

ment des mariages même sacramentels, aussi longtemps qu'ils ne sont pas consommés» (subrayando en Sánchez la dificultad de demostración *ex ratione sacramenti* y sin poner de relieve su *ex ratione significacione*).

Consecuentemente, no queda otro camino hábil que el del bien común, ya se trate de una sociedad profana, ya de la sociedad eclesial. Y basándose esta indisolubilidad sobre el *bonum commune*, «elle est fondée sur quelque chose d'essentiellement variable, et par conséquence elle est essentiellement soumise au jugement et au pouvoir humain», juicio que actúa bajo el imperativo del siguiente interrogante: ¿a dónde iríamos a parar si no existiesen tales barreras matrimoniales?

El problema ha logrado por este cauce superar las fronteras tradicionales y desembocar en argumentos de pura conveniencia. A partir de ellos no es nada difícil predicar una indisolubilidad interna asentada en la dimensión supra-individual de las nupcias, que capacita de rechazo al poder público para pronunciarse en contra con carácter constitutivo y en razón del bien social; y de una indisolubilidad externa, equivalente al poder de esta autoridad para *anular* los efectos jurídicos ligados al contrato matrimonial. Conclusiones a las que llega el autor como fruto de su análisis.

En resumen, la hábil y no por ello menos fundamentada argumentación del Profesor Gerhartz, tras de manipular los diversos datos aludidos, lanza la pregunta por algún teólogo más formulada: ¿no se negará la Iglesia a disolver matrimonios porque desconoce el poder que le ha sido concedido? Tal vez, y por cuanto que su estudio se mueve en un nivel fundamentalmente histórico, pudiera traerse a colación la máxima de Nietzsche: *la palabra del pasado es similar a una sentencia del oráculo; no se entiende sino en la medida en que se es conocedor del presente y artífice del porvenir*.

Como el Profesor Gaudemet pone de relieve en su *Conclusión*, «ce qui frappe d'abord dans ce colloque, c'est l'ampleur de la réflexion». Efectivamente en él, como hemos ido indicando, se encuentran no pocos puntos de reflexión que, desde muy diferentes perspectivas, pueden ayudar a clarificar el panorama. En este sentido, tal género de iniciativas, respaldadas por una seriedad científica y por un afán de hallar formulaciones aptas para la actual coyuntura, son dignas de encomio. Sin embargo, y para terminar, digamos que, al margen de las puntualizaciones señaladas, no deja de ser paradójico el hecho de que cuando los derechos árabes caminan hacia la unidad y estabilidad de las nupcias, el ortodoxo trata de restringir las posibilidades de ruptura y el protestante se aproxima al auténtico con-

cepto de sacramentalidad, determinados autores en la Iglesia Católica olvidando una sólida tradición, se plantean la posibilidad de deshacer el camino andado, anulando el incomparable valor de su matrimonio. He aquí un nuevo y más interesante tema de reflexión.

PEDRO A. PERLADO

## Libertad religiosa

NERI CAPPONI, LIVIO AMADEO MISSIR, FRANCESCO ONIDA, VITTORIO PARLATO, *Il separatismo nella giurisprudenza degli Stati Uniti*, 1 vol. de 253 págs., Ed. Giuffrè, Milán, 1968.

FRANCESCO ONIDA, *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*, 1 vol. de 410 págs., Ed. Giuffrè, Milán, 1970.

Recientemente un grupo de canonistas de la Universidad de Florencia han realizado un análisis de la jurisprudencia de los Estados Unidos relativa al tema de la libertad y la igualdad religiosa. Trabajando sobre un punto de partida propuesto por el Prof. Gismondi —hoy titular de la cátedra de Derecho Canónico del Alma Mater romana—, los profesores Onida, Capponi, Missier y Parlato han publicado estos dos volúmenes, que ilustran el tema con aportaciones de extremo interés y que nos descubren un panorama jurisprudencial sobre este tema verdaderamente rico en posibilidades.

La lectura de estos dos volúmenes nos muestra cómo los principios de libertad e igualdad religiosa, llevados al terreno de su aplicación conjunta en un sistema pluralista, ofrecen no pocas dificultades de orden doctrinal y práctico. El país que más directamente y en mayor medida ha intentado enfrentarse, para resolverlo, con el problema de reconocer por igual en el campo de lo religioso los derechos de todos sus ciudadanos, ha ido a chocar con el escollo de dos derechos que se han venido a mostrar casi incompatibles: la libertad y la igualdad religiosas.

Hasta hace aún no muchos años —1960 aproximadamente— se mantiene en Norteamérica una postura tradicional, caracterizada porque la libertad religiosa aparecía —en el orden jurídico instaurado por la primera enmienda de la Constitución— como un derecho del ciudadano que el Estado protege y garantiza; a nivel constitucional, la primera garantía de tal derecho de libertad es la decisión del Estado de no establecer una religión, es decir, de no pasar del separatismo a ninguna forma de jurisdiccionalismo, regalismo, confesionismo, etc. La «establishment clause» aparece así como garantía de la «free exercise clause»: en el sistema constitucional estadounidense, la segunda cláusula, apoyada en la primera, reconocía a todos los ciudadanos en el campo de lo religioso la misma y mayor posible libertad. Figuraba así, entre los principios generales del ordenamiento de los Estados Unidos, el interés del Estado por garantizar a las diferentes confesiones religiosas un régimen jurídico de libertad. El estado no puede ejercitar directamente una acción dirigida a la satisfacción del interés religioso, pero garantiza de la manera más amplia la libertad religiosa. Así, esta libertad cobra el carácter de un interés público; un interés del propio Estado, no de una u otra confesión. En consecuencia, no se debe considerar que el interés por la tutela de la libertad religiosa sea un interés de naturaleza religiosa, ya que el Estado se desinteresa de cuanto hace referencia a los actos de culto, y a la actividad de propaganda y proselitismo; el interés del Estado en estos campos no recae sobre tales actividades en sí mismas, sino sobre el derecho de libertad para realizarlas de todos los ciudadanos e instituciones religiosas.

En los comienzos de la década del 60-70, la postura estatal que se mostraba, en la tutela de la general libertad religiosa, favorable a toda manifestación de religiosidad, apunta hacia una nueva orientación, que se manifiesta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por el contrario, el anterior espíritu se mantiene en los tribunales federales. La jurisprudencia de aquél y de éstos va así manifestándose en disconformidad; los Estados federales mantienen una postura de favor, incluso no sólo hacia la religión, sino más expresamente aún hacia el cristianismo. Es un favor que se manifiesta aceptando algunas soluciones relativas al derecho de libertad religiosa, y dando a la «establishment clause» una interpretación en el orden de limitación sobre todo a la no protección económica de los Estados a ninguna confesión religiosa, mientras que al mismo tiempo se permiten las manifestaciones públicas de religiosidad, al menos mientras no entren en contraste con la «free exercise clause». Simultáneamente, la postura del Tribunal Supremo se endurece en sentido contrario, prestando a la «esta-

ishment clause» un significado estrictamente separatista: con base en ella, el Tribunal prohíbe al poder público dar cualquier apoyo —aún moral— no sólo a cualquier confesión religiosa concreta, sino incluso a la religión en general, abstractamente considerada. Esta interpretación de la primera enmienda va el Tribunal procurando imponerla a los Estados federales, prevaleciendo para ello de la decimocuarta enmienda constitucional.

Tal actitud del Tribunal Supremo de los Estados Unidos entraña el interpretar la separación entre el Estado y las confesiones religiosas como una separación entre el Estado y la religión; una laicización del Estado en el sentido de que no es bastante que el Estado se abstenga de proteger o favorecer a cualquier grupo religioso, siendo preciso que se abstenga también de proteger el mismo espíritu religioso, y necesario que prohíba toda manifestación del espíritu religioso que pueda resultar tutelada en cualquier manera por el poder público. Se busca así subsanar lo que se ha considerado un olvido grave de la tutela de la libertad religiosa: la existencia de no creyentes, que no precisan una libertad religiosa ni se benefician de ella, y que en cambio quedan en situación de desigualdad ante el creyente allí donde de algún modo favorezca el Estado las manifestaciones, por abstractas que sean, del espíritu religioso.

Mediante tal interpretación de la «establishment clause» se pasa, de la postura tradicional, a la prohibición absoluta incluso de las prácticas de religiosidad general —juramentos, plegarias colectivas en escuelas, saludos a símbolos de algún modo relacionados con lo espiritual—, hasta reducir los actos religiosos a aquellas esferas en que no puedan de modo alguno molestar a las conciencias indiferentes o antirreligiosas.

El derecho de libertad religiosa viene a reconocer los derechos que la religión posee en la vida social; el principio de igualdad, a reconocer la tutela del derecho del ciudadano a profesar cualquiera o ninguna religión, sin verse por ello discriminado en modo alguno. Durante años, se ha creído que la compatibilidad entre uno y otro derechos era la solución ideal; la práctica ha venido a demostrar la dificultad que tal compatibilidad entraña; y el Tribunal Supremo estadounidense, separando absolutamente Estado y Religión, en el sentido extremo que pasa de prohibir la protección a una confesión religiosa cualquiera a la prohibición de proteger cualquier manifestación del espíritu religioso tomado como idea general, ha elegido una solución a la antinomia planteada: descompensar el equilibrio en favor del principio de igualdad frente al de libertad religiosa.

Al reflexionar sobre esta problemática, que los

volúmenes que comento señalan tan acertadamente, se nos hace evidente que, en la práctica, es posible tanto una libertad sin igualdad en materia religiosa, como una igualdad sin libertad. No constituye una solución satisfactoria sacrificar la libertad al derecho de la igualdad religiosa. Es posible que el error del único intento importante por buscar una solución, haya radicado en el empeño en reducir a los grupos creyentes a la negatividad propia de los no creyentes, en lugar de buscar para éstos un enfoque positivo.

El Estado, en efecto, no puede declararse imparcial entre quienes esperan de él una tutela o reconocimiento del espíritu religioso con su secuela de la sumisión a los principios generales de una ética de contenido trascendente, y quienes le solicitan para que se desentienda por completo del mismo. Y no puede declararse imparcial, porque hacerlo es ya dar la razón a los segundos, tanto como de lo contrario daría la razón a los primeros. En el terreno doctrinal teórico, el problema parece insoluble; solamente se le ve una solución práctica y circunstancial, pero útil y justa: tomar en cuenta las condiciones de cada pueblo, las circunstancias en que cada país se encuentre. Quiero con ello señalar que los ordenamientos jurídicos, en su papel de expresión de los modos de vida de los diferentes grupos nacionales, han de conceder a todos los ciudadanos libertad e igualdad religiosas en sus actuaciones en público y en privado, sin impedimentos ni discriminaciones; pero cuando no es el ciudadano sino el Estado el que actúa, y en cuanto que el Estado ha de ser la expresión política de la sociedad, deberá proceder según el modo de ser que en lo religioso esa sociedad tenga.

Los índices de los dos libros reseñados son los siguientes: I. *Il separatismo nella giurisprudenza degli Stati Uniti*; F. Onida, Premessa; V. Parlato, *La condizione giuridica dei ministri di culto*; N. Capponi, *La condizione giuridica dei religiosi*; N. Capponi, *La rilevanza del fattore religioso nell'assunzione ai pubblici uffici*; F. Onida, *La giurisprudenza in materia scolastica*; F. Onida, *Il separatismo della «establishment clause» e la sua attuazione nel diritto di famiglia*; L. A. Missir, *Il regime giuridico degli enti ecclesiastici*; V. Parlato, *Il fondamento giuridico dell'esenzione fiscale riconosciuta ai beni delle confessioni religiose*.

II. *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*: Introduzione; La giurisprudenza in materia scolastica; Libertá religiosa e autoritá dello Stato; Il separatismo della «establishment clause»; Considerazioni conclusive su la tutela dei diritti di uguaglianza e di libertà religiosa.

LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *Libertad religiosa y orden público*, 1 vol. de 94 págs., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1970.

Este pequeño estudio de jurisprudencia, que está dirigido a «muy variados sectores de personas que no tienen por qué ser especialistas en derecho», es un fragmento de una obra de mayor entidad que el autor confía publicar en el futuro, analizando el significado y contenido de la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo referente al orden público. El análisis presente pretende sistematizar los casos que el poder público ha juzgado extralimitaciones al ejercicio de la libertad de religión lesiva del orden público.

Estudia, claro está, no todos los casos de sanción por motivos religiosos, sino sólo aquéllos en que, a la sanción de la Administración, se siguió un recurso contencioso-administrativo.

El libro abarca el período que va desde la entrada en vigor de la Ley de lo contencioso-administrativo de 1956, hasta el año 1969.

El autor señala que «la jurisprudencia estudiada ofrece el testimonio de cómo entre nosotros algunos órganos públicos son menos ágiles en la adopción de las nuevas ideas que la misma Iglesia Católica que, con una mentalidad vieja, habría de pensarse era la primera perjudicada por el hecho de admitir y proteger otras religiones. Esta falta de elasticidad en el adaptarse a las nuevas ideas, que habría de conducir a situaciones nada justificables y muy dignas de crítica, como más adelante se expondrá, ¿es intencionada?, ¿es debida a la pesadez de las estructuras?, ¿es consecuencia de una atonía general?, ¿responde a una postura de defensa a ultranza de la autoridad del propio Poder civil?».

Tras analizar el fundamento legal de las sanciones impuestas a causa de actividades religiosas, establece los argumentos del Tribunal Supremo: la religión católica es la oficial del Estado; el ejercicio de las demás religiones constituye un derecho de ejercicio privado, estando prohibido el proselitismo. Esta prohibición se establece para salvaguardar el derecho de los españoles a la religión católica y en favor de la Iglesia. La unidad espiritual de España es el límite del derecho de los creyentes no católicos.

Termina estudiando brevemente el estatuto actual de los acatólicos en España.

La obra constituye una interesante sistematización de sentencias que aunque no muy abundante —su número es de veinticuatro— bastan para indicar la tónica de la jurisprudencia en esta materia.