y también las reclamaciones y concesiones de tolerancia que aparecen en este período histórico. La tolerancia se concibe como la concesión de una fórmula jurídica que proteja de algún modo la

¹⁶ LOMBARDÍA (n. 9) 66. Vid. D. BARILLARO, *Società civile e Società religiosa. Dalla riforma alla restaurazione* (Milano 1978) 12-24, con abundante bibliografía.

¹⁷ Lombardía (n. 9) 66. Para este autor, “sobre la base de su radical pesimismo respecto de las posibilidades de virtud del hombre, Lutero afirma que sólo los príncipes tienen la competencia para dar leyes y para imponer el orden reprimiendo a los malvados; sobre ellos recae la responsabilidad de organizar los distintos aspectos de la vida colectiva, incluido cuanto es necesario para el desenvolvimiento del culto religioso. Esta tendencia hacia un único poder está presente, incluso en aquellas experiencias protestantes en las que se conserva una función episcopal o presbiteral. En todo caso desaparece la vinculación al Papa, pieza clave del dualismo cristiano. No deja de ser significativo que en el país en el que, a raíz de la separación de Roma quedan inicialmente intactos el patrimonio dogmático, la estructura jerárquica y los usos litúrgicos tradicionales (tal es el caso de Inglaterra), sea el rey quien asuma la función de cabeza de la Iglesia”.

posición de los ciudadanos que practican religiones distintas de la del príncipe. En estas reclamaciones de tolerancia están las raíces políticas de la idea de libertad religiosa, la primera de las libertades sentida y reclamada, cuya búsqueda contribuirá decisivamente a impulsar el movimiento a favor de los derechos del hombre, que habría de cobrar consistencia histórica a finales del siglo XVIII”¹⁸.

En los Estados que permanecieron fieles a Roma persistieron las bases que hicieron posible el dualismo cristiano. Con todo, desde el punto de vista político, presentaron elementos comunes a todos los Estados que se consolidaron en la Europa de las monarquías absolutas. Doctrinalmente se concibe a la Iglesia y al Estado como entidades independientes, pero corresponde a la Iglesia una cierta superioridad, en razón de la mayor excelencia del fin sobrenatural que persigue y de una ‘potestad indirecta’ en las cuestiones temporales¹⁹. De hecho, sin embargo, la consolidación de la autoridad real fue imponiendo la praxis de que los reyes interviniesen cada vez con mayor intensidad en las cuestiones internas de la Iglesia, al tiempo que la crisis del sistema medieval en el que estaba inserta la Iglesia, la dejaba debilitada. Por su parte, la burocracia que junto al monarca empieza a ocuparse de la actividad administrativa tiende a interesarse en las cuestiones relativas a la actividad de las entidades eclesiasísticas que constituían una pieza importante de los problemas económicos y sociales del Estado. Y desde la perspectiva del derecho, el paulatino desarrollo del derecho real pretendió imponerse, por un lado, a los derechos municipales, estatutarios y feudales y, por otro, al *ius commune* del cual era parte importante el *Corpus Iuris Canonici*.

Todos estos elementos confluyeron para fraguar un sistema que, sin desconocer en línea de principios la independencia de la Iglesia y respetando consecuentemente el dualismo cristiano, se concretó “en un intensísimo control de la vida de la Iglesia por parte de los monarcas católicos”²⁰ dando origen, en palabras de De la Hera, a una ‘herejía administrativa’²¹ que se fue desarrollando con creciente intensidad durante los siglos XVI, XVII y XVIII con características comunes en todos los Estados católicos, pero diversidad de modalidades y denominaciones en los distintos países: ‘regalismo’ en España, ‘galicanismo’ en Francia, ‘jurisdiccionalismo’ en Italia, ‘febronianismo’ en Alemania, ‘josefinismo’ en Austria²².

La fundamentación original se buscó en argumentos histórico-jurídicos, muchas veces artificiosos, que buscaban justificar los derechos de los reyes en las materias eclesiales en

¹⁸ LOMBARDÍA (n. 9) 66-67, quien cita a O. GIACCHI, *Lo stato laico* (Milano 1978) 71: “Se podría decir que jamás como en esta época, es decir, hacia finales del siglo XVI, el Estado es más ‘confesional’ y menos ‘laico’, precisamente por esta identificación, consumada en medio de las más grandes y peligrosas luchas civiles de la Europa cristiana, entre poder político y confesión religiosa”.

¹⁹ La doctrina de la potestad indirecta *ratione peccati* aparece afirmada por algunos autores medievales como Sinibaldo de Fieschi, el futuro Inocencio IV (1243-1254). Fue reelaborada en el siglo XV por Torquemada (1388-1468) en el contexto de la doctrina tomista que distingue más netamente el orden temporal del sobrenatural. Sus más autorizados valedores fueron Roberto Belarmino (1542-1621) y Francisco Suárez (1548-1617), y, con muchas matizaciones, ha llegado prácticamente hasta nuestros días. Vid. A. DE LA HERA, *Posibilidades actuales de la teoría de la potestad indirecta*, en AA. VV., *Iglesia y derecho* (Salamanca 1965) 774-800; V. REINA, *La teoría de la potestad indirecta: precisiones*, en *Ius Canonium* 7 (1967) 107-18.

²⁰ LOMBARDÍA (n. 9) 69.

²¹ A. DE LA HERA, *Evolución de las doctrinas sobre las relaciones entre la Iglesia y el poder temporal*, en AA. VV., *Derecho canónico* 2 ed. (Pamplona 1977) 641; y en otros trabajos de este autor sobre el regalismo, como los citados en la nota que sigue.

²² Sobre el regalismo puede verse A. DE LA HERA, *Regalismo*, en *Diccionario de Historia Eclesiástica* 3 (Madrid 1974); sobre el regalismo en Indias vid. *infra* n. 68.

antiguos privilegios de concesión pontificia o eclesial. En la medida que fue avanzando el tiempo, sin embargo, la fundamentación se basó en el pretendido ‘derecho divino de los reyes’ cuyo punto de partida estaba en la afirmación de la doctrina católica del origen divino del poder: de esta manera, el rey sólo es responsable ante Dios. “Con tales planteamientos –y dado que los monarcas católicos eran los que defendía a la Iglesia en las luchas de la época, los que impulsaban la evangelización de los pueblos recién descubiertos y los que contribuían, en ocasiones con innegable eficacia, a la reforma de la Iglesia- a nadie podía sorprender que se arrogaran una intensa intervención en la gestión de las cuestiones religiosas”²³.

6. El Estado moderno se afirmó a partir de las monarquías absolutas, las que afianzaron su poder a costa de la nobleza, de la burguesía de las ciudades y de la jerarquía eclesiástica nacional. Pero también se hizo afirmando el poder real frente al Papa, discutiendo, por una parte, las funciones que estos habían desempeñado en el orden político de la Cristiandad medieval e invadiendo, por otra, el ámbito de la competencia de las autoridades eclesiásticas en materias relativas al orden interno de la Iglesia. Puede, entonces, afirmarse que el fenómeno del Derecho Eclesiástico del Estado implicó un desconocimiento por parte del poder civil, de la exclusiva competencia eclesiástica para el gobierno de las cuestiones de índole religiosa y, consecuentemente, ha significado un progresivo debilitamiento del reconocimiento por el poder temporal del principio del dualismo cristiano. “La materia eclesiástica fue, por tanto, uno de los ámbitos en los que más precozmente se manifestó la tendencia del Estado moderno a configurar todos los aspectos de la vida social, sometiénolos al imperio de sus disposiciones jurídicas”²⁴.

La progresiva afirmación del principio de un Estado laico, que se sentía desvinculado del Derecho divino, facilitó una profunda crisis del dualismo cristiano *desde la perspectiva del Estado*. Puesto que ya no se considera un principio de orden jurídico secular la división del gobierno de los hombres, por voluntad divina, entre dos potestades –temporal y espiritual- la regulación de la dimensión social de la vida religiosa dependería, en definitiva, de la voluntad del Estado, concretada en las normas de su derecho. Esta tendencia, que se desarrolló en Europa y en Iberoamérica, curiosamente admitió determinadas manifestaciones del dualismo, tales como la exigencia del respeto a la religión de la mayoría de los ciudadanos, el reconocimiento de la personalidad internacional de la Santa Sede, la consideración de los concordatos con rango análogo al de los tratados internacionales, etc. De esta manera, el principio de confesionalidad del Estado, instrumentado a través de los concordatos, y el principio de tolerancia, informaron la legislación civil sobre materias eclesiásticas del Estado católico; pero ello se explica como opciones políticas del Estado frente a lo religioso y no como consecuencia de la aceptación de unos límites basados en la ley divina.

Es por lo que la crisis del dualismo que estoy afirmando, es tal crisis tan sólo desde la perspectiva del Estado moderno y no de la Iglesia católica, pues ésta sigue proclamándose dualista y reconociéndose a sí misma como sociedad inde-

²³ LOMBARDÍA (n. 9) 70.

²⁴ LOMBARDÍA (n. 9) 131-32.

pendiente y autónoma respecto al Estado. En otras palabras, lo que está en crisis es el reconocimiento por parte del Estado de los fundamentos de Derecho divino de la independencia de la Iglesia²⁵.

Con todo, y a pesar de la crisis del dualismo en clave estatal, el Estado moderno no se arrogó la competencia para dirigir la vida religiosa de los ciudadanos; por el contrario, las tendencias secularizadoras lo han llevado con frecuencia a declararse incompetente en materia religiosa. Y cuando esta laicidad del Estado se conjuga con la aceptación del principio del respeto a los derechos humanos, el ordenamiento estatal termina por reconocer y tutelar el derecho de libertad religiosa, atribuyendo de este modo un ámbito de autonomía a las actividades religiosas tanto individuales como colectivas.

II. DEL RACIONALISMO A LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

7. Originalmente la expresión ‘Derecho eclesiástico’ se utilizó para designar las normas dictadas por las competentes autoridades eclesiásticas en ejercicio de su poder espiritual. La explicación la encontramos en lo que hemos dicho precedentemente: si, por Derecho divino, el gobierno de los hombres estaba entregado a dos autoridades diversas, la temporal –autoridades estatales- y la espiritual –autoridades eclesiásticas-, las normas dictadas por la autoridad espiritual en su propio ámbito de competencias eran normas eclesiásticas. Era la simple consecuencia del planteamiento dualista, y ello no se alteraba por la existencia de zonas fronterizas en las que no era clara la delimitación de las competencias de cada una de estas autoridades. Desde esta perspectiva, ‘Derecho eclesiástico’ era sinónimo de ‘Derecho canónico’.

Adolfo Harnack puso de relieve (1903) que la primera utilización del término Derecho eclesiástico se encuentra en Roma en torno al año 375 para referirse con él a la potestad de la Iglesia para perdonar los pecados. De esta manera, durante siglos el término fue reservado para referirse al derecho de la Iglesia, siendo un término intercambiable con el de Derecho canónico²⁶. De hecho, en la Edad Media, algunos decretistas, como Paucapalea, Rufino, Etienne

²⁵ Basta leer algunos textos del Concilio Vaticano II: “La comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin embargo, aunque por título diverso, están al servicio de la vocación personal y social del hombre. Este servicio lo realizarán con tanta eficacia, para bien de todos, cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas, habida cuenta de las circunstancias de lugar y tiempo” (constitución *Lumen gentium* 76). “Entre los elementos integrantes de la Iglesia, e incluso del bien de la misma sociedad temporal, y que, por tanto, hay que mantener siempre y en todas partes, y defender contra toda injusticia, es sin duda el más importante el que la Iglesia disfrute de la libertad de acción que requiera el procurar la salvación de los hombres. Porque se trata de una libertad sagrada, con la que el unigénito Hijo de Dios enriqueció a la Iglesia, adquirida con su sangre. Es una realidad tan propia de la Iglesia, que quienes la impugnan obran contra la voluntad de Dios. La libertad de la Iglesia es el principio fundamental en las relaciones de la Iglesia con los poderes públicos y toda la organización civil” (declaración *Dignitatis humanae* 13).

²⁶ I. C. IBÁN, *Derecho canónico y ciencia jurídica* (Madrid 1983) 183-84.

de Tournai, utilizaban de manera indiferente las expresiones *ius canonicum* y *ius ecclesiasticum*, términos que les parecían sinónimos²⁷; y todavía en 1913, Wernz afirmaba que “*denique nunc inter ius canonicum et ius ecclesiasticum non ea differentia est admittenda*”²⁸, concepción que pasa al *Código de Derecho Canónico* de 1917 merced a su intervención en su elaboración, lo que le permite a Ibán afirmar “que para este cuerpo legal *Ius canonicum* y *Ius ecclesiasticum* son términos sinónimos”²⁹. Este planteamiento, sin embargo, se mantuvo al margen de la interesante evolución que el término *ius ecclesiasticum* empezó a tener como veremos inmediatamente.

La situación cambió cuando el orden jurídico temporal empezó a explicarse sobre bases distintas, excluyéndose una apelación al Derecho divino positivo, lo que sucedió con la Escuela racionalista del Derecho natural que se desarrolló, precisamente, a partir del método de Grocio “de pensar los problemas fundamentales del orden jurídico a la sola luz de la razón, ‘como si Dios no existiera’ ”³⁰. En efecto, en un clima teológico protestante y bajo la influencia del iusnaturalismo racionalista de Pufendorf (1632-1694) y Thomasius (1655-1728), surgió en el siglo XVIII en la Universidad de Halle una ‘Escuela de Derecho Eclesiástico Natural’ “cuyos conceptos no debían deducirse del Derecho positivo, sino de esquemas abstractos, apriorísticamente elaborados por la razón. Sobre estas bases, por ejemplo, los autores de esta Escuela construyeron la noción de iglesia, no para referirse a lo que la Teología cristiana, católica o protestante, puede entender por la Iglesia de Cristo; sino para designar a cualquier sociedad reunida en función de un culto común”³¹. En otras palabras, se identificaba la materia eclesiástica desde la perspectiva de la razón y con carácter previo a cualquier Derecho positivo fuera éste de procedencia eclesiástica o estatal. De esta manera el Derecho eclesiástico se entendía ahora como una ciencia jurídica unitaria, dedicada a los problemas del derecho sobre ‘materia’ eclesiástica, en lo que un autor italiano ha llamado ‘la concepción monista del Derecho eclesiástico’³².

A Tomasio se atribuye la distinción entre orden moral y orden jurídico, basada en la di-

²⁷ R. METZ, *Droi canonique et droit ecclesiastique. Problème de terminologie*, en *Revue de Droit Canonique* 29 (1979) 25.

²⁸ F. X. WERNZ, *Ius Decretalium ad usum Praelectionum in Scholis Textus Canonici sive Ius Decretalium. I: Introductio in Ius Decretalium*, 3 ed. (Prati 1913) 60 n. 26.

²⁹ IBÁN, *Derecho* (n. 26) 186.

³⁰ LOMBARDÍA (n. 9) 134. La expresión de Grocio “*etiamsi daremus... non esse Deum*” se encuentra en los *Prolegomena* de su *De jure belli ac pacis*, en la edición de Ámsterdam de 1646. Sobre esta expresión vid. J. HERVADA, *Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis “etiamsi daremus” de Grocio*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (1982) 351-68 = *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva serie 1 (1984) 285-300; hay también versión inglesa en *Grotiana New Series* 4 (1983). Una buena síntesis del iusnaturalismo racionalista, con bibliografía, en A. GUZMÁN BRITO, *La Fijación del Derecho* (Valparaíso 1977) 55-90.

³¹ LOMBARDÍA (n. 9) 134; L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica* (Milano 1970) 10-19.

³² L. DE LUCA, *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico* (Padova 1946).

mención interior y exterior de la actividad humana. Según él, mientras la moralidad se refiere a la interioridad, el Derecho regula la actividad externa del hombre, que requiere, además, de intersubjetividad y la posibilidad de la coacción. De acuerdo con sus ideas protestantes, de carácter pietista, la esfera interior de la conciencia no puede ser objeto de restricción alguna por parte de la autoridad y del Derecho, aunque sobre ella pueda incidir la enseñanza moral de la Iglesia como comunidad espiritual y de culto, sin competencia en el ámbito de lo jurídico. A la autoridad civil le corresponde, en cambio, la regulación de la actividad externa de la sociedad, por medio de normas jurídicas dotadas de coacción que, en cuanto tales, no pueden extenderse a la esfera interior. Este planteamiento permite a Tomasio responder negativamente a la cuestión del carácter delictivo de la herejía, basándose en que el juicio sobre la verdad religiosa se mueve en la esfera interior de la conciencia y, por tanto, no puede ser objeto de sanción penal. Lo cual le lleva a defender la tolerancia y la libertad religiosa, considerando al Estado incompetente para ordenar los actos internos con su ordenamiento jurídico y sus facultades punitivas.

La reivindicación de la libertad de pensamientos, de conciencia y religión que Tomasio lleva a cabo en su obra, se completa después en la Escuela de Halle por la elaboración de una concepción racionalista de la religión y de la Iglesia, consideradas desde la perspectiva de la ley natural³³.

“Nos encontramos ya aquí un planteamiento que aún perdura en la ciencia del Derecho eclesiástico; a saber, que tal rama del Derecho se califique como eclesiástica en razón de la materia tratada, no en razón de la fuente de la que proceden las normas de Derecho positivo, que en el caso de la Escuela de Derecho eclesiástico natural, dado su método, no eran objeto directo de consideración. Es más, este estudio del Derecho a la luz de la razón, habría de asumir una actitud crítica ante el Derecho positivo del momento; típica es en este sentido, la fundamentación racionalista del derecho de libertad religiosa, frente a la intolerancia de los Estados absolutos, que daría contenido al clima intelectual iluminista que está en la base de las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII”³⁴.

En todo caso es preciso tener en cuenta, como lo ha observado Molano³⁵, que este planteamiento monista de las fuentes del Derecho eclesiástico en esta época es más bien propio de los juristas protestantes, pues los juristas católicos, en momentos en que está en vigencia el regalismo, no podían dejar de reconocer la existencia de un Derecho canónico junto a los derechos *circa sacra* de las autoridades civiles. Un ejemplo de ello es la Escuela de Wurzburg que coincide con la de Halle en la fundamentación iusnaturalista del Derecho, pero distingue diversidad de fuentes, canónicas y civiles, a la hora de considerar el derecho positivo.

8. Esta concepción monista del Derecho eclesiástico, cuyo contenido lo proporciona la ‘materia’ sin dar mayor consideración a la fuente de que emana – estatal o eclesiástica-, recibió ‘un extraordinario impulso’ con la Escuela histórica

³³ E. MOLANO, *Introducción al estudio del Derecho canónico y del Derecho eclesiástico del Estado* (Barcelona 1984) 194-195; G. FASSO, *Historia de la filosofía del derecho*, 3 ed., 2 (Madrid 1982) 167-73.

³⁴ LOMBARDÍA (n. 9) 134.

³⁵ MOLANO (n. 33) 195.

del Derecho. Frente a la pretensión iusracionalista de búsqueda de un derecho basado en la razón, de valor absoluto e inmutable, la Escuela histórica entendió que era ‘el espíritu del pueblo’ –el *Volksgeist* de Savigny– el criterio clave de comprensión del fenómeno jurídico, que el jurista debía captar en los hechos, en las manifestaciones del espíritu popular; se centraba así la atención del jurista en el campo de los hechos, de la dinámica histórica y en una perspectiva nacionalista.

El resultado fue que la atención de los eclesiasticistas de esta Escuela se centró en la regulación de la materia eclesiástica en la dinámica histórica del pueblo alemán. Como al hacerlo se encontraron con que, en algunos períodos, las normas fundamentales eran de origen eclesiástico, mientras que en otros eran de origen estatal, el sistema de Derecho eclesiástico de estos autores integró, por una parte, tanto el Derecho del pasado como el del presente y, por otra, tanto el dictado por la Iglesia como el establecido por el Estado. Así, en Alemania se llegó a la construcción de un sistema de Derecho eclesiástico en el que se integraron los datos de Derecho positivo tanto de origen estatal como religioso y, entre éstos, tanto católicos como protestantes. El problema era que las relaciones Iglesia-Estado no eran concebidas de la misma manera por católicos y protestantes; no obstante esto, coexistieron una concepción católica y una concepción protestante del Derecho eclesiástico, pero ambas, de manera compatible con sus respectivos postulados de base, tuvieron la aspiración de integrar el pasado y el presente, las normas de procedencia religiosa y las normas estatales³⁶. De esta manera, los tratados de *Kirchenrecht* comprendían el Derecho eclesiástico de los diversos períodos históricos, agrupado en torno a los tres grandes centros de producción jurídica –Iglesia católica, iglesia evangélica, Estado– formando un extenso sistema de Derecho cuya unidad derivaba *ratione materiae*³⁷.

La significación que alcanzaron los planteamientos de esta Escuela en el ámbito del Derecho eclesiástico no sólo se debió al alto nivel científico que alcanzó la disciplina, sino también a la gran calidad intelectual de muchos de sus cultivadores, entre los que se pueden mencionar C. F. Eichhorn (+1854), R. Söhm (+1917), P. Hinschius (+1898), E. Friedberg (+1910), E. Shekel (+1922), E. L. Richter (+1864), R. Von Scherer (+1918), J. B. Sagmüller (+1942), F. H. Vering (+1896), F. Amasen (+1900), J. F. von Shulte (+1914), F. Waltery (+1879), G. Phillips (+1872). Entre estos autores se menciona también a Francesco Ruffini (+1934) quien desempeñó un papel importante como representante de esta Escuela en Italia, como veremos³⁸.

Los cultivadores del *Kirchenrecht*, y con ellos Ruffini como veremos, habían introducido dentro del concepto de Derecho eclesiástico normas de origen estatal. De esta manera en el ámbito de esta disciplina convivían normas origen eclesial

³⁶ LOMBARDÍA (n.9) 135.

³⁷ MOLANO (n. 33) 196; DE LUCA, *Diritto* (n. 31) 22-32.

³⁸ Sobre la Escuela histórica del Derecho eclesiástico vid. DE LUCA, *Il concetto* (n. 32) 50-70; A. DE LA HERA, *Introducción a la ciencia del Derecho canónico* (Madrid 1967) 81-104.

junto a otras de origen estatal. “El *Ius ecclesiasticum* no era ya *Ius canonicum*, pero una parte del *Ius ecclesiasticum* era *Ius canonicum*. El siguiente paso que se debería dar –y que de hecho se dio– para llegar al concepto actual de Derecho eclesiástico, era el de expulsar del ámbito del *Ius ecclesiasticum* al *Ius canonicum*, de convertir al *Ius ecclesiasticum* en *Ius rei civilis*”³⁹.

III. EL INFLUJO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

9. La incidencia de la filosofía de Augusto Comte (1782-1837) en el campo del Derecho llevó consigo la consideración de la Ciencia jurídica como Ciencia del Derecho positivo. Este planteamiento, a imitación de las ciencias naturales, impulsó a interrogarse por la causa del Derecho, temática que se concretó en la de la fuente de las normas jurídicas. La respuesta dominante fue inicialmente que el Estado era la única fuente del Derecho.

Este planteamiento proyectado al Derecho eclesiástico reforzó la concepción monista. No se innovó en cuanto a entender el Derecho eclesiástico en razón de la materia, como se venía haciendo ya, pero sí se innovó en cuanto a la fuente, porque ahora Derecho eclesiástico sería el conjunto de normas *dictadas por el Estado* para regular la materia eclesiástica. De esta manera, la normas dictadas por la Iglesia sólo podía considerarse jurídicas cuando su aplicación era impuesta coactivamente por el Estado.

Un tal planteamiento llevaba consigo la negación del carácter jurídico de toda norma confesional, incluido el Derecho canónico. No era la primera vez que se planteaba este tema, pero hasta el positivismo jurídico, la discusión había sido más bien de carácter teológico, vinculada a la reflexión de si el derecho era compatible con la naturaleza de la Iglesia y había sido planteada, en distintos momentos históricos, por movimientos denominados genéricamente ‘espiritualistas’⁴⁰. La elaboración más técnica de las exposiciones en este sentido la había hecho uno de los eclesiasticistas de la Escuela histórica alemana, Rudolph Söhm⁴¹.

Con el positivismo, la discusión salió del campo teológico y pasó al jurídico. Naturalmente, a estos juristas poco les interesaban los temas referidos a la naturaleza de la Iglesia; la negación del carácter jurídico del Derecho canónico fue simplemente la consecuencia lógica de sus planteamientos estatalistas⁴².

10. Esta postura positivista, que había surgido en el área cultural germana,

³⁹ I. C. IBÁN, *Derecho* (n. 26) 192.

⁴⁰ Vid. J. SALAVERRI, *El Derecho en el misterio de la Iglesia*, en AA. VV., *Trabajos de la V Semana de Derecho Canónico* (Barcelona 1956) 1-54.

⁴¹ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Sacramento-Iglesia-Derecho en el pensamiento de R. Söhm* (Oviedo 1969); FORCHIELLI, *La giuridicità del Diritto Canonico al vaglio della dottrina contemporanea*, en AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo del Giudice 2* (Milano 1953) 485-91; SALAVERRI, *El derecho en el misterio de la Iglesia*, en AA. VV., *Investigación y elaboración del Derecho Canónico*. Trabajos de la V Semana de Derecho Canónico (Barcelona 1956) 11-14.

⁴² Vid. J. MALDONADO, *Acerca del carácter jurídico del ordenamiento canónico*, en *Revista Española de Derecho Canónico* 1 (1946) 67-104.

pasó pronto a Italia donde los primeros exponentes del Derecho eclesiástico empezaron a hablar, a fines del siglo XIX y principios del XX, de un ‘Derecho eclesiástico en sentido moderno’, el que estaba constituido sólo por normas estatales, si bien podían integrarse al mismo otras de procedencia canónica siempre y cuando ellas fueran recibidas por el ordenamiento del Estado. De esta manera, el reconocimiento por parte del Estado era el origen de la juridicidad de las normas canónicas recibidas. Entre estos juristas se pueden mencionar Schiappoli, Manenti, Simoncelli, Olmo, y V. del Giudice en sus escritos de juventud⁴³.

11. Para entender la interesante evolución del Derecho eclesiástico en Italia⁴⁴ es menester, sin embargo, detenernos en algunas ideas previas. El Derecho canónico y la Teología dejaron de enseñarse en las universidades italianas como una reacción, surgida en el clima cultural de la Italia del ‘resorgimento’, frente a las enseñanzas confesionales. De esta manera el Derecho eclesiástico se explica en Italia como una materia que vino a colmar de alguna manera el vacío dejado por la desaparición de la enseñanza del Derecho canónico en las universidades. Pero no fue la sustitución de una disciplina por otra, sino que esta segunda tuvo un carácter marcadamente diferente, incluso encontrado, con la primera. “El Derecho canónico frente al que se reaccionaba, no significaba solamente la enseñanza de las normas dictadas por la Iglesia en virtud de su poder espiritual; se reaccionaba también frente al espíritu eclesiástico en la comprensión del tratamiento jurídico de las materias religiosas, que reivindicaba, por razones doctrinales, la competencia exclusiva de la Iglesia. Frente a los canonistas de orientación curial, los cultivadores del Derecho eclesiástico ‘en sentido moderno’ se sienten juristas del Estado, independientes con respecto a las tesis pontificias, estudiosos del Derecho”⁴⁵.

Esta actitud, en todo caso, no sólo era metodológica. La mayor parte de quienes la adoptaron inicialmente o no eran católicos o eran muy críticos a la Iglesia; es por lo que en “el pleito político y religioso de los años inmediatamente posteriores a la unidad de Italia, si el Derecho canónico, cuya enseñanza había desaparecido de las Universidades estatales italianas y estaba relegado a los seminarios y Universidades pontificias, simbolizaba la defensa de las tesis del Papa, el Derecho eclesiástico era el símbolo de la defensa de la Italia unitaria y liberal”⁴⁶. Es en este clima en el que se desarrolla el debate de la Escuela italiana sobre el concepto del Derecho eclesiástico, debate en el que destacan dos grandes maestros: Francesco Ruffini y Francesco Scaduto.

⁴³ Un estudio de las distintas posiciones y una visión de conjunto en DE LUCA, *Il concetto* (n. 32) 91-114.

⁴⁴ Sobre la Escuela italiana, en general, vid. P. Lombardía (n. 9) 136-45; DE LUCA, *Il concetto* (n. 32) 123-55; ÉL MISMO, *Diritto* (n. 31) 108-15; S. FERRARI, *Ideología e dogmatica nel diritto cclesiastico italiano. Manuali e riviste (1929-1979)* (Milano 1979). Sobre su influjo en España, A. DE LA HERA, *La ciencia del Derecho eclesiástico en Italia. Notas para su recepción en España*, en AA. VV., *El fenómeno religioso en España* (Madrid 1972) 77-115.

⁴⁵ LOMBARDÍA (n. 9) 137.

⁴⁶ LOMBARDÍA (n. 9) 138.

12. Francesco Ruffini había realizado estudios en Alemania y se había formado en la Escuela histórica como discípulo de E. Friedberg, de quien traduciría al italiano su Tratado de Derecho eclesiástico con numerosas anotaciones y adiciones, expresión de una importante labor creadora personal⁴⁷. “Su horizonte mental es el de la Escuela histórica; su ambición construir una ciencia que integre los elementos normativos, tanto de procedencia estatal como de procedencia eclesiástica católica o protestante”⁴⁸, manifestando al mismo tiempo un gran interés por el derecho de libertad religiosa, pues para Ruffini, el Estado no podía ser la única fuente del derecho eclesiástico, entre otras razones, porque “sería muy difícil poder determinar donde su acción jurídica tendría derecho de extenderse y donde, en cambio, terminaría por deformarse en una coacción de las conciencias”⁴⁹.

La autoridad doctrinal de Ruffini fue grande y formó numerosos discípulos, pero la crisis de la Escuela histórica impidió que tuviera continuadores. Su legado a la Escuela italiana de Derecho eclesiástico fue un continuado interés por los temas de Derecho canónico.

13. Francesco Scaduto, en cambio, se había formado en el positivismo que, como hemos visto, concebía al Derecho eclesiástico desde la perspectiva del Derecho del Estado. Es por lo que para este autor el Derecho eclesiástico “se ocupa de las leyes del poder civil sobre materias eclesiásticas. Los cánones y las decretales, que se refieren a las relaciones puramente internas de la Iglesia, conservan siempre una gran importancia histórica y sociológica, pero al jurista laico actual interesan sobre todo los que han sido reconocidos directa o indirectamente por el poder civil”⁵⁰. Es interesante destacar que Scaduto no negaba el carácter jurídico

⁴⁷ E. FRIEDBERG, *Trattato di diritto eclesiástico*, edizione italiana dall'Avv. Francesco Ruffini (Torino 1893). La nota es de LOMBARDÍA (n. 9) 138 n.197.

⁴⁸ LOMBARDÍA (n. 9) 138. He aquí el siguiente razonamiento de Ruffini en cuanto al concepto de Derecho eclesiástico que hace al traducir el *Trattato*: “Mentre la chiesa cattolica per diritto eclesiástico intende le norme proprie dell'istituto eclesiástico e dei rapporti ecclesiastici esterni dei membri che lo compongono; norme le quali o sono stabilite degli organi della chiesa, i soli che abbiano autorità di farlo, oppure si formano in forza del diritto consuetudinario per entro alle comunità ecclesiastiche; mentre quindi per la chiesa cattolica il diritto eclesiástico riceve questo suo speciale carattere tanto in forza del suo oggetto quanto ancora in forza del soggetto, da cui emana; la chiesa evangelica per contra riconosce anche lo stato come competente ad emanare norme di diritto eclesiástico, cosichè qui l'elemento oggettivo viene a mancare. Ma questo è pure il modo di vedere dello stato moderno, e della nostra esposizione; la quale in conseguenza non si dovrà limitare al diritto di quegli istituti, i quali, como il matrimoniale, vennero nei tempi moderni staccati dalla chiesa, cosichè essi non hanno più nel diritto eclesiástico se non il loro fondamento storico”. Lo tomo de I. C. IBÁN, *Derecho canónico y ciencia jurídica* (Madrid 1983) 190.

⁴⁹ F. RUFFINI, *Lezioni di diritto eclesiástico*, 1913-1914, raccolte dall'Avv. L. Sertorio (Torino) 80. La nota es de Lombardía (n. 9) 138 n. 198.

⁵⁰ “(el jurista no confesional) guardando la materia non tanto dal punto di vista della Chiesa quanto dall'altro dello Stato, più che del diritto dello Stato, più che del diritto eclesiástico puro ossia emanato dalla Chiesa si occupa dello leggi del potere civile in materia ecclesiastica. I

de las normas dictadas por la Iglesia; sólo que ellas no eran el objeto inmediato del estudio del Derecho eclesiástico ‘en sentido moderno’⁵¹.

A la larga, fue la corriente que arrancó de Scaduto la que encontró mayor acogida entre los profesores italianos. “La definitiva configuración de la disciplina se lograría, sin embargo, cuando, afirmado resueltamente el carácter jurídico del ordenamiento de la Iglesia, no con una argumentación confesional, sino sobre la base de la técnica del positivismo jurídico, la Escuela italiana distinga netamente las Ciencias del Derecho canónico y del Derecho eclesiástico, la primera dedicada al estudio del Derecho de la Iglesia, la segunda al Derecho del Estado sobre materias religiosas. Es lo que se ha llamado por de De Luca la concepción dualista del Derecho eclesiástico”⁵². En este proceso van a intervenir distintos autores, como Coviello o Del Giudice, y ello fue posible gracias a la doctrina de otro gran maestro italiano, Santi Romano y su teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos⁵³.

14. Santi Romano enseñó Derecho eclesiástico en la Universidad de Pisa entre 1909 y 1923, experiencia científica que pesó de manera decisiva en su modo de concebir el ordenamiento jurídico, superando el estatalismo normativista y con ello la consideración del Estado como única fuente del Derecho. Observó este autor “la tendencia de una numerosa serie de grupos sociales a constituirse un ámbito jurídico independiente”⁵⁴, esto es, a darse a sí mismos un propio ordenamiento jurídico. Afirmará, así, la pluralidad de ordenamientos y distinguirá entre ordenamientos jurídicos originales y ordenamientos jurídicos derivados, situando al derecho del Estado y al derecho de la Iglesia entre los primeros, esto es, entre los ordenamientos originales: “el ordenamiento de la Iglesia y el de cada Estado para las materias eclesiásticas son dos diversos y distintos ordenamientos, que tienen una propia esfera, fuentes propias, una propia organización, sanciones propias y no constituyen el uno junto al otro una verdadera unidad”⁵⁵.

canoni e le decretali, che riguardano i rapporti puramente interni della Chiesa, conservano sempre una grandísima importancia storica e sociologica, ma al giurista laico odierno interessano soprattutto quelli che sono stati riconosciuti direttamente ed indirettamente dal potere civile”. F. SCADUTO, *Il concetto moderno del diritto eclesiastico* (Palermo 1885) 14. La cita la tomo de Ibán, *Derecho* (n. 26) 192.

⁵¹ Estas ideas las concibe en una famosa proliación que pronunció en Palermo el 21 de noviembre de 1884 que, en opinión de LOMBARDÍA (n. 9) 139, puede considerarse como “el texto que define los perfiles de la Ciencia del Derecho Eclesiástico, entendida como el estudio de un sector del ordenamiento jurídico del Estado”. El texto de esta proliación es el que publica como *Il concetto moderno* (n. 50).

⁵² LOMBARDÍA (n. 9) 139.

⁵³ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*. Parte I (Pisa 1918 = Firenze 1951 = ed. española, Madrid 1963). Es, en opinión de Lombardía (n. 9) 140 n. 202, la obra de este autor que más ha influido en la evolución de las ciencias del Derecho Canónico y Derecho eclesiástico.

⁵⁴ SANTI ROMANO (n. 53) 102. La cita es de LOMBARDÍA (n. 9) 140 sobre la edición de 1918.

⁵⁵ SANTI ROMANO (n. 53) 108. La cita es de LOMBARDÍA, *ibíd.*

A partir de este momento la doctrina italiana distinguió ‘con nitidez creciente’ las ciencias del Derecho canónico y del Derecho eclesiástico, la primera como la ciencia del ordenamiento jurídico de la Iglesia, la segunda como la ciencia de la regulación del factor religioso por el ordenamiento jurídico del Estado. Autores como el ya mencionado Vincenzo Del Giudice, Mario Falco o Arturo Carlo Jemolo lograron, además, la autonomía didáctica de la asignatura, pues en 1936 se restauró la enseñanza del Derecho canónico en las Facultades estatales italianas de Derecho como disciplina distinta del Derecho eclesiástico que subsistió junto a la recientemente restaurada. “La tradición que arranca de Ruffini y Scaduto se concretará en la obra de sus discípulos en dos empresas distintas. Por una parte, la elaboración de la Ciencia del Derecho canónico con un planteamiento netamente técnico jurídico. Por otra, la construcción de una Ciencia del Derecho eclesiástico independientemente del Derecho canónico y concebida como una rama del derecho del Estado”⁵⁶.

La configuración de la disciplina y su cultivo en Italia no significó que ella tuviera una misma fisonomía; por el contrario, el progreso científico implicó también una evolución en el enfoque y en la temática de la misma.

IV. EVOLUCIÓN DE LA TEMÁTICA DEL DERECHO ECLESIASTICO EN ITALIA

15. Hemos apuntado que Ruffini, en bastante de sus cursos universitarios, había prestado especial atención al derecho de libertad religiosa, enfoque que no fue seguido por sus contemporáneos, quienes centraron sus cursos en el estudio de la consideración por parte del ordenamiento del Estado, de las confesiones religiosas; y como quiera que la Iglesia católica era la de la mayoría de los ciudadanos, el Derecho eclesiástico se concebía como el Derecho del Estado relativo a las confesiones religiosas, especialmente la Iglesia católica. Su preocupación era eminentemente institucional, centrando la atención en las confesiones, sus entes, sus ministros, su patrimonio, etc. El Derecho eclesiástico era así un *Ius rei civilis circa ecclesias*⁵⁷.

Dos circunstancias históricas facilitaron este enfoque institucional despreocupándose de la consideración de la libertad religiosa como derecho de los ciudadanos: una de ellas fue la implantación del régimen fascista en Italia que, por razones políticas, puso en sordina en las distintas ramas del Derecho público el tema de los derechos de libertad de los ciudadanos, impulsando en este sentido un Derecho positivo que incidió en una doctrina marcadamente positivista. La otra circunstancia fue la firma de los Pactos de Letrán (1929), lo que ofreció una importante materia de estudio, en la que predominaban, por su propia naturaleza, el tema de las relaciones bilaterales entre el Estado y la Iglesia católica, con el consiguiente reflejo en las conexiones del ordenamiento estatal y el ordenamiento canónico.

⁵⁶ LOMBARDÍA (n. 9) 140.

⁵⁷ IBÁN, *Derecho* (n. 26) 197.

La caída del régimen fascista y la promulgación de la Constitución republicana (1948) incidió fuertemente en la evolución de esta disciplina, dando origen a lo que se ha denominado la tercera etapa del Derecho eclesiástico italiano⁵⁸. Por de pronto, “al establecer un planteamiento democrático de los derechos de libertad, parecía llamada a originar una tendencia hacia un Derecho eclesiástico construido en torno al derecho de libertad religiosa, reconocido en el art. 19”; pero la misma Constitución “ofrecía seria base normativa a un Derecho eclesiástico de corte preferentemente institucional”⁵⁹. En líneas generales puede afirmarse que el clásico planteamiento institucional del Derecho eclesiástico fue dominante en la doctrina italiana durante bastantes años después de la promulgación de la Constitución. Se produjo, sin embargo, una ‘ampliación del objeto’, el que dejó de ser sólo la Iglesia católica para ampliarse a ‘las iglesias’ en general; el punto de referencia siguieron siendo los grupos religiosos y su posición en el ordenamiento jurídico italiano, sólo que antes era uno y ahora eran varios⁶⁰. En años más recientes, al final de la década de los cincuenta del siglo XX, se produjo, un ‘cambio’ – no una simple ‘ampliación’ -: comenzó a afianzarse en Italia una orientación de la disciplina, centrada en la consideración del derecho de libertad religiosa de los ciudadanos, tendencia que es la que, en general, subsiste hoy⁶¹. Pero esto nos saca de nuestro tema porque ya no estamos en los orígenes de la disciplina, que es lo que nos interesa, sino que nos sitúa ante las tendencias actuales de la misma, materia que trataremos en otro trabajo.

V. EL DERECHO ECLESIASTICO EN ESPAÑA

16. En España existió durante el siglo XIX una asignatura universitaria denominada ‘Disciplina eclesiástica’⁶², con ocasión de la cual se publicaron algunos libros, que Lombardía ha calificado de ‘estimables’, en los que se trataba del Derecho del Estado relativo a la materia religiosa junto al derecho procedente de fuentes eclesiásticas particulares de España⁶³, algunos de los cuales, incluso, utilizaron la denominación de ‘Derecho eclesiástico’⁶⁴. Desaparecida esta disciplina de

⁵⁸ MOLANO (n. 33) 200.

⁵⁹ LOMBARDÍA (n. 9) 142.

⁶⁰ IBÁN, PRIETO SANCHIS (n.) 23.

⁶¹ *Ibid.* 23-26.

⁶² Vid. J. PÉREZ ALHAMADA, *El Derecho canónico en la universidad española*, en *Ius Canonicum* 4 (1964) esp. 375-406.

⁶³ J. MARTÍN CARRAMOLINO, *Elementos de Derecho canónico con la disciplina particular de España* (Madrid 1857) 2 vols.; J. AGUIRRE, *Curso de disciplina eclesiástica general y particular de España* (Madrid 1857-1858) 4 vols., V. LA FUENTE, *Ecclesiasticae disciplinae lectiones*, 2 ed. (Madrid 1877) 2 vols.; F. GÓMEZ SALAZAR y V. LA FUENTE, *Lecciones de disciplina eclesiástica*, 2 ed. (Madrid 1877) 2 vols.; N. DE PASO y DELGADO, *Curso elemental de disciplina eclesiástica general y particular de España* (Granada 1874-1875) 2 vols.

⁶⁴ J. P. MORALES y ALONSO, *Tratado de Derecho eclesiástico general y particular de España*

los planes de estudio de las universidades, desapareció con ella la posibilidad de un desarrollo científico autónomo de la disciplina hasta tiempos muy recientes, salvo las posibilidades que ofrecían las cátedras de Derecho canónico en las Facultades de Derecho, si bien éstas se dedicaban al cultivo del Derecho de la Iglesia católica.

17. Tan sólo muy avanzado el siglo XX la disciplina empezó a desarrollarse en España. Una de las líneas de trabajo que favoreció su desarrollo fue la preocupación de los civilistas por el estudio del sistema matrimonial español, lo que dio origen a una amplia e interesante bibliografía en la que no se descuidó la atención a la bibliografía eclesiasticista extranjera, especialmente alemana e italiana. Ejemplos de esta orientación son Amadeo de Fuenmayor, Francisco Sancho Rebullida, Gabriel García Cantero, Enrique Lalaguna, y otros.

Otra línea provino de los cultores del Derecho canónico, especialmente en aquellos ámbitos que, por su temática, interesaban a ambas disciplinas; tal es el caso del Derecho concordatario en los que destacó Laureano Pérez Mier en la restaurada Universidad Pontificia de Salamanca.

Los eclesiasticistas están contestes, sin embargo, en que la línea más profunda de acercamiento de la canonística española a la preocupación por los temas de Derecho eclesiástico procedió del magisterio del profesor José Maldonado y Fernández del Torco⁶⁵. En la década de los cuarenta del recién pasado siglo XX “adoptó un planteamiento marcadamente técnico-jurídico del estudio de la materia canónica, que le llevó a interesarse por la bibliografía italiana, tanto canonista como eclesiasticista”⁶⁶. La importancia de su magisterio, sin embargo, no estuvo sólo en la calidad de producción científica, sino también en el interés que supo suscitar por la disciplina. El mismo empezó a publicar anualmente en la *Revista Española de Derecho Canónico*, publicación periódica del recién fundado Instituto San Raimundo de Peñafort del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, una reseña de legislación española sobre materia eclesiástica que después fue continuada por otros⁶⁷.

El Concordato firmado en 1953 entre la Santa Sede y España fue ocasión para un nuevo impulso en los estudios sobre la legislación eclesiástica española y los problemas que planteaba la aplicación del Concordato. Después sería la ley de libertad religiosa de 1967, pero nuevamente volvemos a encontrarnos con la actualidad, aspecto que nos saca de nuestra pretensión originaria que era mostrar

(Sevilla 1881-1884) 4 vols.; A. MANJÓN y MANJÓN, *Derecho eclesiástico general y español* (Granada 1885-1887) 2 vols.

⁶⁵ La consideración de José Maldonado –conjuntamente con la de Lamberto de Echeverría– como primeros introductores de la dogmática italiana era ya señalada en 1956 por FERNÁNDEZ ARRUTI, *Il Diritto canonico in Spagna*, en *Bulletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma* 4 (1956) 3-11. La nota es de IBÁN, *Derecho* (n. 26) 50 n. 126.

⁶⁶ LOMBARDÍA (n. 9) 146.

⁶⁷ Una bibliografía seleccionada de Maldonado puede verse en *Anuario de Historia del Derecho Español* 62 (1992) 767-8.

tan sólo los orígenes del Derecho eclesiástico. El análisis del estado actual de la disciplina en España será objeto de otro trabajo.

VI. EL DERECHO ECLESIAÍSTICO EN AMÉRICA LATINA

18. La definitiva incorporación de las Indias occidentales a las monarquías luso-castellana proyectó a este Continente el modelo de relaciones entre dichas monarquías absolutas y la Iglesia, el que durante los siglos XVI al XVIII discurrió por la vía del regalismo⁶⁸. Esto significó el traspaso a América del esquema de la cristiandad medieval que discurría por el dualismo gelasiano, pero que fue interpretado, como ya lo apuntamos, de suerte que el poder temporal pudiera ejercer una efectiva supremacía sobre el espiritual; de esta manera, al tiempo que se reconocía el primado espiritual de los Papas, se atribuían al monarca prácticamente todas las competencias en materia eclesiástica.

Lo anterior, sin embargo, se dio en un nuevo contexto, claramente misionero, orientado a incorporar a la fe, y también a la obediencia de los reyes, a los pueblos autóctonos que, en gran cantidad, fueron encontrando los conquistadores y misioneros. El Estado español en Indias se fue configurando, así, como un Estado misional⁶⁹: el gobernante no se limitó a proteger la Iglesia como lo venía haciendo en Europa, sino que hizo suya una tarea que, por su propia naturaleza, es religiosa, cual era la evangelización. “Este objetivo misional no es sólo uno más entre los fines del Estado, sino el primero y el primordial y, por tanto, no excluye otros de menor jerarquía, como son los políticos, económicos, sociales y demás. Tal es la piedra angular del Estado indiano. Lo original de él y lo que lo define como un Estado misional frente al Estado confesional que, por la misma época, cobra forma en Europa. Mientras éste reconoce y protege una religión establecida como oficial –católica, luterana, calvinista, etc.–, el Estado misional tiene como fin primordial procurar atraer a sus vasallos a la fe católica, es decir, promover el

⁶⁸ Sobre el regalismo en Indias la literatura es abundante; vid. A. DE LA HERA, *El regalismo borbónico en su proyección indiana* (Madrid 1963); I. Sánchez Bella, *Iglesia y Estado en la América española* (Pamplona 1990). Una buena síntesis actualizada del tema, con numerosas indicaciones bibliográficas, se encuentra en los siguientes tres artículos: P. BORGES, *La Santa Sede y la Iglesia americana*, en ÉL MISMO (dir.) *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX), 1: Aspectos generales* (BAC, Madrid 1992) 47-61; A. DE LA HERA, *El patronato y el vicariato regio en Indias*, *ibíd.* 63-79; ÉL MISMO, *El regalismo indiano*, *ibíd.* 81-97.

⁶⁹ B. BRAVO LIRA, *El Estado misional, una institución propia del Derecho indiano*, en *Anales de la Universidad de Chile, Estudios en honor de Alamiro de Avila Martel*, Quinta serie 20 (1989) 249-68; ÉL MISMO, *El Estado misional, una institución propia de América indiana y Filipinas*, en AA. VV., *Evangelización y Teología en América (siglo XVI)* 1 (Pamplona 1989) 101-23; ÉL MISMO, *Poder temporal y evangelización en América y Filipinas. Los juristas indios ante la tarea misional*, en *Cuadernos monásticos* (1992); él mismo, *La epopeya misionera en América y Filipinas: contribución del poder temporal a la evangelización*, en Pontificia Commissio pro America Latina, *Historia de la evangelización de América. Trayectoria, identidad y esperanza de un Continente* (Ciudad del Vaticano 1992) 65-75.

establecimiento de esa religión”⁷⁰. El resultado fue que logró imprimir en el Continente un sello tal que “en la primera época, del siglo XVI al XVIII, se echan las bases de la cultura latinoamericana y de su real sustrato católico. Su evangelización fue suficientemente profunda para que la fe pasara a ser constitutiva de su ser y de su identidad, otorgándole la unidad espiritual que subsiste pese a la ulterior división en diversas naciones”⁷¹.

19. Esta etapa se prolongó en América hasta el proceso independista iniciado hacia 1810 y tuvo todavía una residual continuación en los Estados confesionales de la época del constitucionalismo e incluso en determinadas explicaciones de las relaciones pacticias Iglesia-Estado de nuestro tiempo. En efecto, el movimiento emancipador iniciado hacia 1810 no alteró dicho sustrato y las nuevas autoridades, si bien adoptaron el constitucionalismo, mantuvieron unilateralmente el patronato que ejercían los monarcas hispanos. A los clásicos dos elementos que caracterizan el constitucionalismo, esto es, la separación de poderes y el reconocimiento de las garantías individuales, las constituciones latinoamericanas agregaron un tercero: el reconocimiento oficial de la Iglesia y la confesionalidad del Estado⁷². Con pocas excepciones⁷³, se lo encuentra en la generalidad de las constituciones y, de ordinario, precede a los otros dos, si bien “no es claro si en todos los casos se trata de una efectiva confesionalidad o simplemente del reconocimiento de una realidad social, indiscutible y aceptada, como es la filiación católica de los habitantes”⁷⁴.

Este reconocimiento de la religión católica como la oficial de los Estados le aseguraba su protección y el ‘ejercicio del culto *público*’, fórmula ésta que dejaba abierta la posibilidad del culto privado de aquellos extranjeros que empezaron a afluir a América en número creciente, muchos de ellos no católicos y generalmente llamados ‘disidentes’⁷⁵. La continuidad del patronato indiano por las autoridades americanas decimonónicas trató en ocasiones de fundarse jurídicamente;

⁷⁰ BRAVO, *La epopeya* (n. 69) 70.

⁷¹ *Documento de Puebla* 412.

⁷² B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo mundo* (México 1992); ÉL MISMO, *Etapas históricas del Estado constitucional en los países de habla hispana y portuguesa (1811-1980)*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980) 35-84.

⁷³ La más temprana constitución que lo omite es la bolivariana de 1824 en la que no se menciona ninguna religión oficial. En estos casos la similitud de estas constituciones con los modelos extranjeros es casi completa, puesto que se suprime el principal elemento original y propio del constitucionalismo en Hispanoamérica, España y Portugal. Cfr. B. BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, 2 ed. (Santiago 1993) 164.

⁷⁴ F. RETAMAL, *La libertad de conciencia y la libertad de las religiones en los grandes sistemas contemporáneos*, en AA. VV., *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso internacional de Derecho canónico* (México 1996) 76-77.

⁷⁵ Vid. P. A. DEIROS, *Historia del cristianismo en América Latina* (Fraternidad Teológica Sudamericana, Buenos Aires 1992) con datos y bibliografía desde la perspectiva bautista de su autor.

un ejemplo es la teoría del 'derecho presunto' adoptado en la Gran Colombia, según el cual el gobierno independiente sería el legítimo sucesor del rey español y, por lo mismo, heredero del ejercicio de sus regalías⁷⁶. Otros, menos interesados en aspectos doctrinales, simplemente actuaron de hecho y así lo plasmaron en sus constituciones.

La Iglesia, sin embargo, empezó a tomar conciencia del abuso que entrañaban las prácticas patronatistas unilateralmente continuadas por las autoridades americanas y empezó a abogar por su independencia, sin que ello implicara la ruptura entre Estado e Iglesia, unión doctrinalmente reiterada por el magisterio de Pío IX (1846-1878)⁷⁷ y de León XIII (1878-1903)⁷⁸: el Estado debía proteger la religión verdadera y tenía deberes para con Dios, fuente de toda autoridad. Una manera de regular jurídicamente estas relaciones fue la celebración de concordatos. Así, hacia mediados de siglo, particularmente a partir del pontificado de Pío IX, es posible advertir el esfuerzo por celebrar concordatos con diversas naciones, no todos los cuales tuvieron la misma suerte⁷⁹.

Un nuevo elemento vino a hacer más tensas las relaciones: el paso del Estado confesional al Estado laico merced al influjo del liberalismo incrédulo que apuntaba a la separación entre la Iglesia y el Estado, lo que se consiguió con afflictivas consecuencias para la Iglesia en algunos países, en concreto, Venezuela, Colombia⁸⁰ y México⁸¹.

20. Este es el marco histórico en que se desenvuelven las relaciones Iglesia-Estado en América mientras en Alemania se desarrollaba la Escuela Histórica del

⁷⁶ RETAMAL, *La libertad* (n. 74) 77.

⁷⁷ V. gr. encíclica *Quanta cura* (1864) y el *Syllabus* que la acompaña.

⁷⁸ V. gr. encíclicas *Diuturnum illud* (1881) sobre el origen del poder civil; *Immortale Dei* (1885) sobre la constitución cristiana de los Estados; *Libertas praestantissimum* (1888) sobre las condiciones de la verdadera y falsa libertad. Su texto castellano en F. GUERRERO (dir.), *El magisterio pontificio contemporáneo 2* (Bac, Madrid 1992) 433-81, cada una de las cuales va acompañada de una introducción y de bibliografía. Cuando se publicó la encíclica *Immortale Dei*, los obispos de Chile publicaron una *Pastoral colectiva sobre el liberalismo, con motivo de la publicación oficial de la encíclica Immortale Dei de la Santidad de León XIII* (Santiago 1886) 49 págs.

⁷⁹ Los concordatos y acuerdos celebrados con países americanos durante el siglo XIX son los siguientes: Bolivia 1851; Costa Rica 1852; Guatemala 1852; Haití 1860; Honduras 1861; Nicaragua 1861; San Salvador 1862; Venezuela 1862; Ecuador 1862, 1865 (convenio), 1881 (nueva versión del concordato), 1890 (concordato sobre la sustitución de los diezmos); Brasil 1862 (acuerdo sobre las misiones apostólicas entre los indígenas del imperio); Perú 1875 (concesión del derecho de patronato al presidente de la república); Guatemala 1884; Colombia 1886, 1888 (convenio sobre aplicación del art. XXV del concordato), 1892 (convención adicional), 1898 (renovación del convenio sobre art. XXV del concordato).

⁸⁰ J. M. GROOT, *Historia eclesiástica y civil de la Nueva Granada* (Bogotá 1889-1893) 5 vols.; J. M. PACHECO, *Historia eclesiástica de Colombia* (Bogotá 1969-1986) 4 vols. (*Historia extensa de Colombia*, vol. 13, tomos 1-4).

⁸¹ M. CUEVAS, *Historia de la Iglesia en México* (México 1946) 5 vols.; J. GUTIÉRREZ CASILLAS, *Historia de la Iglesia en México*, 2 ed. (México 1984); P. V. MURRAY, *The Catholic Church in México* (1519-1910) (México 1965); D. OLMEDO, *Manual de Historia de la Iglesia* (México 1946).

Derecho con los fructuosos resultados que hemos visto para el Derecho eclesiástico. Nada de esto, sin embargo, pasó a América. La intensa intervención de las autoridades políticas en materias eclesiásticas dio origen a un abultado número de normas que, teniendo su origen en el Estado, regulaban aspectos variados de lo religioso. No hubo, sin embargo, intentos de estudiar dicha masa jurídica con criterios similares a los que ya se veían en Europa. Lo que no significó que no ocuparan la atención de los juristas, pero ella vino fundamentalmente desde quienes, en la misma Iglesia, cultivaban el Derecho público eclesiástico⁸².

En efecto, ya en la década de los años cincuenta del siglo XIX aparecen en Brasil dos textos de Derecho público eclesiástico⁸³, los que también aparecerían en otros países americanos, como Argentina⁸⁴ o Chile⁸⁵ y también en otros que por esos años celebraron concordatos con la Santa sede, como Ecuador⁸⁶. No hubo, sin embargo, quienes enfrentaran sistemáticamente el estudio de la legislación estatal reguladora del fenómeno religioso. Una explicación, entre otras, me parece que hay que verla en el hecho que el desarrollo del Derecho eclesiástico se llevaba adelante, por esos años, en Alemania y después en Italia, países que no estaban en la mira de las autoridades americanas decimonónicas que más bien eran atraídas por Francia, Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica.

Los estudios de *Ius publicum ecclesiasticum* continuaron en el siglo XX en algunos países⁸⁷, complementados en algunos casos con la literatura aparecida con ocasión de nuevos concordatos⁸⁸, como el colombiano de 1973⁸⁹. No ha habi-

⁸² Es preciso advertir, sin embargo, que las grandes obras maestras de esta disciplina aparecidas en el siglo XIX –Liberatore, Tarquini, Cavagnis– no consideraban que el objeto de su ciencia fuese la legislación del Estado sobre materias eclesiásticas, razón por la que Ibán entiende que “el *Ius publicum ecclesiasticum* no constituye propiamente un precedente directo del moderno Derecho eclesiástico”. Ibán, *Derecho* (n. 26) 188.

⁸³ M. DE MONTE, *Elementos de Direito eclesiástico publico e particular em relação a disciplina general da Igreja e com applicação aos usos de Igréja de Brasil* (Rio de Janeiro 1857). El autor fue obispo de Río de Janeiro y falleció en 1863. J. VILLELA DE CASTRO TAVERA, *Compendio de direito eclesiástico* (Recife 1855).

⁸⁴ M. DE MONTES DE OCA, *Apuntes de Derecho Público Eclesiástico* (La Plata 1892); D. Vélez Sársfield, *Derecho Público Eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia* (Buenos Aires 1889).

⁸⁵ Vid. *infra*. n. 98.

⁸⁶ MONTI, *Elementos de Derecho Público Eclesiástico* (Quito 1870).

⁸⁷ En Colombia, v. gr., O. TOBÓN, *Compendio de Derecho Público Eclesiástico* (Bogotá 1954); en Uruguay, F. MARTÍNEZ AGUILAR, *Aplicación del Derecho Público Eclesiástico externo en las relaciones del Uruguay con la Santa Sede*.

⁸⁸ Los concordatos y acuerdos celebrados con países americanos en el siglo XX son los siguientes: Colombia 1902 (convenio sobre las misiones), 1908 (renovación del convenio para la aplicación del art. XXV del concordato de 1887), 1918 (convención sobre la aplicación del concordato de 1887), 1919 (convención sobre la aplicación del concordato de 1887), 1951 (canje de notas sobre la aplicación del concordato de 1887), 1923-1924 (convenciones para la interpretación del art. XVII del concordato), 1928 (convención para las misiones), 1953 (convención para las misiones), 1973 (concordato); Ecuador 1937 (*modus vivendi* y convención

do, sin embargo, en todo el siglo XX quienes cultiven el Derecho Eclesiástico del Estado como disciplina. Más aún, todavía en la década de los noventa era posible encontrar nuevos estudios desde la perspectiva del Derecho público eclesiástico⁹⁰.

21. Desde otras perspectivas, las no siempre pacíficas relaciones entre Estado e Iglesia en América Latina desde su independencia ha originado problemas de variada naturaleza y entidad que en ambos siglos ha facilitado una literatura específica y abundante en los diversos países⁹¹. Con todo, se trata de estudios parciales que abordan temas concretos sin que haya habido hasta ahora el intento de abordarlos sistemáticamente en la perspectiva del Derecho Eclesiástico del Estado. En este sentido no me parece que pueda todavía hablarse de orígenes y desarrollo de la disciplina en América Latina, pues en los distintos países se trata de una historia que todavía no empieza.

VII. EL DERECHO ECLESIASTICO EN CHILE

22. Incorporada la gobernación de Chile a la Corona española, su situación jurídica no fue distinta a la del resto del Continente, de manera que las relaciones Estado-Iglesia discurrieron por la vía del patronato, configurándose también en Chile el Estado misional⁹².

23. Producida la independencia, las autoridades republicanas continuaron de hecho con el patronato, consagrando la confesionalidad del Estado en los diversos proyectos constitucionales y finalmente en la Constitución de 1833, la que alcanzaría casi un siglo de vigencia. Y con ello, no sólo la consagración del patronato, sino que la configuración del Estado de Chile como Estado misional a partir de Portales⁹³. Sin embargo, la creciente conciencia por parte de la Iglesia del

adicional); Haití 1938 (convenio sobre los bienes eclesiásticos y su administración), 1966 (protocolo); Santo Domingo 1954; Argentina 1957 (acuerdo sobre jurisdicción castrense y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas), 1966 (acuerdo); Bolivia 1957 (convenio sobre misiones), 1958 (acuerdo sobre jurisdicción castrense y asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas); República Dominicana 1958 (erección del vicariato castrense); Paraguay 1960 (erección del vicariato castrense); Venezuela 1964 (convenio); El Salvador 1968 (convenio sobre jurisdicción eclesiástica castrense y asistencia religiosa de la Fuerza Armada y Cuerpos de Seguridad); Perú 1980 (acuerdo).

⁸⁹ J. EGUREN sj., *Derecho concordatario colombiano*, 2 ed. (Bogotá 1974); L. RESTREPO sj., *El concordato ayer (1887) hoy (1973)*, 2 ed. (Bogotá 1974).

⁹⁰ A. D. BUSSO, *Las fuentes del Derecho Público Eclesiástico en el Concilio Vaticano II y en el Código de Derecho canónico*, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 1 (1994) 141-54.

⁹¹ No es éste el lugar de referirse a ella, pero sí me parece importante plantear la necesidad de empezar a elaborar elencos bibliográficos por países, los que resultan del todo indispensables para estudios posteriores.

⁹² Vid. *supra* n. 69.

⁹³ J. GONZÁLEZ ECHENIQUE, *El gobierno chileno y el concepto misionero del Estado (1832-1861)*, en *Historia* 5 (1966) 197-214; B. BRAVO LIRA, *Portales y el tránsito del absolutismo ilustrado al Estado constitucional en Chile*, en ÉL MISMO (ed.), *Portales, el hombre y su obra. La consolidación del gobierno civil* (Santiago 1989) 377-87.

abuso que llevaba consigo el neo-regalismo de las autoridades civiles fue haciendo igualmente tensas las relaciones de ella con el Estado, las que se acentuaron con la llegada al poder de elementos liberales que pretendían como finalidad última la separación entre ambos. El siglo XIX terminaba con la vigencia desde la década de los ochenta de las llamadas leyes laicas, que regulaban civilmente el matrimonio (1884), los cementerios (1884) y el registro civil (1884). Finalmente, la separación se llevó a efecto, sancionada constitucionalmente, con la Constitución del año 1925; se hizo en términos cordiales con la Santa Sede y no significó un quiebre en las instituciones, separación que ha sido valorada positivamente tanto por la Iglesia como por el Estado.

24. La legislación chilena, tanto en el siglo XIX como en XX ha regulado el hecho religioso en su dimensión social. No ha sido, empero, al igual que en el resto del continente, estudiada hasta ahora sistemáticamente como disciplina autónoma. Razones diversas se han conjugado para este resultado. Hemos visto en las páginas anteriores que el Derecho eclesiástico 'en sentido moderno' se ha desarrollado principalmente en Italia, a lo largo del siglo XX, de donde pasó tardíamente a España. No fue Italia un país escogido por los chilenos que acudían al extranjero a estudiar derecho, y los pocos que se dirigían a Roma eran más bien clérigos interesados en las disciplinas eclesiásticas y en las universidades pontificias, en circunstancias que el Derecho eclesiástico estaba siendo cultivado por laicos en sedes universitarias estatales. Los que, por su parte, se dirigían a España, tenían otros intereses y aun cuando estudiaron muchos de ellos en universidades españolas, hemos visto que el Derecho eclesiástico tuvo un tardío desarrollo en ese país. Por lo demás, quienes iban a estudiar derecho iban a hacer estudios de post-grado en tanto que el Derecho eclesiástico, como disciplina empezó a difundirse en la enseñanza jurídica de pre-grado.

Por otra parte, la temprana supresión de la enseñanza del Derecho canónico en los planes de estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el año 1903, eliminó la posibilidad de que, a través de dicha disciplina se tocaran temas de Derecho eclesiástico, como sucedió en España. Es cierto que el Derecho canónico siguió enseñándose en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Santiago y en el Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, pero la asignatura se centraba sólo en el Derecho de la Iglesia y era muy poco, por no decir nada, lo que se estudiaba que no fuera precisamente canónico. Es cosa de repasar las páginas del primer manual de Derecho canónico del siglo XX, publicado en Valparaíso en 1918⁹⁴, a poco de entrar en vigor el *Código de Derecho Canónico* de 1917, para uso de los alumnos del Curso de Leyes para ver cómo en esos años no tenían cabida en el programa de los cursos de Derecho canónico temas eclesiasticistas, tal como los entendemos hoy. Y lo mismo sucede en los escasos manuales de Derecho canónico que se publicaron a lo largo del siglo⁹⁵.

⁹⁴ *Nociones de Derecho canónico en conformidad con el novísimo Código de Pío X* (Curso Universitario de los Sagrados Corazones, Valparaíso 1919).

⁹⁵ Además del señalado *supra* n. 94, C. HAMILTON D., *Manual de Derecho canónico* (Santiago

Después de la entrada en vigencia del *Código de Derecho Canónico* de 1983 se ha producido en América Latina en general y en Chile en particular un renovado interés por los estudios de Derecho canónico, especialmente en universidades estatales y particulares no siempre católicas. Este renacer de los estudios canónicos, sin embargo, no ha traído consecuencias para nuestra asignatura, pues los programas, manteniendo la autonomía del Derecho canónico, desarrollan contenidos propiamente canónicos, sin que se ocupen mayormente de temas de Derecho eclesástico en la perspectiva propia de esta última disciplina⁹⁶.

Otro hecho que incide en la escasa atención jurídica que se ha hecho de estos temas es la separación de la Iglesia y el Estado, producida en Chile en 1925 con ocasión de la Constitución política de ese año, y la inexistencia de un concordato o acuerdo con la Santa Sede.

25. Con todo, los temas referidos a lo que hoy entendemos como Derecho Eclesástico del Estado han estado presentes en la literatura jurídica chilena y ello por diversas vías. Una primera vía fue la del *Ius publicum ecclesiasticum*. Ya en 1832 se proponía entre los cursos del Instituto Nacional, donde estudiaban los futuros abogados, como asignatura subalterna del cuarto curso de leyes uno denominado 'Historia y elementos del derecho público eclesástico e instituciones canónicas'⁹⁷; y hacia fines de siglo, Fernández Concha publicaba en nuestro país un amplio texto de esta disciplina⁹⁸.

Una segunda vía es la de los estudios históricos iniciados en el siglo XIX y continuados en el XX, de la mano tanto de historiadores eclesásticos⁹⁹ como laicos¹⁰⁰. Las obras de historia de Chile todas ellas abordan las relaciones del Estado con la Iglesia, con juicios dispares según las perspectivas de análisis que adoptan los historiadores, muchos de los cuales no tienen formación jurídica. Lo mismo los pocos historiadores que han abordado en particular la historia de la

1949); F. VIVES E., *Nociones de Derecho canónico. Lo que un seglar debe saber de Derecho canónico* (Santiago 1959). Vid. C. SALINAS ARANEDA, *Los textos utilizados en la enseñanza del Derecho canónico en Chile después de la independencia*, en *Anuario de Historia de la Iglesia* (Pamplona 2001) en prensa.

⁹⁶ V. gr. Los programas del Curso de Derecho canónico I-II en las Escuelas de Derecho de las Universidades de Chile y Católica de Valparaíso. En el primer semestre se hace una introducción general al curso, y se estudian la formación histórica del derecho de la Iglesia, nomología, personas, organización eclesial a nivel universal y particular, derecho patrimonial y derecho penal. El segundo semestre, asignatura autónoma que exige como pre-requisito haber aprobado Derecho canónico I, se dedica al derecho matrimonial y procesal.

⁹⁷ *El Araucano* 7 enero 1832.

⁹⁸ R. FERNÁNDEZ CONCHA, *Derecho Público Eclesástico* (Santiago 1872 = Santiago 1894) 2 vols.

⁹⁹ Una valoración de ella en M. BARRIOS VALDÉS, *Pensamiento teológico en Chile. Contribución a su estudio: Historiografía eclesástica chilena, 1848-1918*, en *Anales de la Facultad de Teología* 38 (1987); ÉL MISMO, *Tendencia de la historiografía eclesástica durante el siglo XIX (1848-1918)*, en *Teología y Vida* 27 (1986) 191-202.

¹⁰⁰ Una valoración de ella en M. BARRIOS VALDÉS, *Historiografía eclesástica, 1848-1988. La Iglesia: una visión de los laicos*, en *Historia* 28 (1994) 5-35.

Iglesia en Chile¹⁰¹. Aparte de estas historias generales, el específico tema de la relaciones entre la Iglesia y el Estado en Chile ha sido objeto de algunos estudios históricos referidos a diversas épocas¹⁰². Y, por supuesto, numerosas son las publicaciones sobre hechos particulares de estas relaciones, que tienen un indudable contenido jurídico, y que son del todo útiles para comprender la historia de estas relaciones que son las que dan el marco a las normas que el Estado de Chile ha ido dictando sobre lo religioso¹⁰³. Especial mención merecen aquí los estudios referidos al período indiano que han sido objeto de estudio por diversos integrantes de la denominada Escuela chilena de historiadores del derecho¹⁰⁴.

Una tercera vía es la literatura jurídica que ha surgido con ocasión de temas específicos en que ha estado en juego lo religioso. Uno de los hechos que dio origen a algunos de estos trabajos durante el siglo XX fue la separación entre la Iglesia y el Estado producida en 1925 con ocasión de la promulgación de la Constitución política de ese año, pues una de las discusiones que se suscitó fue la calidad con que quedaba la Iglesia católica después de dicha separación, dudándose por algunos que siguiera siendo persona jurídica de derecho público como era considerada por el Estado de Chile antes de dicha Constitución¹⁰⁵. Otros temas que han merecido ser estudiados desde una perspectiva netamente jurídica han sido la enseñanza, los ministros del culto, los capellanes, las relaciones patrimoniales, los cementerios. Últimamente, nuevos hechos han motivado nueva literatu-

¹⁰¹ C. SILVA COTAPOS, *Historia eclesiástica de Chile* (Santiago 1925); F. ALIAGA ROJAS, *La Iglesia en Chile. Contexto histórico* (Santiago 1985); F. ARANEDA BRAVO, *Historia de la Iglesia en Chile* (Santiago 1986); M. BARRIOS VALDÉS, *La Iglesia en Chile. Sinopsis histórica* (Santiago de Chile 1987); ÉL MISMO, *Chile y su Iglesia: una sola historia* (Santiago de Chile 1992).

¹⁰² F. GONZÁLEZ ESPEJO, *Cuatro decenios de historia eclesiástica de Chile. Crónica de las relaciones entre la Iglesia y el Estado 1831-1871* (Santiago 1948); A. MERINO ESPIÑEIRA, *Crónica de las relaciones del Estado y la Iglesia en Chile durante la anarquía (1828-1830)* (Santiago 1962).

¹⁰³ La bibliografía sobre el tema es abundante. Baste el siguiente ejemplo: L. E. SILVA CUEVAS, *Cuestiones teológicas en Chile 1918-1919. Presentación de don Crescente Errázuriz Valdivieso como arzobispo de Santiago ante la Santa Sede, por el gobierno de Chile*, en *Anales de Facultad de Teología* 40 (1989).

¹⁰⁴ Una relación de los estudios publicados en Chile hasta 1982 puede verse en C. SALINAS ARANEDA, *Avance para una bibliografía chilena de historia del derecho indiano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 9 (1984) esp. 408-25. A ellos habría que agregar los estudios publicados en Chile con posterioridad a 1982 y los publicados en el extranjero. Un ejemplo de estos últimos C. SALINAS ARANEDA, *La política regalista en las vistas fiscales de la audiencia de Chile de fines del siglo XVIII*, en AA. VV., *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* 2 (Buenos Aires 1997) 345-64. Sobre la Escuela chilena de historiadores del derecho vid. A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Alamiro de Ávila Martel, cofundador de la Escuela chilena de historiadores del derecho*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 15 (1989) 333-40; S. MARTÍNEZ BAEZA, *Del derecho indiano al derecho común. La Escuela chilena de historiadores del derecho*, en *El Mercurio* (Santiago 23 junio 1996).

¹⁰⁵ C. SALINAS ARANEDA, *Avance para una bibliografía de Derecho Eclesiástico del Estado de Chile a partir de la Constitución de 1925*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* 20 (Valparaíso 2000) en prensa.

ra, como la mediación de la Santa Sede en el litigio limítrofe con Argentina y, más recientemente aún, la larga discusión y final aprobación de la ley que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas¹⁰⁶.

Una cuarta vía que ha permitido una cierta presencia de estos temas en sede jurídica ha sido la manualística jurídica en general, tanto civil como canónica de los siglos XIX y XX en la que, con ocasión de aquellos temas en los que interviene lo religioso, la referencia es obligada. Piénsese, por ejemplo, en el estudio de las garantías constitucionales de libertad de culto o de conciencia, los delitos en que el bien protegido es la libertad de cultos, o el matrimonio civil cuando se estudia en sede canónica. Se trata, sin embargo, de referencias genéricas y escasas que, en el hecho, se pierden entre la gran cantidad de información referida a los demás temas de cada disciplina¹⁰⁷. Lo mismo sucede con algunas obras de Derecho canónico publicadas en el siglo XX en las que, con abundancia de información y erudición, se abordan algunos temas específicos de interés canónico, como la parroquia, pero con ocasión de los cuales se hacen referencias a las normas estatales chilenas¹⁰⁸.

Con todo, y a pesar de lo anterior, no puede decirse que el Derecho Eclesiástico del Estado de Chile sea una disciplina cultivada hoy por hoy por nuestros juristas.

26. Sin embargo, y a pesar de este panorama, hay en estos momentos vigentes en Chile un gran número de normas que, emanadas del Estado de Chile, o que, siendo internacionales, han sido incorporadas al ordenamiento jurídico chileno, regulan la dimensión social del factor religioso. Hay, pues, una masa jurídica que amerita su estudio desde la específica perspectiva del Derecho eclesiástico. Me parece que están dadas las condiciones para que en Chile empiece a desarrollarse un Derecho Eclesiástico del Estado de Chile, cultivado con todo el rigor científico de tal disciplina. Tal empeño aún no se inicia, de manera que al término de estas páginas, si bien hemos podido mostrar los orígenes y el primer desarrollo de la disciplina en Europa, no podemos mostrar lo mismo en nuestra patria, pues en ella esa historia, al igual que en el resto del Continente, está todavía por empezar.

¹⁰⁶ Se trata de la ley 19.638 publicada en el Diario Oficial del 14 de octubre de 1999. Para la bibliografía sobre estos temas vid. la nota anterior.

¹⁰⁷ Entre los manuales canónicos v. gr. *Nociones* (n. 94) 8, 32, 35, 58, 81, 103, 111, 126. HAMILTON (n. 95) 110-17, 124, 206, 213-14, 257-61. VIVES (n. 95) 61-62, 106-9, 130-36, 137-46. En el siglo XIX, J. DONOSO, *Instituciones de Derecho canónico americano* 1 (Valparaíso 1848) 119, 244-5; 2 (Valparaíso 1949) 121-22, 139, 227, 278.

¹⁰⁸ Especial mención merece en este sentido I. LARRAÍN EYZAGUIRRE, *La parroquia ante el derecho civil chileno o Estatuto jurídico de la parroquia* (Santiago 1956).