



Fascicolo n. 15 del 2023

Indice

Adoración Castro Jover,

*El derecho de libertad religiosa y su ejercicio entre
centralización y descentralización territorial. Luces y
sombras en la experiencia española*

pp. 1-24

**Francesco Zanchini di
Castiglionechio,**

*Per un'analisi critica dell'esperienza bellica
nella civiltà occidentale (dalla guerra-duello al
bando "cieco" della così detta aggressione)*

pp. 25-46



Adoración Castro Jover

(catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad del País Vasco, Facultad de Derecho)

El derecho de libertad religiosa y su ejercicio entre centralización y descentralización territorial. Luces y sombras en la experiencia española*

*The right to religious freedom and its exercise between centralisation and self-government. Lights and shadows in the Spanish experience**

ABSTRACT: The analysis of the regulation of religious freedom and its exercise in Spain, where a quasi-federal system of territorial distribution of power is in force, highlights the existence of regulatory disparities that cause differences in its exercise, hindering real equality in the enjoyment of this right. The removal of these obstacles requires twofold action. On the one hand, regulatory changes are needed to adapt the regulation of the exercise of religious freedom to the reality of a decentralised territorial model, so as to adapt the exercise of the right to the specific reality of religious diversity in each territory. But, on the other hand, it requires that equality of the basic conditions for the exercise of the right to religious freedom be guaranteed; which, in such a model, must be done through intergovernmental cooperation (in the so-called " Sectoral Conferences ").

SUMARIO: 1. Introducción - 2. El desarrollo del derecho de libertad religiosa por la Ley Orgánica de libertad religiosa - 3. La regulación del ejercicio de la libertad religiosa en las comunidades autónomas. ¿Existe cooperación entre el Estado y las CCAA y de estas entre sí que garantice la igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa? - 4. Comunidades autónomas y el ejercicio de la libertad religiosa - 5. Instrumentos de cooperación intergubernamental e interadministrativa - 6. Los Acuerdos con rango de ley con las confesiones religiosas en el sistema de fuentes.

1 – Introducción

Las garantías normativas y la creación de las condiciones de ejercicio del derecho y el ejercicio del derecho de la libertad religiosa no siempre se sitúan en el mismo nivel normativo. La organización descentralizada (cuasi federal) del poder político y normativo en el derecho español

* Contributo sottoposto a valutazione - Article submitted to a double-blind revue.

Este trabajo se ha presentado como ponencia en el Convegno Internazionale di Studi *La promozione del fattore religioso tra unità della Repubblica e autonomia territoriale. Solidarietà, sussidiarietà, collaborazione*. Celebrado en la Università degli Studi di Salerno -Campus di Fisciano- el 16 maggio 2023. Asimismo, se ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D PID2020-114825GB-100 *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas sin Acuerdo de cooperación con el Estado* y en el marco del Grupo de Investigación del Sistema Universitario del Gobierno Vasco (Grupo A) IT1733-22, *Gobernanza multinivel y Derecho Europeo*.



atribuye la competencia del derecho de libertad religiosa y de su ejercicio a niveles competenciales unas veces centralizados y otras descentralizados.

El derecho de libertad religiosa regulado en el art. 16.1 de la Constitución española (en adelante CE) como un derecho fundamental, solo puede ser desarrollado según lo previsto en el art. 81.1 de la CE, por ley orgánica. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas requiere la mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2 de la CE). Así, pues, desde el punto de vista normativo existe una reserva competencial por razón de la materia, el derecho de libertad religiosa debe ser regulado por ley orgánica, la sede competencial está centralizada, y, por tanto, este tipo de leyes solo pueden ser aprobadas por las Cortes Generales. Las garantías normativas van acompañadas de garantías jurisdiccionales en virtud de las que se prevé una tutela que cualquier ciudadano puede recabar ante los Tribunales ordinarios por procedimientos basados en los principios de preferencia y sumariedad y en su caso ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC) (art. 53.2 de la CE).

De modo que, la regulación del derecho de libertad religiosa está centralizada, solo las Cortes Generales pueden aprobar, modificar y derogar este tipo de leyes.

Se ha dividido este estudio en tres partes. En la primera parte se tratará de mostrar en qué medida el contenido de la Ley Orgánica 5/1980, de 7 de julio, de Libertad Religiosa, (en adelante LOLR) que ha desarrollado el derecho fundamental de libertad religiosa garantiza la igualdad en la libertad a todas las manifestaciones individuales y colectivas de la libertad religiosa a todas las confesiones religiosas inscritas con independencia de que hayan firmado acuerdos o tengan la declaración de notorio arraigo.

El ejercicio del derecho de libertad religiosa solo podrá ser desarrollado por ley que, en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Identificar el nivel normativo de desarrollo del ejercicio del derecho de libertad religiosa, no puede desconocer la descentralización territorial del poder, organizado en comunidades autónomas (en adelante CCAA), que tienen competencias exclusivas en materias donde se proyecta la libertad religiosa, y que, en todo caso, tengan o no esas competencias, deben crear las condiciones de ejercicio de ese derecho (art. 9.2 de la CE). En ocasiones, corresponderá al Estado cuando la materia sea de su competencia o ésta no haya sido asumida por las CCAA.

Por tanto, el desarrollo normativo cuando se proyecta en materias competencia de las CCAA, queda en su ámbito competencial y, en ocasiones, también, en el de la Administración local. En cualquier caso, les corresponde la creación de las condiciones de ejercicio que garantice su aplicación práctica.

En este nivel de gobierno, del que se ocupará la segunda parte, se trata de examinar, si en el ámbito autonómico ha habido un desarrollo normativo de este derecho en las distintas CCAA y si existen órganos de



colaboración y coordinación vertical y/o horizontal que garanticen la igualdad en todo el territorio nacional del ejercicio del derecho de libertad religiosa.

Y finalmente, la tercera parte, se dedicará a los acuerdos firmados con las confesiones religiosas. En el ordenamiento jurídico español, los acuerdos con las confesiones no son la sede competencial para el desarrollo del derecho de libertad religiosa que, como se ha dicho, debe ser realizado por ley orgánica, ni del ejercicio del derecho que, según la materia, puede corresponder a las CCAA o/y Municipios, por ejemplo, urbanismo y establecimiento de lugares de culto o sanidad mortuoria y recibir una sepultura digna de acuerdo con los ritos religiosos de pertenencia. Con carácter general se puede decir que, desde el punto de vista material, los acuerdos con las confesiones recogen las necesidades y especificidades que las autoridades competentes deberán tener en cuenta para crear las condiciones de ejercicio del derecho.

Los acuerdos, pues, son uno de los posibles instrumentos de cooperación con las confesiones a la que están obligados los poderes públicos (art. 16.3 de la CE), pero no el único, son complementarios porque ayudan a conocer la diversidad de las distintas manifestaciones religiosas y a dar pasos hacia adelante en la igualdad material.

Desde el punto de vista formal, tanto la firma como la aprobación de los acuerdos por las Cortes Generales está centralizada.

La Iglesia católica se adapta sin problemas a una organización territorial del Estado descentralizada, sin embargo, las confesiones minoritarias han tenido que hacer un esfuerzo de adaptación creando estructuras, que no siempre responden a su organización interna, en las CCAA con el objetivo de tener una mayor cercanía a los niveles de gobierno decisivos para que sea eficaz el ejercicio de la libertad religiosa.

2 – El desarrollo del derecho de libertad religiosa por la Ley Orgánica de libertad religiosa

No cabe duda que la Constitución española de 1978 supuso un cambio radical en el sistema jurídico-político y un avance sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico en el establecimiento de garantías a los derechos fundamentales. Entre los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la democracia que se establece se encuentra la libertad religiosa, desarrollada, como exige el sistema de fuentes establecido en el artículo 81.1 de la CE, por ley orgánica. El contenido esencial de un derecho fundamental sólo puede ser regulado por ley orgánica, leyes en las que concurre un carácter formal y material. El carácter formal atiende a un procedimiento en virtud del que se requiere la mayoría absoluta en el Congreso para su aprobación, modificación y derogación. El carácter material atiende a la materia reservada a este tipo de leyes que en lo que aquí interesa incluye el desarrollo de los derechos fundamentales. La jurisprudencia del TC ha optado por dar prevalencia al carácter material ya desde la primera sentencia 5/1981, de 13 de febrero, en la que se



afirma que “La reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de mayoría cualificada para su ulterior modificación [...]” (FJ. 21 A), aplicando, así, un criterio de interpretación restrictiva. Sin embargo, dice la mencionada sentencia en el mismo fundamento, si la ley orgánica no distingue entre materias orgánicas y conexas estas quedan afectadas por el efecto de congelación de rango, a no ser que el TC se pronuncie sobre su carácter no orgánico.

No menos importante como garantía del ejercicio del derecho fundamental es el art. 14 en el que se recoge la igualdad formal y la no discriminación y el art. 9.2 en el que se envía un mandato a los poderes públicos para que creen las condiciones de ejercicio del derecho y remuevan los obstáculos que lo impidan (igualdad material). No obstante, de aquí no se desprende la existencia de un derecho subjetivo. A estas garantías normativas se suma una garantía jurisdiccional reforzada, al preverse procedimientos abreviados que permitan una rápida reparación del derecho fundamental lesionado y, en su caso, el recurso de amparo ante el TC.

En este contexto normativo hay que situar la LOLR, cuyo contenido, es una ley poco extensa, se limita a recoger, en parte, el contenido esencial del derecho tanto en su dimensión individual como colectiva. El legislador no ha señalado qué artículos de la ley se refieren a materias conexas y, por tanto, no tienen carácter orgánico, ni el TC ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre este aspecto¹. Al no hacerlo las materias conexas que se encuentren en la ley orgánica, siguiendo la doctrina del TC, quedan sujetas al régimen de congelación de rango, en aras de la seguridad jurídica². Sin embargo, ante una posible reforma de la LOLR³, habría que tener en cuenta que en ella se encuentran artículos que no regulan aspectos esenciales del derecho y, por tanto, no deberían ser considerados orgánicos. Un ejemplo lo proporcionan los arts. 7 y 8, el primero se refiere al establecimiento de acuerdos con las confesiones religiosas siempre que se cumplan los requisitos de notorio arraigo, el segundo a la creación de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

La aplicación del contenido esencial del derecho de libertad religiosa en su dimensión individual y colectiva tal y como aparece regulado en la LOLR, así como la sede competencial en la que hay que

¹ La STC 5/1981, de 13 de febrero, ha afirmado que las materias conexas deben ser excluidas del carácter orgánico por la misma Ley Orgánica o por sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquella no participan de tal naturaleza. (FJ. 21 A)).

² STC 5/1981, de 13 de febrero, (FJ 21 C)).

³ Esta es una de mis propuestas en **A. CASTRO JOVER**, *Propuestas para una reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, en *Derecho y Religión*, Vol. XV, 2020, pp. 53-64. Volumen monográfico dedicado al 40 aniversario de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa coordinado por MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO y MARCOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ, en él se pueden encontrar las distintas posiciones doctrinales acerca de la necesidad o no de su reforma, en términos generales o en aspectos concretos.



situar algunas de las manifestaciones de la libertad religiosa muestran la amplia protección a las confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas (RER) tengan o no acuerdos o declaración de notorio arraigo. Un elenco a modo de ejemplo sin pretender la exhaustividad nos permite realizar esta afirmación: celebrar matrimonio de acuerdo con los ritos religiosos (para la eficacia civil de estos matrimonios es necesario la firma de Acuerdo o la declaración de notorio arraigo), el establecimiento de lugares de culto, el reconocimiento de la autonomía de las confesiones, recibir sepultura digna, la asistencia religiosa en establecimientos públicos, recibir e impartir enseñanza religiosa (excepto en el ámbito educativo que requiere la firma de Acuerdo), reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos. Así como otras manifestaciones de la libertad religiosa no explicitadas en la ley como los símbolos personales y la alimentación de acuerdo con las convicciones.

La centralización se advierte en el desarrollo del derecho fundamental de libertad religiosa, en la creación de un Registro de Entidades Religiosas con ámbito estatal dependiente del Ministerio de Presidencia, Memoria Democrática y Relaciones con las Cortes, en el que deben inscribirse las entidades religiosas para obtener personalidad jurídica, excepto la Iglesia católica y sus circunscripciones territoriales a quien se reconoce personalidad jurídico-civil por tenerla canónica, siendo suficiente con la notificación al encargado del RER, la firma de los Acuerdos con las confesiones con rango de ley y la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, órgano consultivo que depende del citado Ministerio, y que entre sus funciones combina aquellas que se proyectan en un ámbito centralizado y algunas que conectan la centralización del derecho con la descentralización del ejercicio del derecho entre estas funciones se encuentra la de "Emitir informes sobre normas que inciden en el ejercicio de la libertad religiosa que hayan sido dictadas por las Comunidades Autónomas que el Gobierno, a través de la Presidencia de la Comisión someta a su consulta" (art. 3 g) del Real Decreto 371/2021, de 25 de mayo⁴. Puede ser un órgano con potencial para abrir canales de participación como técnica de la cooperación vertical⁵ con las CCAA, con dos debilidades, una, de carácter orgánico, en su composición no hay representantes de las CCAA y la otra, por el carácter no preceptivo, en la mayor parte de los casos⁶, ni vinculante de sus informes.

Los problemas de igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa se encuentran, en gran medida, en la ausencia de instrumentos de cooperación que conecten los distintos niveles competenciales, prestando una atención particular al ejercicio del derecho de libertad

⁴ Por el que se modifica el Real Decreto 923/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

⁵ El art. 144. 1. b) de la Ley 10/2015, de 1 de octubre, del régimen Jurídico del Sector Público, recoge como una técnica de cooperación la participación en órganos consultivos de otras Administraciones Públicas.

⁶ El informe solo es preceptivo en el caso de los proyectos de acuerdos o convenios de cooperación a que se refiere el art. 7 de la LOLR.



religiosa. En los últimos años se advierte un avance, muy lento y desigual en las distintas CCAA. En general, la deficiente atención hacia esta materia se traduce en un obstáculo no fácil de sortear, que requiere un gran esfuerzo por parte de las minorías religiosas para lograr que sus demandas sean atendidas concretándose en la creación de las condiciones de ejercicio del derecho de libertad religiosa. Aunque, hay que valorar los ejemplos de buenas prácticas en algunas Instituciones públicas, éstas dependen de la voluntad política.

3 – La regulación del ejercicio de la libertad religiosa en las comunidades autónomas. ¿Existe cooperación entre el Estado y las CCAA y de estas entre sí que garantice la igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa?

Como se ha dicho, el ejercicio del derecho de libertad religiosa debe ser desarrollado por ley, según se establece en el art. 53. 1 de la CE. El ejercicio de los derechos, incluso los de libertad, necesitan de la intervención de los poderes públicos para que se creen las condiciones de ejercicio del derecho, no hacerlo en la práctica supone, en muchas ocasiones, tanto como si el derecho no existiera⁷.

El carácter transversal del ejercicio de la libertad religiosa y la organización descentralizada de los poderes del Estado sitúa el desarrollo normativo del ejercicio de este derecho, en función de quien tiene la competencia sobre la materia, en niveles competenciales distintos.

Es necesario, saber, pues, para identificar el nivel competencial al que corresponde el desarrollo del ejercicio de la libertad religiosa, que el Estado español se organiza territorialmente de forma descentralizada en municipios, provincias y comunidades autónomas. Cada una de estas entidades mencionadas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses (artículo 137 CE). La autonomía de los municipios se garantiza en el artículo 140 de la CE, pero nada se dice en el texto constitucional ni sobre el alcance y límites de su autonomía, ni sobre el ámbito competencial⁸.

⁷ En este sentido se ha manifestado el Magistrado del Tribunal Constitucional Rubio Llorente en un voto particular en la sentencia 12/1982, de 31 de marzo, "En lo que se refiere a la libertad (...) no son simplemente derechos reaccionales y no pueden ser ejercidos en ausencia de organización. Lo que no puede hacer el legislador es negarlos porque no depende de él su existencia, aunque se le haya dejado su configuración o lo que equivale lo mismo ignorarlos dictando normas reguladoras de una actividad que implica el ejercicio de un derecho como si tal derecho no existiera y anular, en consecuencia, su contenido esencial del derecho." citada por **M. ARAGÓN REYES** *Comentario al art. 1 de la Constitución española en Comentarios a la Constitución española*, (Coords. MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑEIRO y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE) Tomo I, ed. Fundación Wolker Kluger, Tribunal Constitucional y Ministerio de justicia, Madrid, 2018, pp. 26-57, esp. p. 33.

⁸ Una clasificación de las competencias de los municipios se encuentra en la Ley de Bases 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la



Por el contrario, el texto constitucional dedica una atención detallada al diseño del modelo de descentralización del poder y distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, (artículos 143 a 158) especificando los instrumentos normativos, competenciales, institucionales y financieros a través de los cuales se irá construyendo el modelo español. Desde el punto de vista normativo la asunción de competencias debe realizarse a través del Estatuto de autonomía que debe ser aprobado por las Cortes Generales por ley orgánica. Aquellas materias reservadas en exclusiva a la Comunidad Autónoma o la gestión de las que es titular el Estado que no haya asumido, serán competencia del Estado⁹.

Siendo, en todo caso, competencia exclusiva del Estado “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.” (art. 149.1).

Sin embargo, el hecho de que no se haya asumido competencia en el ejercicio de la libertad religiosa, no significa que no les vincule el derecho fundamental de libertad religiosa (art. 53.1 de la CE) y que no tengan el deber de crear las condiciones de ejercicio necesarias para la efectiva aplicación del mismo, deber que deriva del art. 9.2 de la CE.

Administración Local que modifica en parte la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

⁹ Es lo que ha ocurrido en la gestión de los servicios de la Administración Penitenciaria, ámbito en el que su intervención es necesaria para garantizar la libertad religiosa de los internos. Hasta el momento, han asumido esta competencia la Comunidad Autónoma de Cataluña, Real Decreto 3482/1983, de 28 de diciembre, sobre traspaso de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria, y la Comunidad Autónoma del País Vasco, Real Decreto 474/2021, de 29 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria. El País Vasco ha firmado Convenios para atender la prestación del servicio de asistencia religiosa de los internos con la Comisión islámica el 22 de diciembre de 2021 y con la Conferencia Episcopal española el 20 de enero de 2022. El 23 de mayo de 2023 el Consejo de Gobierno del País Vasco, a propuesta de la Consejera de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, ha autorizado la suscripción de un Convenio de colaboración con FEREDE, para hacer efectivo el derecho de asistencia religiosa evangélica de las personas internas en centros penitenciarios de Euskadi. El Convenio tendrá una duración de cuatro años y en él se establece que los gastos que origine el desarrollo de la asistencia religiosa serán soportados por la FEREDE, sin perjuicio de la utilización de los locales habilitados en el centro a estos efectos (se puede ver la noticia en https://www.irekia.euskadi.eus/es/news/85878-convenio-justicia-confederacion-entidades-evangelicas-garantizar-derecho-efectivo-asistencia-religiosa-las-personas-presas-consejo-gobierno-2023?criterio_id=1302305&track=1). La partida presupuestaria prevista en el actual ejercicio presupuestario es de 5.000 euros para la Comisión islámica, siempre que atiendan a 10 internos en el mismo centro penitenciario; 60.000 euros para la Conferencia Episcopal Española sin ningún límite de internos atendidos y para los presupuestos correspondientes a 2023 se prevé una partida presupuestaria de 27.000 euros para FEREDE. No se dispone todavía de un Convenio firmado con FEREDE, solo la autorización para hacerlo. En el resto de CCAA la gestión la ejerce la Administración General del Estado.



La descentralización del poder, plantea dos tipos de preguntas, en primer lugar, si las CCAA¹⁰ han desarrollado normativamente el ejercicio de la libertad religiosa en las materias de su competencia y/o, sobre todo cuando no tengan competencias en la materia, si han establecido las condiciones de ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, y, además, si se han activado los instrumentos de colaboración horizontal que garanticen la igualdad material entre ellas, en segundo lugar, y teniendo en cuenta que al Estado le corresponde garantizar las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio de los derechos, si los instrumentos normativos y de cooperación vertical que se han establecido con la finalidad de armonizar sectorialmente la normativa existente, han tenido en cuenta el ejercicio de la libertad religiosa.

4 – Comunidades autónomas y el ejercicio de la libertad religiosa

Una lectura de los Estatutos de las CCAA, muestra que la mayor parte de los Estatutos de las Comunidades Autónomas, ya en la primera redacción, recogen el mandato del art. 9.2 de la CE manifestando que

¹⁰ Se pueden encontrar numerosos estudios sobre la libertad religiosa en las CCAA desde los inicios del proceso autonómico, cabe señalar las monografías de **E. OLMOS ORTEGA**, *La regulación del factor religioso en las Comunidades Autónomas españolas*, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1991 y la de **A. SEGLERS GOMEZ-QUINTERO**, *Libertad religiosa y Estado autonómico*, ed. Comares, 2005; entre los libros colectivos: *Libertad religiosa en las Comunidades Autónomas: Veinticinco años de su regulación jurídica*, dir. RICARDO GARCÍA GARCÍA, ed. Generalidad de Cataluña/Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, 2008; también, con especial referencia a Andalucía, *El pluralismo religioso y su gestión en el ámbito local y autonómico, Especial referencia a Andalucía*, coord. M^a DEL MAR MARTÍN-MIGUEL RODRIGUEZ BLANCO, ed. Comares, 2010; en el Vol. XXVI de 2010 la revista Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, publica las Actas del Congreso "Libertad religiosa y Libertad de culto en España: de la Constitución a las Competencias Autonómicas y Locales" celebrado en Oviedo los días 3-5 de febrero de 2010. Un estudio comparado entre comunidades autónomas en materia de asistencia social se encuentra en *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad: un estudio comparado entre Comunidades Autónomas*, dir. ADORACIÓN CASTRO JOVER, ed. Thomson Reuters. Aranzadi, Pamplona, 2016. Se ha dedicado un volumen monográfico sobre la materia religiosa en comunidades autónomas en *Derecho y Religión*, Vol. XIV, 2019; Acerca de la situación de la libertad religiosa en las CCAA se puede consultar también el *Informe anual sobre la situación de la libertad religiosa en España* de 2016 y 2017, de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, ed. Ministerio de Justicia, en los que se menciona en las distintas materias, de forma muy genérica, a las CCAA. Un estudio más detallado, en la medida en que es un monográfico sobre el derecho a recibir sepultura digna se encuentra en el *Informe anual sobre la situación de la libertad religiosa en España: El derecho a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos*, de 2018 de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, ed. Ministerio de Justicia, Madrid 2019. En él se recoge normativa de las CCAA y un elenco de municipios con mayor número de habitantes. El Informe no es meramente descriptivo, sino que realiza una valoración de la situación existente en la que señala las carencias y aporta propuestas de mejora, que pueden ser de gran utilidad a las autoridades competentes. El mencionado informe ha sido tenido en cuenta por la Federación Española de Municipios de España para elaborar una *Guía para la elaboración de Reglamentos u Ordenanzas de Cementerios y de Crematorios*.



corresponde a los poderes públicos promover las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, manteniendo esta redacción en las sucesivas modificaciones del correspondiente Estatuto¹¹, otros, habiendo recogido este mandato en la primera redacción, en modificaciones posteriores, desaparece esta referencia¹² finalmente, en otros casos, la formulación utilizada se limita a indicar que se comprometen a la protección y respeto de los derechos y libertades¹³.

En lo que se refiere al desarrollo del ejercicio de la libertad religiosa o la relación con las confesiones, en un primer momento los Estatutos de autonomía no contemplaron la posibilidad de asumir competencias en el ejercicio de la libertad religiosa. En reformas posteriores de algunos Estatutos de autonomía, el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Cataluña en la LO de 6/2006, de 19 de julio, asume “competencia ejecutiva en materia de libertad religiosa”(artículo 161.2), entre las competencias mencionadas hay que destacar en el apartado 2, letra a) “la participación en la gestión del Registro estatal de Entidades Religiosas que lleven a cabo su actividad en Cataluña, en los términos que determinen las leyes” y “competencia exclusiva en materia de entidades religiosas que lleven a cabo su actividad en Cataluña, que incluye, en todo caso, la regulación y el establecimiento de mecanismos de colaboración y cooperación para el ejercicio de sus actividades en el ámbito de las competencias de la Generalitat” (artículo 161.1). Manifestando su voluntad de “colaborar en los órganos de ámbito estatal que tienen atribuidas funciones en materia de entidades religiosas” (artículo 161.3).

Desde el punto de vista orgánico es de destacar la existencia en el organigrama del gobierno de la Generalitat de un órgano encargado de los asuntos religiosos: la Dirección General de Asuntos religiosos, integrada en el Departamento de Presidencia¹⁴, cuyas funciones se

¹¹ Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo) artículo 10; Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril) artículo 6 ; Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (LO 7/1981, 30 de diciembre versión consolidada) artículo 9.2.d; Estatuto de Autonomía de Canarias (LO 1/2018, de 10 de agosto, versión consolidada) artículo 11.1; Estatuto de Autonomía de Cantabria (LO 8/1981, de 30 de diciembre, versión consolidada) artículo 5.2; Estatuto de Autonomía de Castilla y León (LO 14/2007, 30 noviembre), artículo 8; Estatuto de Autonomía de Castilla La Mancha (LO 9/1982, de 10 de agosto) artículo 4; Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio) artículo 4; Estatuto de Autonomía de Galicia (LO 1/1981, de 6 de abril) artículo 9.1 d); Estatuto de Autonomía de la Rioja (LO 3/1982, de 9 de junio, versión consolidada), art. 7.2; Estatuto de Autonomía del País Vasco (LO 3/1979, de 28 de diciembre) artículo 9.1 d).

¹² Es el caso del Estatuto de Autonomía de Extremadura en la versión de la LO 1/2011 de 28 de enero.

¹³ Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (LO 5/1982, de 1 de julio) artículo 8.2.

¹⁴ Decret 289/2022, de 2 de novembre, de reestructuració del Departament de la Presidència, según se establece en el art. 16, mantiene las funciones y la estructura que establece el Decret 47/2022 de 15 de març, de reestructuració del Departament de Justícia (arts 39, 40 y 41). Acerca de la creación de este órgano que ha experimentado cambios tanto en su denominación como en el Departamento en el que se ha integrado se puede consultar **A. SEGLERS GOMEZ-QUINTERO**, “Creación de la Secretaría de



concretan, entre otras, en aplicar los acuerdos con el Gobierno vigilando su cumplimiento, establecer y mantener relaciones con los responsables institucionales de las religiones, elaborar estudios e informes y promover actividades de difusión en materia de asuntos religiosos, participar en la gestión del Registro de Entidades Religiosas en colaboración con la Administración General del Estado. El Decreto 326/2011 de la Generalitat de Catalunya crea el Consejo Asesor para la Diversidad Religiosa¹⁵, órgano colegiado cuya función es dar soporte administrativo, logístico¹⁶ y de asesoramiento al Departamento competente en materia de asuntos religiosos, estando adscrito al mencionado Departamento.

La actividad desarrollada por la Dirección General de Asuntos religiosos ha sido muy productiva. En el ámbito normativo es de destacar su iniciativa, impulso y participación en la elaboración del proyecto de ley de centros de culto que tenía como objetivo resolver el problema que se planteaba al existir una normativa local desigual, en esta materia, proyecto que más tarde sería aprobado por el Parlamento por Ley 16/2009, de 22 de julio, de Centros de culto de Cataluña¹⁷.

La voluntad de colaboración expresada en el Estatuto con los órganos de ámbito estatal competentes en materia religiosa se ha concretado en la firma el 22 de septiembre de 2010¹⁸ de un Convenio de Colaboración entre la Administración General del Estado, a través de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y relaciones con las confesiones del Ministerio de Justicia, y la Administración de la Generalidad de Cataluña, mediante la Dirección General de Asuntos religiosos del Departamento de la Vicepresidencia, en materia de asuntos religiosos. Los términos del Convenio desarrollan las previsiones estatutarias estableciendo los términos de la colaboración con dos órganos, el Registro de Entidades Religiosas y la Comisión Asesora de Libertad Religiosa¹⁹. La relación con el primero tiene como objetivo intercambiar información acerca de las comunidades religiosas que desarrollen su actividad en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. La relación con la Comisión Asesora de Libertad Religiosa se

Relacions amb les Confessions Religioses", en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, 2002, pp. 509-538.

¹⁵ Decret 326/2011, de 26 de abril, de reestructuració del Departament de Governació i Relacions Institucionals, arts. 64, 65 y 66, en los que se establece su composición, duración y funciones.

¹⁶ Decret 47/2022 de 15 de març, de reestructuració del Departament de Justícia, art. 41.

¹⁷ Un estudio muy detallado y completo se encuentra en J.A. RODRIGUEZ GARCÍA, *El régimen jurídico de los Centros de Culto en Cataluña: ¿Un ejemplo a seguir?*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid 2011; también M. MORENO ANTÓN, *El tratamiento urbanístico de los lugares de culto: a propósito del Proyecto de Ley de Cataluña sobre centros de culto o de reunión con fines religiosos*, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n. 17, 2008, pp. 1-45.

¹⁸ Publicado en el BOE el 26 de noviembre de 2010.

¹⁹ Un representante de la Dirección General de Asuntos Religiosos de la Comunidad Autónoma de Cataluña asiste a las reuniones plenarias de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, en cumplimiento del art. 15.3 del Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.



concreta en “Solicitar facultativamente el criterio de la Comisión Asesora, como órgano consultivo, en aquellas normas (unilaterales y pacticias) que puedan aprobarse por la Generalidad de Cataluña, y que supongan un desarrollo de la libertad religiosa en el ámbito competencial de la misma”. Por el momento, sin embargo, los términos de la colaboración no se han puesto en marcha.

En el ámbito de la acción política es destacable el papel desempeñado para promover actividades de información y difusión en el conocimiento de las distintas confesiones presentes en el territorio a través de las guías²⁰ elaboradas con la colaboración de los Departamentos implicados en atención a su contenido, grupos o Institutos de investigación y las confesiones religiosas. El contenido de las guías varía en función del ámbito de la administración en el que se va a proyectar. Su aportación más importante es la de dar a conocer a los agentes públicos en el ámbito de su actuación la diversidad religiosa con la que se pueden encontrar, así como dar recomendaciones de cómo abordar su gestión.

La Comunidad Autónoma de Cataluña ha creado en lo que se refiere a la gestión de la libertad religiosa instrumentos de armonización interna en su territorio, orgánicos: Dirección General de Asuntos Religiosos, Consejo Asesor para la Diversidad religiosa, Libro de Registro de Entidades Religiosas, normativos: La ley de centros de culto, de *soft law*: las guías, y de colaboración vertical con la Administración General del Estado: Registro de Entidades Religiosas y Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

En la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias realizada por Ley Orgánica de 1/2018, de 5 de noviembre, se establece en el artículo 112 “La Comunidad Autónoma de Canarias, podrá establecer mecanismos de colaboración y cooperación con las entidades religiosas legalmente reconocidas que lleven a cabo su actividad en el ámbito territorial de Canarias en el marco establecido por la legislación estatal”. Asimismo, se señala en el punto 2 que podrá participar en la gestión del Registro Estatal de Entidades religiosas con relación a las Iglesias Confesiones y Comunidades religiosas que lleven a cabo su actividad en el territorio de Canarias.

A diferencia del Estatuto catalán que utiliza una expresión más amplia “ejecución de la libertad religiosa” el canario se refiere a la dimensión colectiva. Estableciendo también una voluntad de participar en el Registro Estatal de Entidades Religiosas, sin que hasta el momento se hayan establecido los contactos que permitan la aplicación de este

²⁰ En la década de 2000, especialmente a partir de 2005 se publican las siguientes Guías: Guia per al respecte a la pluralitat religiosa en l'àmbit hospitalari en diciembre de 2005; Guia La festa islàmica del sacrifici. Descripció y normativa sanitària, noviembre de 2007; Guia per al respecte a la diversitat de creences en l'àmbit funerari en mayo de 2008 y en 2009 Recomanacions per a la gestió de la diversitat religiosa en l'àmbit dels cementiris; Guia per al respecte a la diversitat de creences en l'àmbit penitenciari (no aparece fecha en la publicación); Guia per al coneixement de la diversitat religiosa adreçada als serveis policials de Catalunya, enero de 2010; Guia per a la gestió de la diversitat religiosa als centres educatius, en noviembre de 2010.



precepto.

Aquellas CCAA que estatutariamente hayan asumido competencias en materia de relaciones con las entidades religiosas, deberán ser convocadas a las reuniones del Pleno de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, quién las represente tendrán voz, pero no voto. (art. 15.3 del Real Decreto 932/2013²¹)

Otras CCAA., aunque no han asumido en sus estatutos competencias en el ejercicio de la libertad religiosa, han creado órganos con competencias en diversas materias entre las que incluyen la atención a la diversidad religiosa existente en el territorio. En esta situación se encuentran las siguientes CCAA:

La Comunidad Autónoma del País Vasco, ha canalizado las cuestiones que conciernen a esta materia a través de la Dirección de Derechos Humanos²², Víctimas y Diversidad, dependiente del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Inclusivas²³. Entre sus funciones, se encuentra “apoyar e impulsar aquellas iniciativas y actividades que promuevan la convivencia interreligiosa y el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa” (art. 20.m. del Decreto 12/2021), como se puede advertir es una de las muchas funciones que tiene atribuidas. Una muestra de su función en la materia que nos ocupa se encuentra en la iniciativa que parte de esa Dirección de la elaboración de normas que regulen los lugares y centros de culto²⁴ y que se concreta en la Ley 3/2023, de 29 de junio, de lugares o centros de culto y diversidad Religiosa en la Comunidad Autónoma del País Vasco²⁵

La Comunidad Autónoma de Valencia canalizó estas materias a través de la Dirección de Igualdad en la Diversidad, creada por Decreto 152/2015, de 18 de septiembre, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento orgánico y Funcional de la Vicepresidencia y Consellería de Igualdad y políticas Inclusivas, entre sus funciones se encontraba la diversidad religiosa, esto es, garantizar la igualdad y no discriminación religiosa. El resultado de las elecciones autonómicas celebradas el 28 de mayo de 2023 muy probablemente dará lugar a cambios radicales que supondrán pasos hacia atrás.

No hay datos que nos permitan afirmar la existencia de

²¹ Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

²² La Dirección de Derechos Humanos se crea por Decreto 75/1992, de 31 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Justicia.

²³ Decreto 12/2021, de 19 de enero, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales.

²⁴ Un intento previo se encuentra en El Proyecto de ley de Centros de culto aprobado por el Gobierno en 2019, que no llega a ser aprobado en el Parlamento al terminar la legislatura.

²⁵ Aprobada en el Parlamento Vasco en la sesión plenaria celebrada el 29 de junio de 2023 con los votos favorables del PNV y del PSOE (partidos que gobiernan en coalición) y tienen la mayoría y en contra de los partidos de la oposición. Una observación crítica al Proyecto de Ley se encuentra en **A. CASTRO JOVER**, *El establecimiento de los lugares de culto entre derecho y ejercicio del derecho*, en *Derecho Eclesiástico del Estado*. Libro Homenaje al Prof. Gustavo Suárez Perterra, Coord. DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ y otros, ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2021, pp. 937-957, esp. 953-955.



cooperación horizontal entre las CCAA en esta materia, aunque se advierte que se tiene como modelo, en parte, las experiencias precedentes en otras CCAA, un ejemplo se encuentra en la Ley 3/2023, de 29 de junio, de lugares o centros de culto y diversidad religiosa en la Comunidad Autónoma del País Vasco con respecto a la Ley 16/2009, de 22 de julio, de Centros de Culto de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

El resto de las CCAA no han asumido desde el punto de vista estatutario ni las relaciones con las confesiones, ni competencias de ejecución en materia religiosa. Tampoco han creado un órgano que canalice esta materia en su territorio, ni establecido los instrumentos de colaboración entre la Comunidad Autónoma y los órganos de ámbito estatal competentes en materia religiosa. Sin embargo, no hay que olvidar que están vinculadas a los derechos fundamentales y deben crear las condiciones de ejercicio del derecho, que no reflejen este deber en sus estatutos, no significa que no lo tengan. Recogerlo facilita su cumplimiento.

En la práctica se encuentran muestras de la relación de cooperación entre las confesiones religiosas, y las autoridades autonómicas a través de Convenios de carácter administrativo²⁶ que tienen como objetivo o bien garantizar la libertad religiosa de la ciudadanía del territorio o bien resolver cuestiones de mutuo interés.

5 – Instrumentos de cooperación intergubernamental e interadministrativa

El desarrollo de las condiciones de ejercicio de la libertad religiosa en las CCAA, como se ha tenido ocasión de mostrar, necesita seguir avanzando. La garantía de igualdad en la libertad en el ejercicio de los derechos, en particular los derechos fundamentales, requiere, además de su desarrollo en el ámbito autonómico, de instrumentos de cooperación intergubernamental e interadministrativa que ayuden a armonizar la normativa existente en las distintas CCAA.

Como en cualquier sistema descentralizado es sabido que es necesario crear instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación²⁷ entre el poder central y las CCAA, cooperación vertical,

²⁶ Un estudio acerca de los convenios firmados entre las administraciones públicas y las confesiones religiosas se encuentra en **M. RODRIGUEZ BLANCO**, *Los Convenios entre las Administraciones públicas y las confesiones religiosas*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2003. Un amplio elenco de los convenios existentes, hasta ese momento, en el ámbito local han sido recogidos en **M. CEBRIÁ GARCÍA**, “*Los Acuerdos entre las Entidades Locales y las confesiones religiosas*” en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, pp. 571-598.

²⁷ La definición de esos principios se encuentra en el art. 140.1. c) d) y e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. Por Colaboración entiende “[...]el deber de actuar con el resto de las Administraciones Públicas para el logro de los fines comunes”, deberes que se encuentran desarrollados en el art. 141 y las técnicas de colaboración en el art. 142. Por Cooperación entiende la ley aquella situación en que “dos o más Administraciones Públicas de manera voluntaria y en el



así como de estas entre sí, cooperación horizontal, para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, en particular por lo aquí interesa del derecho de libertad religiosa.

La CE no prevé la cooperación vertical, pero sí la horizontal, en los siguientes términos “Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales (...)” (art. 145.2). La formulación del precepto no parece estar pensando, sin embargo, en la materia que nos ocupa. En la práctica, en cambio, se ha desarrollado la cooperación vertical, siendo deficitaria la cooperación horizontal²⁸. En lo que se refiere a la libertad religiosa no existe esa cooperación que se ve dificultada, en ocasiones, por razones diversas, pero de alguna forma conexas, de carácter sociológico, no todas las CCAA tienen la misma diversidad religiosa, y políticas, el color del partido en el Gobierno autonómico, decisivo para abordar con mayor o menor intensidad y esfuerzo la creación de las necesidades religiosas especialmente de las minorías.

Desde el punto de vista orgánico, si se mira el entorno europeo, España es el país en el que la cooperación ha sido más regulada²⁹, desde

ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos para una acción común.” Al mencionar los instrumentos de cooperación distingue entre técnicas de cooperación y técnicas orgánicas de cooperación reguladas en los arts. 143 a 153. Finalmente, por Coordinación entiende aquella situación en la que “una Administración Pública y singularmente la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico”. Dedicar solo el art. 154 al desarrollo de la coordinación, delimitando su ámbito de actuación a través de las Comisiones Territoriales a la proximidad territorial o concurrencia de funciones que así lo requiera con el objetivo de mejorar servicios y evitar duplicidades.

²⁸ La debilidad de los instrumentos de colaboración entre CCAA, la falta de voluntad política y la urgencia de desarrollar esta colaboración que concreta en propuestas se encuentra en **M^aJ. GARCÍA MORALES**, *Instrumentos y vías de institucionalización de las relaciones intergubernamentales*, en *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*, XABIER ARBÓS MARÍN (coord.), ed. Institut d’Estudis Autònomic, Colecció: n° 64, Barcelona 2009, pp. 43-134, esp. pp. 91 y ss. También acerca de la cooperación horizontal se puede ver **J. C. ALLI TURRILLAS**, *La cooperación horizontal entre Comunidades Autónomas. Algunas consideraciones sobre los convenios y acuerdos como forma de cooperación interautonómica*, en *La LORAFNA 40 años después: Historia, Balance y Propuestas para una Reforma*, editor ROLDÁN JIMENO ARANGUREN, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 479-506.

²⁹ **M^aJ. GARCÍA MORALES**, *El Gobierno central y los Gobiernos autonómicos... ¿Trabajan juntos?*, en *Istituzioni del Federalismo*, n.1, 2016, pp. 117-161. Un test de stress ha supuesto la pandemia de la COVID, que ha contribuido a señalar la necesidad de mejora del sistema, sobre esta materia se puede consultar *Retos de la Gobernanza multinivel y la coordinación en el Estado autonómico*, CESAR COLINO (coord.) ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2021, en el mismo contexto **A. LÓPEZ BASAGUREN**, *La coordinación y la cooperación como ejes de funcionamiento del Estado autonómico. El ejemplo de la pandemia*, en *Retos de la Gobernanza multinivel*, cit., pp. 37-51.



los comienzos de la puesta en marcha del sistema autonómico con la temprana Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, pasando por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen de Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo común, hasta la última Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, en la que se potencian las Conferencias sectoriales, que se definen como órganos de cooperación, de composición multilateral y de ámbito sectorial determinado (art. 147) en el que se reúne el Ministro del Gobierno central con los Consejeros de las CCAA del sector correspondiente. Desde el punto de vista funcional pueden ejercer funciones consultivas, decisorias y de coordinación (art. 148). La regulación, sin embargo, no va acompañada de la práctica. En el art. 151.2 se prevén dos tipos de decisiones, el acuerdo y las recomendaciones. Los acuerdos son “un compromiso de actuación en el ejercicio de las respectivas competencias” de obligado cumplimiento y exigibles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo para los que hayan votado en contra. Sin embargo, si el poder central ejerce funciones de coordinación, entonces será de obligado cumplimiento para todas las partes de la Conferencia, de esta forma se resuelve el problema que existía con anterioridad, al no tener los acuerdos carácter vinculante.

De entre todos los órganos creados de cooperación vertical entre el Estado y las CCAA, las Conferencias sectoriales³⁰ son un instrumento central porque implican a todas las CCAA. Su funcionamiento en la práctica es limitado ya que de unas 43 constituidas, no todas funcionan con la misma frecuencia y algunas no se reúnen. De entre ellas interesa citar la Conferencia sectorial de Educación y el Consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud, ambas competencias compartidas entre el Estado y las CCAA, porque la libertad religiosa proyecta en estos ámbitos algunas de sus manifestaciones.

La Conferencia sectorial, en aquellos ámbitos en que se proyecta la libertad religiosa debería ser la sede dónde se intentara crear las condiciones de igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa en todo el territorio nacional, ya que, por un lado, el Estado sería el garante de que se respetasen las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todas las personas en el ejercicio de los derechos, y las CCAA, estarían vinculadas a cumplir los acuerdos suscritos en el mencionado órgano.

Lamentablemente en la práctica se advierte que no se ha tenido en cuenta las necesidades que plantea el ejercicio de la libertad religiosa. Un ejemplo, la policía mortuoria, nos permite ver con claridad esta realidad. El art. 2.1.b) de la LOLR, reconoce el derecho de todas las personas a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos con independencia de que pertenezcan o no a iglesias, confesiones o comunidades religiosas y que éstas hayan firmado o no acuerdos con el Estado. El derecho a recibir una sepultura digna comprende el

³⁰ Sobre la dinámica de las Conferencias sectoriales, vid. J. M^a PÉREZ MEDINA, *Dinámica de las conferencias sectoriales. Entre la intergubernamentalidad y la cooperación administrativa*, en REAF-JSG 31, junio 2020, pp. 17-64.



cumplimiento de los ritos, celebraciones y tratamiento del cadáver y sepultura.

El Estado tiene competencia en la determinación de las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16^a). Las CCAA podrán asumir competencias en sanidad (art. 148.1. 21^a). Todas las CCAA han asumido esta competencia. Todas ellas han legislado en materia de sanidad mortuoria. Con el fin de armonizar la legislación existente, se crea en el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar social, en el seno de la Conferencia sectorial, un Grupo de Trabajo de Sanidad Mortuoria compuesto por representantes de la Subdirección General de Sanidad Exterior de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de las CCAA. El trabajo realizado se ha concretado en la elaboración de una «Guía de Consenso sobre Sanidad Mortuoria» aprobada en la Comisión de Sanidad del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 24 de julio de 2018. “El objetivo que se perseguía era el de «disponer de un instrumento que permitiera armonizar la normativa en este ámbito», y su contenido versa sobre «[...] cuestiones exclusivamente sanitarias en el ámbito de la sanidad mortuoria, que pudiera ser utilizado como referencia por las comunidades autónomas y por la Administración General del Estado a la hora de elaborar o modificar su propia normativa, manteniendo así unos criterios comunes y armonizados». No se encuentra en este texto ninguna referencia a la creación de las condiciones que permitan a los fieles de las distintas confesiones el cumplimiento de las obligaciones religiosas en las distintas etapas del proceso mortuario.³¹

Una lectura de las leyes que en esta materia se han aprobado en las CCAA muestra una normativa muy dispar en lo que se refiere a recoger las necesidades derivadas del ejercicio de la libertad religiosa. Algunas no mencionan las distintas manifestaciones religiosas en el proceso de despedida del ser querido³². Otras, reenvían a los Acuerdos firmados con la Iglesia Católica y las confesiones minoritarias³³, sin

³¹ Informe anual sobre la libertad religiosa en España: el derecho a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos, cit., p. 21.

³² Así, el Decreto 106/1996, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Mortuoria de Aragón; Decreto 16/2005, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Mortuoria de Castilla y León, si bien en este momento hay un proyecto de reforma en el que se añade un punto 3 al artículo 18 en el que se permite efectuar inhumaciones directamente en tierra por razones confesionales; el Decreto 124/1997, de 9 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de Policía Mortuoria de Madrid; Orden de 7 de junio de 1991, de la Consejería de Sanidad por la que se dictan normas sobre Policía Sanitaria Mortuoria de Murcia; Decreto 202/2004, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de sanidad mortuoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco

³³ Decreto 72/1999, de 1 de junio, de Sanidad Mortuoria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en la Disposición Adicional Sexta, dice así: “En materia religiosa será de aplicación la legislación vigente, resultante de los diversos Convenios celebrados con la Santa Sede y demás confesiones y comunidades religiosas, en los casos que corresponda”; idéntica redacción se encuentra en la Disposición Adicional Sexta del Decreto 161/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento



ningún desarrollo en su articulado³⁴, lo que supone lanzar al vacío normativo, ya que los acuerdos no son la sede para establecer las condiciones de ejercicio del derecho, además de dejar fuera a las confesiones que no han firmado acuerdos y que por aplicación de la LOLR tienen derecho a recibir una sepultura de acuerdo con sus ritos religiosos. Las únicas CCAA que han regulado sobre la materia son La Comunidad Autónoma de Valencia y la Comunidad Autónoma de Andalucía³⁵.

Sin embargo, el déficit que se encuentra en el nivel autonómico se suple por buenas prácticas en el ámbito municipal, donde se han establecido mecanismos de armonización y, por tanto, de cooperación. A los Ayuntamientos corresponde gestionar el servicio de cementerio en cumplimiento de lo establecido en los artículos 25 y 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local³⁶.

En este nivel de gobierno es necesaria también la cooperación para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de libertad religiosa. Una labor digna de ser resaltada, con carácter general en los ámbitos de su competencia, es la realizada por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), con la colaboración de la Fundación Pluralismo y Convivencia, ente público dependiente del Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria democrática.

En concreto, en lo que se refiere a la competencia en cementerios y crematorios, en octubre de 2022 se ha publicado por la FEMP y la Asociación de Funerarias y Cementerios Municipales (AFCM)³⁷ una «Guía para la elaboración de Reglamentos u Ordenanzas de Cementerios y de Crematorios»³⁸, elaborada en el seno de la Comisión de Trabajo de

de Policía Mortuoria de Extremadura, la misma redacción se encuentra en la Disposición Adicional Segunda del Decreto 1/1994, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Mortuoria de Cantabria y también en la Disposición Adicional Segunda del Decreto 30/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Mortuoria de La Rioja. Asimismo, el Reglamento regulador de Sanidad Mortuoria de la Ciudad de Ceuta (aprobado por el pleno de la Asamblea de la Ciudad de Ceuta el 23 de diciembre de 2002), en la Disposición Adicional Tercera dice así: “El tratamiento de los cementerios y ritos funerarios de las distintas comunidades religiosas existentes en la Ciudad se regulará por los acuerdos de cooperación suscritos entre el Estado y aquellos, sin perjuicio de los acuerdos que la Ciudad pueda suscribir con las citadas comunidades en desarrollo de los mismos”.

³⁴ Decreto 1/1994, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Mortuoria de Cantabria y también el Decreto 30/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Mortuoria de La Rioja.

³⁵ Decreto 39/2005, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las prácticas de policía sanitaria mortuoria en el ámbito de la Comunidad Valenciana y Decreto 95/2001, de 3 de abril, por el que se regula el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

³⁶ Mantiene esta competencia en el art. 25.2 k la reforma realizada por la Ley 27/2013 de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

³⁷ Con la colaboración de la Subdirección de Libertad religiosa y de la Fundación Pluralismo y Convivencia adscritas al Ministerio de Presidencia, Relación con las Cortes y Memoria Democrática.

³⁸ http://femp.femp.es/Portal/Front/Atencion_al_asociado/Comision_Detalle/_Gy7fWupkSJ/Cxh3Gu8nNimnWjsllsk_uh4Hyl14Y4Rb-XHwD8oOYnzeGw8I-



Salud pública de la FEMP en colaboración con la AFCM. En esta guía³⁹ se propone un modelo de reglamento u ordenanza de cementerios y crematorios que puede ayudar a los 7.324 municipios que forman parte de la FEMP, el 90%, a elaborar su normativa sobre la materia, armonizando su contenido, especialmente importante en materia de derechos y facilitando su trabajo a los pequeños municipios, carentes, en muchas ocasiones, de los medios personales y técnicos necesarios.

Varios artículos se refieren a la libertad ideológica y religiosa con la finalidad de garantizar las condiciones de ejercicio del derecho en la observancia de ritos y medios materiales necesarios para hacerla posible. Así, el artículo 2 del Reglamento u Ordenanza de Cementerios en el que se establece que la gestión de los municipios se basará en los derechos de los usuarios entre los que se refiere de forma expresa al derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto. El artículo 8 que bajo la rúbrica de Celebración de ritos religiosos y sociales dice así: “Se crearán las condiciones adecuadas para la observancia de ritos religiosos y para la celebración de ceremonias de cualquier creencia o convicción (...)” asimismo, se prevé la formación del personal del Ayuntamiento o entidad en quién delegue y la elaboración de Protocolos que “recojan las necesidades específicas de las diferentes confesiones que afectan al derecho a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos y sin perjuicio de la normativa aplicable en materia de policía sanitaria mortuoria”. Además, se dice que “Los nuevos espacios y salas de oración y ceremonia de los cementerios deberán poder adecuarse para la celebración de actos o ceremonias de cualquier creencia religiosa o convicción filosófica, espiritual o ideológica que no incumpla del ordenamiento jurídico.” En el artículo 9 se prevé la reserva de espacios por motivos religiosos de acuerdo con lo establecido en los acuerdos con la comunidad islámica y la comunidad judía, aunque nada impide extenderlo a otras confesiones religiosas. Las comunidades religiosas pueden ser titulares del derecho funerario (art.16.3).

En el Reglamento u Ordenanza de Crematorios está, también, prevista una referencia a los ritos religiosos y sociales en el artículo 13, en el que se dice “En la prestación del servicio de crematorio se atenderá la celebración por las personas usuarias de actos de carácter religioso o social, dentro del marco del ordenamiento jurídico (...)”. Con esta redacción se evitan los problemas con los que se encontraban los hinduistas en el momento previo a la cremación que, en ocasiones, no se les permitía abrir el ataúd para hacer los ritos finales⁴⁰.

2zcPgqvuf9bWAFUyUJhEC6-
I9MGICGNjyPyE2GkIpbTV3AOmSfQeh0kuNPt0xqVZynCpd6UnCER610baXnlhoKd1oNb
qd6lzhleqLp_kGK6DPcAH0KJFeJoWvjkdj880L4Ct93Uj9F79xd-
zHqjghlq6oEZsHGI3MQDDhel0pxgHvCllq-
muUVFO5YFchlhNiM4upkSs4M4L5BqUv5VWNIBoEGIHmjpAwhnx1EEir3m1o4phWajA
OXCrvHtMk7HjmWDk1poIn0Zgkp3JCEZPYQCvujyTnoVeEyniXlofF4MyYQs

³⁹ En la elaboración de esta guía se ha tenido en cuenta el *Informe anual sobre la libertad religiosa en España: el derecho a recibir sepultura digna*, cit.

⁴⁰ *Informe anual sobre la libertad religiosa en España: el derecho a recibir sepultura digna*, cit., p. 25



Mayores dificultades se advierten en el ejercicio del derecho a establecer lugares de culto⁴¹ reconocido a todas las confesiones inscritas en el art. 2.2 de la LOLR con independencia de que tengan firmados o no acuerdos con el Estado. Si bien el sector en el que hay que situar la creación de las condiciones que permitan el ejercicio de este derecho es el urbanismo y esta competencia está reservada a las CCAA (art. 148.1.3^a), no hay que olvidar que el Estado tiene competencia exclusiva en “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (...) que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas (...)” (art. 149.1.18^a), al amparo de esta competencia se introduce en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, una Disposición Adicional Decimoséptima en la que para la apertura de los lugares de culto bastará que se acredite su personalidad jurídica con la presentación de un certificado expedido por el Registro de Entidades Religiosas. Por primera vez hay un intento, a través de una ley de bases de armonizar los requisitos exigidos para la apertura de culto en todo el territorio nacional. Sin embargo, es insuficiente. Asimismo, conviene recordar que el Estado tiene competencia exclusiva en “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.” (art. 149.1).

A nivel autonómico, la realidad nos muestra que hasta el momento solo han legislado sobre los centros de culto la Comunidad Autónoma de Cataluña con la Ley 16/2009, de 22 de julio, de Centros de culto y el Decreto 94/2010, de 20 de julio que desarrollo la ley que han permitido armonizar la normativa existente en esta materia en su territorio y la Comunidad Autónoma del País Vasco con la Ley 3/2023, de 29 de junio, de lugares o centros de culto y diversidad religiosa. El resto de las CCAA no ha legislado sobre esta materia.

6 – Los Acuerdos con rango de Ley de las confesiones religiosas en el sistema de fuentes

El art. 16.3 de la CE después de afirmar que “ninguna confesión tendrá carácter estatal” establece el deber de cooperación con las confesiones religiosas, expresión que hay que interpretar a la luz del 9.2 en el que se envía un mandato a los poderes públicos para que creen las condiciones que hagan real y efectivo el ejercicio de los derechos y eliminen los obstáculos que lo impidan. De esta afirmación se deriva que el precepto normativo que se refiere a los acuerdos como uno de los instrumentos de cooperación y los requisitos necesarios para acceder a los mismos, la declaración de notorio arraigo, si bien tiene una conexión temática, no

⁴¹ Acerca de las carencias y propuestas de mejora en esta materia se puede consultar el Informe *Situación urbanística de los lugares de culto* realizado por A. CASTRO JOVER-M. URIARTE RICOTE, ed. Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2021. https://www.observatorioreligion.es/informes/la_situacion_urbanistica_de_los_lugares_de_culto/index.html.



forma parte del contenido esencial del derecho fundamental. Cabría pues, en buena técnica jurídica, considerarla una materia conexa pero no orgánica. Además, como ha puesto de relieve el TC, del deber de cooperación no se desprende la existencia de un derecho fundamental⁴².

La cooperación tiene la finalidad de facilitar el ejercicio del derecho de libertad religiosa en su dimensión individual y colectiva⁴³. Este compromiso lo adquieren los poderes públicos con independencia de que las confesiones hayan firmado acuerdos o tengan la declaración de notorio arraigo.

El Acuerdo es uno de los instrumentos de cooperación con las confesiones religiosas, no mencionado en el art. 16.3 de la CE, pero sí en el art. 7 de la LOLR⁴⁴, como se ha dicho es una materia conexa, no orgánica, sede dónde, hasta la actualidad, se puede extender a las confesiones religiosas los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico para las entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico. El interés de las confesiones en la firma de acuerdos se centra, principalmente, en el aspecto económico.

Sin embargo, no todas las confesiones inscritas pueden firmar acuerdos, su firma está condicionada a un requisito de carácter normativo, el establecido en el art. 7.1 de la LOLR, esto es, “que hayan alcanzado notorio arraigo en España”⁴⁵, y a la voluntad política. Creándose, así, una situación de desigualdad⁴⁶ que favorece la creación de regímenes jurídicos diferenciados. Hasta el momento se han firmado 4 acuerdos con rango de ley aprobados a nivel estatal.

La lectura de los acuerdos firmados muestra que se han tenido en cuenta dos modelos diferentes. Los acuerdos con la Iglesia católica, se

⁴² STC 93/1983, de 8 de noviembre, “(...) el art. 16.3 regula un deber de cooperación del Estado con la Iglesia católica y demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadanos [...]” (FJ 5).

⁴³ En este sentido **D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ** *El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamentos, alcance y límites*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, pp. 199-231. También, **P. C. PARDO PRIETO**, *Laicidad y Acuerdos del Estado con las Confesiones religiosas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. En el mismo sentido, **G. SUÁREZ PERTIERRA**, *Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)*, en *Revista española de derecho constitucional*, año n. 31, n. 92, 2011, pp. 41-64.

⁴⁴ Hay que recordar que la referencia en términos imperativos, “se establecerán”, a los acuerdos en el art. 7.1. de la LOLR la determina, según se desprende de los debates parlamentarios, la firma de los Acuerdos con la Sta. Sede en 1979 en aras del principio de igualdad. Así se recoge en la enmienda núm. 40 presentada al Proyecto de Ley por el Grupo Socialista, vid. *Ley Orgánica Libertad religiosa. Trabajos Parlamentarios*, cit., p. 22.

⁴⁵ Desarrollado por Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España. Por el momento, cuatro confesiones han firmado acuerdos (Iglesia católica, FEREDE, Comunidad Judía, Comisión Islámica) y cinco han obtenido la declaración de notorio arraigo (Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, Testigos de Jehová, Budismo, Ortodoxos, y la Comunidad Bahá'í). La Comunidad Bahá'í ha obtenido la declaración de notorio arraigo por Orden PCM/1065/2023, de 18 de septiembre.

⁴⁶ Algo que puso de relieve en los debates parlamentarios por Solé Tura del Grupo Parlamentario Comunista, vid. *Ley Orgánica Libertad religiosa. Trabajos Parlamentarios*, ed. Cortes Generales, Madrid, 1981, p. 82.



firman antes de la promulgación de la LOLR⁴⁷, responden a un modelo que mantiene, en gran medida, los privilegios adquiridos en el modelo de confesionalidad que le precede, hasta donde se lo permite la democracia que se establece con la CE en la que se reconoce la libertad religiosa. Se diferencian también desde el punto de vista formal, al seguir los acuerdos firmados con la Sta. Sede el procedimiento de elaboración, aprobación, modificación y derogación reservado a los Tratados Internacionales.

Los acuerdos firmados con las confesiones religiosas minoritarias (FEREDE, Comisión islámica y Comunidades Judías), desde el punto de vista formal, fueron aprobados por ley de lectura única en 1992, siguiendo un procedimiento previsto en el reglamento de las Cortes Generales para las leyes ordinarias. En cuanto, al contenido responden a un modelo más acorde con la laicidad. Así pues, los acuerdos con las minorías religiosas, según se establece en la LOLR, se aprobarán por ley de las Cortes Generales. Es competencia, por tanto, del Estado.

En lo que se refiere al contenido material de los acuerdos coinciden los dos modelos en una mayor concreción de sus especificidades y demandas en lo que se refiere al ejercicio del derecho de libertad religiosa. Es una manifestación del principio de participación. Sin embargo, el contenido de los acuerdos no resuelve las demandas de las confesiones religiosas si los poderes públicos con competencia en la materia no crean las condiciones de ejercicio de su derecho, un ejemplo lo proporciona el derecho fundamental de las confesiones a establecer lugares de culto, todos los acuerdos se refieren a este derecho, derecho reconocido en la LOLR, pero la creación de las condiciones de ejercicio de este derecho es competencia de las CCAA y Municipios. Su intervención es necesaria para facilitar el ejercicio de este derecho⁴⁸.

El requisito del notorio arraigo⁴⁹, necesario para la firma de los acuerdos, ha sido desarrollado por Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España. Uno de los requisitos que deben cumplir las confesiones consiste en “acreditar su presencia en, al menos, diez comunidades autónomas y/o ciudades de Ceuta y Melilla.” (art. 3.b)). Aquí se encuentra una manifestación más de una concepción que tiende a la centralización de la gestión de la libertad religiosa.

No se atiende a la diversidad religiosa desde un Estado descentralizado sino desde un Estado centralizado con tendencia a la uniformidad que exige que la misma diversidad religiosa exista también

⁴⁷ Los acuerdos con la Sta. Sede se firman el 4 de enero de 1979, seis días después de que se publique en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) la CE, el 29 de diciembre de 1978 y algo más de un año antes de la promulgación de la LOLR en julio de 1980.

⁴⁸ Las dificultades con las que se encuentran las confesiones minoritarias con acuerdo en esta materia han sido puestas de relieve en el Informe *La situación urbanística*, cit.

⁴⁹ **A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZALEZ**, en *La nueva regulación del notorio arraigo en el marco de la cooperación constitucional*, en *Derecho y Religión*, Vol. XV, 2020, pp. 161-168. **D. TORRES SOSPEDRA**, *Notorio arraigo de las entidades religiosas en España: pasado, presente y futuro*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



en la mayoría de las CCAA. (en 10 de 17), para dotarlas de un régimen más favorable. El efecto de la aplicación de este requisito afecta a confesiones minoritarias que pueden estar muy arraigadas en una Comunidad Autónoma pero no en otras, por ejemplo, los hinduistas, que quizá podrían cumplir con el requisito de notorio arraigo en Canarias o/y en la Ciudad de Ceuta, pero que tienen una mayor dificultad en acreditar su presencia en 10 CCAA o los Sijs, asentados en la Comunidad de Valencia y en la Comunidad de Cataluña. Una adaptación de los requisitos para obtener el notorio arraigo en cada una de las CC.AA. exigiría cambios en la normativa vigente. Una propuesta en esta dirección requiere de una reflexión que valore y pondere los beneficios para la igualdad y los posibles riesgos o dificultades que plantearía.

Una manifestación de la centralización y de los privilegios que la Iglesia católica mantiene del régimen de confesionalidad doctrinal que precede a la democracia, sin atender el pluralismo social, se encuentra en la asistencia religiosa de los católicos en Centros Hospitalarios del sector público⁵⁰ (INSALUD, AISNA, Comunidades Autónomas, Diputaciones, Ayuntamientos y Fundaciones Públicas). La sanidad es una materia compartida entre el Estado y las CCAA. Al Estado le corresponde establecer las bases y la coordinación general de la sanidad (art.149.1.16.^a). Todas la CCAA han asumido esa competencia. Para garantizar este derecho se firma con la Conferencia Episcopal un Acuerdo que se publica a través de la Orden de 20 de diciembre de 1985, en ese momento la gran mayoría de los españoles eran católicos. En el Anexo que acompaña al Acuerdo se dice que “El número mínimo de capellanes encargados de prestar la asistencia religiosa católica en cada centro hospitalario público guardará relación con el tamaño del mismo, según los siguientes criterios: Hasta 100 camas: un capellán a tiempo completo...” y así sucesivamente, esto es el número de capellanes católicos se establece en función del número de camas, se parte pues de la presunción de que todos los internos son católicos. Este acuerdo está vigente y se aplica en las CCAA.

Lo mismo ocurre con el Acuerdo firmado con Instituciones penitenciarias el 24 de noviembre de 1993⁵¹ con la Conferencia Episcopal y publicado por la Orden de 24 de noviembre de 1993, para prestar

⁵⁰ Sobre esta materia se puede ver **M. MORENO ANTÓN**, *Asistencia religiosa en el ámbito hospitalario público español*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 49, n. 133, 1992, pp. 661-690.

⁵¹ Un comentario a este Acuerdo se encuentra en **M. MORENO ANTÓN**, *Asistencia religiosa católica en centros penitenciarios*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 51, n. 136, 1994, pp. 199-216. Sobre la asistencia religiosa de las confesiones minoritarias en centros penitenciarios se puede ver **M. RODRÍGUEZ BLANCO**, *Asistencia religiosa penitenciaria de las confesiones minoritarias con Acuerdo de cooperación*, en *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Coord. ISIDORO MARTÍN SÁNCHEZ-MARCOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ, ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 183-207. **ID.** *La presencia de la religión en los establecimientos públicos como exigencia del derecho fundamental de libertad religiosa. El ejemplo de la asistencia religiosa en centros penitenciarios conforme al Derecho Internacional*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, 2015, pp. 103-124.



asistencia religiosa católica a los internos. El número de capellanes católicos se determina por el número de internos. El coste del servicio lo asume el Estado. Este acuerdo está todavía vigente. Hasta el momento sólo Cataluña y el País Vasco han asumido la competencia en Instituciones penitenciarias.

Mantener estos acuerdos significa que no se tiene en cuenta el pluralismo existente en la actualidad en la sociedad. Las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (en adelante CIS) muestra profundos cambios en las creencias existentes en la sociedad. El barómetro de julio de 2023 (www.cis.es última visita julio de 2023) mantiene una tendencia ascendente hacia un cada vez mayor número de no creyentes, el total de no creyentes es del 43.5%, mientras que el de creyentes, en particular de católicos decrece, católico/a practicante: 19%, católico/a no practicante: 33.7%, el total de católicos/as es del 52.9%, se mantiene con pequeñas oscilaciones: el 2.5%, en los creyentes en confesiones minoritarias. Los datos que nos proporciona el CIS comprenden todo el territorio nacional. Asimismo, los acuerdos mencionados con la Iglesia católica se proyectan en todo el territorio nacional. No es razonable ni proporcionado, tomando como base los datos que nos proporcionan las estadísticas, que el cálculo para determinar el número de capellanes católicos sea el número de camas, en los hospitales, o el número de internos, en los centros penitenciarios. El coste del servicio no se corresponde con las necesidades de los usuarios.

Es el momento de revisar estos acuerdos firmados con la Iglesia católica adaptándolos a la nueva realidad sociológica. Además, en esta deseable revisión se debería tener en cuenta las necesidades de cada Comunidad Autónoma, con una diversidad religiosa diferente, adaptándolos a un modelo de Estado que se organiza de forma descentralizada. El modelo de asistencia religiosa más coherente con la laicidad y que al mismo tiempo atiende las necesidades de los fieles y a un coste, en su caso, de la administración, razonable y proporcionado es el de libertad de acceso, modelo por el que se opta en los acuerdos con las confesiones minoritarias, que consiste en que las autoridades administrativas deberán facilitar la entrada del ministro de culto previa solicitud de los internos, asumiendo estas o no, valorando los casos concretos, el coste del servicio.

En definitiva, también en este nivel de mayor concreción normativa del ejercicio del derecho de libertad religiosa, el de los acuerdos, se advierte distintos regímenes jurídicos, distinguiéndose entre confesiones con acuerdos y dentro de estas los acuerdos con la Iglesia católica y los acuerdos con las confesiones minoritarias, las confesiones que tienen declaración de notorio arraigo (Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, Testigos de Jehová, Budismo, Ortodoxos y Comunidad Bahá'í) y finalmente, las confesiones simplemente inscritas. Se crean, así situaciones de desigualdad que, excepto en el ámbito económico, no se explican desde una correcta aplicación de la LOLR.



Superar esta situación de desigualdad, exige seguir trabajando en el desarrollo del ejercicio de la libertad religiosa en los niveles competenciales que correspondan, no solo a través de una mayor concreción normativa sino también de formación de los operadores jurídicos en la diversidad y, en su caso, de quienes tienen la gestión del servicio. No se necesitan, en las materias a las que me he referido, más acuerdos con rango de ley sino más intervención de quienes tienen la competencia en la creación de las condiciones del ejercicio de la libertad religiosa. Así como, más intervención de los órganos de cooperación y colaboración como las conferencias sectoriales para garantizar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de libertad religiosa en todo el territorio.



Francesco Zanchini di Castiglionchio

(presidente emerito dell'Istituto Betti di scienza e teoria del diritto nella storia
e nella società)

**Per un'analisi critica dell'esperienza bellica nella civiltà occidentale
(dalla guerra-duello al bando "cieco" della così detta aggressione) ***

*For a critical analysis of the war experience in the Western civilisation
(from war-duels to the "blind" ban on so called aggression) **

ABSTRACT: In taking up the threads of a meditation recently begun in this Journal, the Author manages to update its profile within an increasingly decisive criticism of the Briand-Kellogg pact: unnatural resolution of the dialectic between national interests in a pure et simple of so-called aggression of one state by another. The criticism moves in particular from the nature, no less brutally political than the war itself, of the UN decision to ban the alleged aggressor, without any analysis whatsoever of the underlying reasons that constituted the basis for it, in the presence of a shared judging body and impartiality, capable too of suggesting possible conciliatory measures also with regard to the damage already caused by the war. The essay concludes by deriving the need to overcome the noted backwardness of the UN Charter on this point, channeling it into the context of a culture of "mild law", inclined to wards the gradual overcoming of the "sovereign state" model, in the context of the recent development of nonimperial federal forms of coexistence and non-violent collaboration between nations.

SOMMARIO: 1. Una premessa - 2. Sull'uso della forza nella rivoluzione oceanica - 3. Tra legittimismo ottocentesco e rivolta delle nazioni - 4. Sulle note di anarchia dei rapporti internazionali fra le due guerre mondiali - 5. (*segue*) ... e sulla fondamentale questione dell'impotenza giudicante dell'ONU - 6. Conflitto e aggressione nell'anarchia succeduta alla Santa Alleanza - 7. (*segue*) ... contro l'autodichia esasperata delle potenze egemoni - 8. Itinerari alternativi (non bellici) alla decisione di guerra - 9. (*segue*) ... in tema di costituzioni europee e di coercizione nei trattati "di pace" - 10. Verso orizzonti nuovi in materia di riformismo costituzionale?

1 - Una premessa

A onor del vero, è dai tempi delle guerre persiane, dopo le travagliate vicende delle Termopili e di Salamina, che l'Europa non ha più conosciuto uno scontro di civiltà, nelle forme di un perentorio invito, da parte di un governo imperiale straniero, a sottomettersi alla sua protezione esclusiva, alla sola condizione di smarrirvi le proprie libertà. Una richiesta semplice nella sua laicità, eppure ai suoi tempi collidente con le convinzioni sacre sedimentate nell'ampia tradizione millenaria - pur frammentata nella sua diaspora mediterranea - delle istituzioni comuni a un'ecumene disseminata; tale però da porre alla costellazione



dei popoli egei, cresciuta nei secoli fra un mare infido e l'Olimpo dei miti tramandati da Omero, un problema di identità insuperabile. Di qui il divenire dello scontro con l'Oriente una partita politica mortale, e l'enfatizzarsi successivo di una campagna di liberazione nel mito di una "guerra tra mondi" (quello della libertà e quello della sottomissione), nell'immediato alla base di un movimento espansionistico ateniese verso sud est e, di lì a un secolo, quasi sicuramente foriera dell'avventura imperialistica di Alessandro Magno.

Da tutto ciò, un'immanente tendenza degli europei a percepirsi come "liberi", in contrapposizione ad alieni indistinti asiatici, accomunati nello stigma di "schiavi" - uno stigma solo a tratti rimosso nelle relazioni di viaggiatori come Marco Polo, o di intellettuali gesuiti - pur nel contesto di un'oppressiva invasione coloniale generalizzata del "Nuovo mondo" da parte di navigatori europei. Nell'immediato, però, quasi a dare ragione a un siffatto espansionismo occidentale globale, la ripresa della guerra dell'Islam contro l'Europa cristiana veniva a riprodursi per il tramite di un soggetto inedito - l'impero ottomano - dal suo canto erede politico-culturale rovesciato della potenza bizantina abbattuta.

Su questo sfondo, la tendenza occidentale a chiudersi, retrocedendo, fino ad arroccarsi sul *limes* conteso di Vienna, nella fortezza carolingia¹: sollecitato a ciò dallo stigma decisivo di "scismatici", caduto complessivamente sull'ortodossia greca a seguito della *Unam Sanctam* di Bonifacio VIII. Stigma, poi, automaticamente trasferito sulla Terza Roma (prima Kiev, poi Mosca), frutto del fenomeno di massa della evangelizzazione delle Russie dopo l'allentarsi dell'oppressione tartara; e fattore di graduale ricezione dell'impero russo nel novero delle potenze disciplinate dal diritto pubblico occidentale. Una ricezione che, anche in grazia del proporsi la potenza succeduta a Bisanzio, sul Bosforo, in termini di successione evolutiva, ne favoriva una graduale omologabilità ai principi di cittadinanza succeduti, in Europa, allo *jus gentium* romanistico.

Frattanto, in termini di oscillazione militar-culturale, i confini mobili tra Budapest e Varsavia stavano a segnare gli avamposti della cristianità gregoriana di fronte all'incombere dell'espansione dello scisma. Ma il Bosforo e il Mar Nero vedevano declinare la loro millenaria caratteristica di mari volentieri aperti alla libera navigazione mediterranea. Faceva poi da marcato contrasto il fervore terrestre e marittimo del Rinascimento italiano con l'arretratezza dei territori tra il Danubio e i Balcani, sottoposti al potere della Sublime Porta: segno probabile della profonda incidenza che, in quell'area, la novità amara di

* Contributo non sottoposto a valutazione - Article not submitted to a double-blind revue.

¹ Per un efficace quadro di insieme su questo scenario, ancora valida la magistrale sintesi di P. BELLINI, *Christianismus de hoc mundo. Fattore religioso e fattore politico nell'esperienza dei primi secoli cristiani*, Giappichelli, Torino, 2017.



un contrasto insanabile fra le tre religioni abramitiche tendeva necessariamente a recare con sé, imprimendovi i segni difficilmente cancellabili di una inimicizia sconosciuta alla tolleranza ospitale tra le fedi della religiosità antica.

D'altro canto, se un interesse di prestigio al controllo delle coste e delle isole contigue al Bosforo era indubbiamente presente nella politica ottomana (proponendosi altrove più in scorrerie corsare, che in tentativi rilevanti di insediamento terrestre stabile), niente vi era di paragonabile al rapporto di simbiosi che il mare continuava a esercitare su pescatori-mercanti adusi a sopravvivere, greco-italici o fenici che fossero, aggrappati alle proprie scogliere, di tanto in tanto intervallate da vigne, o uliveti. Ancor più marcata, d'altronde, era la caratteristica terrestre dell'impero russo, a lungo disinteressato perfino da sbocchi al mare adeguati alle proprie dimensioni. Mentre carovane interminabili percorrevano la via della Seta onde esportare nell'area del Mediterraneo, irradiandoli dal delta del Nilo, ogni sorta di prodotti di pregio dell'ultimo, remoto Oriente.

2 - Sull'uso della forza nella rivoluzione oceanica

Un tentativo di armare navi di inedita robustezza, adatte alla navigazione a vela oceanica piuttosto che al cabotaggio sotto costa, vi era stato a un certo punto in Cina, ma era andato in disuso per una decisione verosimilmente politica, che aveva probabilmente sottolineato l'estraneità di una tale innovazione rispetto al costume degli antenati, unitamente al conflitto di interessi che si sarebbe creato con le caratteristiche tecniche delle flotte già esistenti. Questa fatale innovazione, viceversa, trovò favore nello spirito di intrapresa dei regni ispano-portoghesi, or ora reduci da epiche campagne di liberazione dal dominio arabo; donde il trattato di Tordesillas tra i "re cattolici", proiettato a trasferire oltre Gibilterra la crescente egemonia iberica, secondo direttrici di influenza vagamente paritetiche, ma entrambe fortemente condizionate da propositi di espansione confessionista (ovviamente graditi alla Santa Sede) verso l'Oceano Indiano i portoghesi, e verso l'Atlantico i castigliani. Una espansione che, per altro, non avrebbe concesso di fatto alternative alle precedenti libertà di culto, godute dai popoli indigeni oggetto della *Conquista*: determinando così la costruzione di cristianità totalitarie, in cui gli antichi culti sarebbero stati oggetto di sanguinosa persecuzione, potenziata tramite l'uso di armi del tutto sconosciute ai nativi, o di graduale metabolizzazione meticcia. Schema operativo, questo, prossimo a essere replicato - secondo tecniche variabili - da altre nazioni "libere" occidentali, provenienti da terre settentrionali parimenti cristiane, quando pure investite da correnti evangeliche antipapiste; incapaci per altro di rinunciare a una indistinta prospettiva di subalternità comunque utilitarista dei "barbari" convertiti (e/o assoggettati) oltremare: prospettiva se del caso realizzata, al



momento opportuno, mediante trasferimento massiccio di schiavi da un continente a un altro.

All'esito di questa trasformazione, il principio confessionista aveva funzionato come legittimazione della violenza *sub specie fidei*; sostituendosi al principio di diritto comune che insegnava come, nelle liti di rivendica, la pregressa frode, o la violenza impedissero comunque l'usucapione all'aggressore, secondo il principio canonistico, per cui *mala fides superveniens nocet* (idea non a caso riproposta appassionatamente da Bartolomé de Las Casas contro la *destruccion de las Indias*, in un famoso dibattito con Sepúlveda, tenuto di fronte a Carlo V).

Frattanto però, tra Machiavelli e Grozio, nel pensiero occidentale l'esperienza della guerra veniva di nuovo a essere intesa nell'accezione dei classici; riproponendosi dunque nei termini laici della continuazione della politica con altri mezzi, non esclusa dunque l'ipotesi dello scontro cruento tra le potenze coinvolte. Prospettiva questa, per altro, da trattarsi comunque come sediziosa all'interno di relazioni di dipendenza consolidata da una sovranità esterna, competente a reprimere il dissenso dei sudditi². Ipotesi inizialmente messa in discussione nelle colonie francesi, col diffondersi dei principi di emancipazione recepiti dalla Rivoluzione; principi questi per altro poi indebolitisi d'un tratto, col prevalere definitivo della Restaurazione sulla costellazione di ordinamenti di ispirazione illuminista, gemmati dappertutto in Europa in grazia della espansione militare napoleonica. Sicché, tra l'uno e l'altro di questi pur considerevoli passaggi culturali e politici, l'idea di Occidente non era porsa subire alterazioni significative, pur nel suo transito oltre le colonne d'Ercole.

3 - Tra legittimismo ottocentesco e rivolta delle nazioni

Il risveglio dei popoli seguito al tentativo dei vertici feudali d'Europa di perpetuare in forme nuove il loro dominio è frutto di un laico ripensamento trasversale del loro destino da parte delle nuove *élites* culturali post-rivoluzionarie (credenti e non), messe fuori gioco dalla nuova alleanza metternichiana fra trono e altare: quest'ultima favorevolmente recepita da una Santa Sede reduce dall'esperienza inaudita - di ispirazione mazziniana - del rovesciamento dal basso del potere temporale dei Papi, e quindi oramai indisponibile al fascino (e al rischio) dell'avventura neoguelfa inclusa in alcune proposte giobertiane. Quanto ai fermenti di libertà ancora accesi nella base sociale di un consenso riservato ormai al novero dei ceti dominanti, ne rimarrà aperto il gioco nei limiti dell'interesse delle monarchie aderenti alla

² *Aliud est hostis, alius rebellis* aveva sentenziato, contro Vitoria e prima della Rivoluzione, B. AJALA, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari*, opera redatta alla fine del secolo XVI, nella sua condizione professionale di consigliere giuridico del comandante dell'armata spagnola nelle province olandesi insorte (citato da C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra*, Adelphi, Milano, 1991/2023, p. 179 ss.).



Restaurazione a tentare la sorte di modificare a proprio favore gli equilibri internazionali esistenti; situazione, per esempio, specifica dell'evolversi in prospettiva antiaustriaca della politica piemontese, secondo un itinerario egemonizzato dall'obiettivo di provocare ritocchi "tollerabili" di sovranità territoriale tra le parti, puntando su una complessa politica di alleanze a tessitura cavouriana, intesa a negoziare abilmente, di volta in volta, il non intervento delle potenze sensibili a ridimensionamenti anche indiretti dell'Impero austro-ungarico, in Europa: rassicurandole, a ogni passaggio, della piena lealtà controrivoluzionaria della politica sabauda. Su questo solido sfondo di *realpolitik*, la romantica figura di Garibaldi propone l'alternativa di un'avventura vissuta al servizio *in progress* del sogno di una patria unita, divenuto d'un tratto realtà in grazia della rischiosa *debellatio* "partigiana" di uno dei regni più antichi, e disputati d'Europa.

Solo col declinare dell'Ottocento, e forse in grazia di un moralismo autocritico man mano invalso nella formazione anglofona dominante in America del Nord, sempre più chiara si manifestò una certa insofferenza per le imprese coloniali europee, intaccate ormai dal crescente prestigio rivoluzionario delle *élites* creole nell'impero spagnolo; insofferenza che - concorrendo una prima tacita rivalità con l'impero inglese - ebbe modo di far sentire il suo determinante peso a far tempo dalla sopraggiunta situazione di dipendenza di quest'ultimo dalle forniture americane, durante la prima guerra mondiale. Donde la presa di distanza degli USA, a Versailles, dalle intenzioni punitive degli altri membri dell'Intesa, e la firma di una pace separata con la Germania sconfitta, che implicava pure la rinuncia a partecipare comunque alla spartizione del suo impero coloniale. Certo, una politica "delle mani nette"; ma non ancora propensa a interferire nelle dinamiche dello sfruttamento imperiale dei sudditi da parte delle potenze colonialiste. Si prospettavano comunque in ciò componenti etiche nuove, capaci di influire profondamente sulle istituzioni di Weimar, prima della loro violenta soppressione nazista. Ma intanto già andava infuriando, in Asia orientale, la follia di un illimitato suprematismo giapponese, teso a una destabilizzazione totale dell'area, col finale obiettivo della propria installazione nel dominio di essa, spazzandone la presenza coloniale europea; fenomeno, questo, d'altronde propizio, conclusa dall'arma atomica la guerra contro l'Asse, a un movimento popolare per l'emancipazione dell'India dalla dominazione coloniale inglese, man mano pervenuto a successo attraverso inediti, reiterati processi senza sosta di disobbedienza civile disarmata; in seguito, trasferiti questi in un secondo esempio vittorioso di lotta politica di massa a direzione non violenta, in Sudafrica (dove la "grande anima" di un giovane Gandhi aveva ispirato i primi schemi operativi della prassi, opposta a quella marxista-leninista, da lui successivamente predicata in patria). Grandiosi modelli novecenteschi, questi ultimi, di consapevole contestazione profetica dell'arroganza delle opinioni politologiche ancora in auge, affrontate a partire dalla loro aprioristica convinzione - non soltanto etica - che affidare la soluzione dei problemi della politica alla violenza bellica fosse irrilevante rispetto



a quella di decidere piuttosto di decantarli mediante filtri etico-arbitrali, intesi alfine a trovare sbocco creativo in un diritto internazionale rinnovato³.

4 – Sulle note di anarchia dei rapporti internazionali tra le due guerre mondiali

Non c'è dubbio che, a cavallo tra le due guerre mondiali, vi siano stati tentativi considerevoli a livello diplomatico - con rilevanti implicazioni internazionalistiche - di rinnovamento dei principi di "guerra o pace" lasciati in eredità da Alberico Gentili e da Ugo Grozio, come *pars costruens* della loro critica secolarizzante radicale a precedenti teorie, accomunate nell'errore di un'impostazione decisamente confessionale del diritto

³ Nel senso di un'innata incapacità (nel trascorrere dalle *nuances* messianiche di una monarchia sinodale a quelle di un regno di predestinati alla divina elezione) di resistere alla tentazione di sfogare in davidiche soluzioni di forza pulsioni punitive propense a decisioni apodittiche, del tutto ignare di una onesta istruttoria - oltre le evasioni propagandistiche - dei termini fattuali di un contrasto, vengono man mano a esser definite in pochi tratti, fin dagli anni '30 del Novecento (e da posizioni di "giurista europeo" laicamente formato) le note di ambiguità etico-politica del diritto internazionale a dettatura angloamericana, che Emilio Betti impietosamente ravvisa ed elenca durante l'intero loro manifestarsi, nella cornice sperimentale sia della Società delle Nazioni, sia dell'ancor più ideologicamente costrittiva (almeno nel progressivo definirsi delle sue funzioni) Organizzazione delle Nazioni Unite. Una temperie, in cui - secondo l'osservatore - tutto sarebbe tenuto a piegarsi alla *convenienza di chi possiede*, inquanto a priori identificato, oltre ogni limite di logica, con i sommi principi di libertà e democrazia; a meno che una minaccia incresciosa allo *statu quo* non sia posta in atto da una controparte che sia un azzardo contrastare, e/o magari utile tacitamente favorire. "La vera causa del differente atteggiamento inglese nella questione abissina e in quella renana è tutt'altra. Essa va ricercata in una diversa valutazione che gl'inglesi fanno oggi del proprio interesse nazionale e imperiale nell'uno e nell'altro caso: valutazione, che determina nell'uno una interpretazione estensiva e nell'altro una interpretazione restrittiva degli obblighi a essi derivanti dal *covenant* della Lega. Nell'un caso essi ... vedono minacciato l'equilibrio e, per ciò stesso, il loro interesse imperiale da un'espansione italiana in A.O.; nell'altro caso, invece, vedono ristabilito, con la parità tedesca, l'equilibrio europeo e favorito il loro interesse alla scomparsa di egemonie continentali" (cfr. *La politica delle due misure*, in *Rassegna di politica internazionale*, 1936, ora in E. BETTI, *Scritti di Storia e di Politica internazionale*, a cura di L. FANIZZA, Le Lettere, Firenze, 2008, p. 80). E altrove: "Si sa bene che la asserita santità delle intenzioni è uno dei tratti caratteristici delle azioni informate alla morale farisaica, e che in particolare gli anglosassoni, schivi come sono di sinceri esami di coscienza, sogliono avere buona coscienza ogni volta che agiscono nel proprio interesse" (ID., *La frode alla legge internazionale del governo Roosevelt*, già in *Arch. Studi corpor.* 1941, ora in *Scritti*, cit., p. 136). Posizione dura, espressa per altro da un fascista di buona fede; la cui severa logica non pare da ciò comunque inficiata: fino a rilevare con argomenti suggestivi che, altrimenti, per "mondo libero" debba intendersi, sempre e soltanto, quello in cui l'egemonia angloamericana non possa esser messa in discussione avanti a un giudice terzo, o ad un tavolo negoziale tra pari; verosimilmente, in tale ipotesi, a partire dall'inevitabile petizione di principio costituita da un'antecedente, seppur remota "resa senza condizioni", intesa però a modo di regime delle capitolazioni, quale fonte indiscussa di permanente, irredimibile inferiorità.



internazionale. Si è assistito infatti, a partire dal piano Briand-Kellogg⁴, a una crescita inedita di accordi a lenta, progressiva adesione multilaterale, che hanno dato vita a un approfondimento condiviso - ma di certo più apparente che reale - di principi derogatori rilevanti rispetto a quello dell'uso della forza come mezzo primario, se non esclusivo, di trasformazione degli equilibri tra stati sovrani. Una tale trasformazione - dopo Versailles profluente dalle posizioni securitarie delle potenze europee uscite più malconce dal conflitto - dopo il processo di Norimberga si è svolta poi lungo il percorso travagliato della così detta guerra fredda tra i blocchi est-ovest, entrambi qualificati da opzioni etiche contrapposte, atte tuttavia a trovare una confluenza abbastanza chiara in direzione di più decisi obiettivi di liquidazione ulteriore delle residue situazioni esistenti di dipendenza coloniale. Una cospicua platea terzomondista ha assecondato il mutamento; ma i rapporti di forza tra le potenze principali lo hanno largamente ostacolato creando - soprattutto in area NATO, all'interno delle vecchie potenze coloniali - sacche di resistenza annidate in nuovi rapporti associativi (modellati a base capitalistica, ma imitazioni pur sempre delle antiche Compagnie delle Indie) strumentali al gioco delle alterne vicende della dipendenza internazionale, con fenomeni di riproduzione in forme nuove di relazioni decisamente abnormi e squilibrate, talora davvero "neocoloniali", e spesso sotto vigilanza militare di agili corpi di spedizione qualificati da particolare rapidità di intervento (esclusi i preliminari di una dichiarazione di guerra), come nella crisi di Suez.

Quanto alla così detta fine della così detta guerra fredda⁵, conseguenza evidente ne è - poco prima della disgregazione inopinata,

⁴ Come l'utopica aspirazione di un francese a una convivenza senza guerre tra gli Stati abbia potuto (una volta raccolta sull'opposta sponda atlantica) assumere man mano valore tanto incisivo, sul piano storico-pratico, fino a precipitare in una convinzione maggioritariamente condivisa sul piano internazionale, è un dato fattuale decisivo, prodotto esclusivo del *vae victis!*: il processo di Norimberga, celebrato solo previa violazione inammissibile del principio di irretroattività di una norma penale, giurisprudenzialmente derogato in base a paralogismi innovativi irrimediabilmente abnormi su un piano formale. Il che, oltre tutto, mostra quale influsso valoriale potrebbe avere nel diritto internazionale una giurisprudenza libera da interessi di parte, oltre al motivo per cui l'intervento di un giudice sia stato poi - di norma - accuratamente evitato dagli organi politici dell'ONU; con una leggerezza ignara di qualsiasi principio, alla fatua sequela del dinamismo meccanicistico della tecnica, paga sempre di occasionali congegni "liberanti" dai vincoli di ogni tradizione profondamente radicata nella storia, come quella del diritto romano-canonico (per uno spaccato efficace in argomento, cfr. la letteratura esaminata da **R. CAVALLO**, *La riflessione cristiana della storia nella riflessione di Carl Schmitt*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 13/2023; studio che ignora però la figura di giurista europeo parallela - entrambe di gran lunga dominanti, *spes contra spem* - di Emilio Betti).

⁵ Un dato questo di perpetuità dello stato di guerra, coerente con le dottrine della Terza Internazionale comunista. Di qui il disprezzo per la Società delle Nazioni, descritta come "Santa alleanza degli Stati capitalisti": censura che potrebbe ormai rivolgersi anche all'ONU, nella sua attuale fase matura di strumento sempre più allineato, nella sua passività, al dominio dell'alleanza occidentale. Una situazione alla quale non mancano segnali evidenti, e al tempo stesso pericolosi, di reazione



per improvvisa crisi costituzionale interna, dell'Unione Sovietica - la conclusione fortunata di accordi decisivi per la riduzione dei rispettivi arsenali nucleari delle due superpotenze; mentre, su un piano di stabilizzazione europea, la paradossale divisione iniziale in due stati del Reich nazista ha arrecato limitazioni decisive a rivendicazioni territoriali punitive come quelle di Versailles; e, allo stesso tempo, ha fatto della Germania federale un bastione della democrazia in Europa, poco prima che l'Unione sovietica cadesse in preda a pulsioni caotiche di irresistibile disgregazione ideologica, fonte oltre tutto di scriteriati cedimenti sul terreno della sicurezza verso ovest, provocati dalla fatua leggerezza di Boris Eltsin, a completamento di una definizione imprevedibile dei confini con l'Ucraina, all'atto delle cessioni di sovranità decise da Kruscev a favore di questa nazione gemella, culla primordiale della divina liturgia bizantino-slava. D'altro canto, gli Stati Uniti da tanta negligenza sono stati poi indotti, non in proprio, ma tramite la così detta Alleanza atlantica, a violare sistematicamente la promessa fatta a Gorbaciov, sotto la presidenza Reagan, di non modificare "di un centimetro" la simmetria delle dimensioni territoriali dei rispettivi blocchi militari. E questo venir meno ai propri impegni dell'interlocutore occidentale finora più credibile sul piano dell'evoluzione in senso pacifico e progressivo delle relazioni interne alle Nazioni Unite non ha mancato di contribuire a una serie destabilizzante di inconvenienti, provenienti sia dall'area occidentale più ostile alla Federazione russa, sia in secondo luogo dal polarizzarsi in senso eversivo delle masse arabe, in fermento per il sempre più stretto, torbido vincolo di alleanza⁶ degli USA con l'area intransigente del sistema di dominio di Israele sulla Palestina araba e, allo stesso tempo, con i regimi più retrivi degli Stati del Golfo Persico. Situazione che, paralizzato fin dall'inizio dalla propria rivoluzione interna l'ex blocco sovietico, dava frattanto esca a un'iniziativa terroristica senza precedenti, proveniente dall'area terzomondista, nella quale la disperazione delle masse islamiche trovava espressione sofisticata nella regia inedita di una guerra totale dell'Islam "rivoluzionario" contro i paesi occidentali, colpiti sanguinosamente, uno

internazionale.

⁶ Per un momento memorabile di sofferta autonomia del governo italiano dalla crescente sistematicità reattiva richiesta in materia ai paesi membri della NATO, va ricordata la nobile "sottrazione d'obbedienza", cui il gabinetto Craxi si vide a suo tempo costretto nel rifiutare l'estradizione "alla cieca" del guerrigliero palestinese Abu Abbas, ricercato dai servizi segreti USA e israeliani per atti di guerra compiuti reagendo all'interminabile occupazione del suo Paese (giustificazione poi consacrata in una storica, puntuale relazione al Parlamento). Posizione ben presto ripudiata, con l'indignitosa Canossa antiserba del governo D'Alema, quasi a segnalare il ritorno del Paese "nei ranghi" dell'obbedienza atlantica: ma dubitare su chi sia l'aggressore può costare una Prima repubblica? Con urgenza si impone, su questo punto essenziale, una riforma dei trattati che, alla luce dell'art. 11 cost., ristabilisca effettive e rispettate "condizioni di parità con gli altri Stati" nell'assetto attuale dei sistemi occidentali di alleanza; oltre che di rispetto rigoroso delle caratteristiche esclusivamente difensive (e non egemoniche) delle finalità dei medesimi, finalità purtroppo di continuo pretermesse.



a uno, nelle loro roccaforti metropolitane: fino a ferirne il centro nevralgico secondo modalità volutamente spettacolari, con l'attacco atroce alle *Twin Towers* di New York.

L'evolversi - meglio, il precipitare in questo senso - di una situazione ormai fuori del controllo di una qualsiasi interposta, ipotetica forza di pace avrebbe dovuto, forse, provocare qualche riflessione retrodatata sulla ben diversa capacità di governo della conflittualità tra i regni, concordata a Vienna all'epoca della Santa Alleanza. Al confronto, il patto Briand-Kellogg stava, con tenacia degna di miglior causa, aprendo la via a un'imprevista variante - foriera di ancor più tragici risultati - della guerra senza legge di sempre. Per la ragione semplice che si stava passando da una fase discrezionale, disincentivante del fenomeno bellico, alla rigidità di una sua obbligata repressione armata, rivolta contro un'unica parte, a priori qualificata - senza processo - con lo stigma di "aggressore": pretendendo di spegnere il fuoco con il fuoco, la guerra con la guerra. Una procedura, oltre tutto, palesemente vocata all'intervento del noto meccanismo "provocazione-reazione-repressione": fino all'esercizio di un "diritto" inimmaginabile di invasione di uno Stato sovrano come l'Afghanistan, solo perché vittima, a sua volta, dell'aggressione terrorista.

5 - (segue) ...e sulla fondamentale questione dell'impotenza giudicante dell'O.N.U.

Frattanto, negli ultimi decenni aveva subito un vistoso arresto la propensione della ex Unione sovietica a cedere i territori divenuti meno governabili verso sud-est; sostituito da una più cauta, e meno autolesionista tendenza a garantire alla Federazione russa - ritagliandole magari militarmente in più punti - linee di frontiera concordate su posizioni magari arretrate, ma definite da salienti meglio difendibili. Un riassetto difensivo, per altro, difficile a realizzarsi verso Occidente, a seguito del fatto compiuto di un disinvoltato accerchiamento, oramai frattanto pressoché completato, da parte di un'Alleanza "atlantica" in crescita territoriale costante, minacciosamente pervenuta fino a ridosso della Federazione russa: essendosi sostituita quest'ultima alla costellazione, disciolta dal canto suo spontaneamente, delle potenze satelliti del gigante sovietico.

Questa convulsa evoluzione impreveduta del sistema è tuttora in corso, quale frutto di una difficoltà evidente degli Stati europei di più antica, e decisa vocazione comunitaria, a reagire efficacemente, con preveggenza, a un tentativo di trasferire il loro potenziale di coesione dalla vocazione originaria *in pectore* di guida evolutiva verso un equilibrio pacifico del sistema internazionale, a punta di diamante di una accentuazione polemica artificiosa, e totalmente diacronica, dei rapporti est-ovest; schiacciata su un disegno evidente di mobilitare - in una direzione completamente opposta agli accordi di Yalta - una coalizione politico-militare a guida angloamericana che rischia di diventare in tutto



simile, almeno quanto a consistenza geopolitica, agli estinti disegni egemonici della Germania nazista e del Giappone imperiale. Ai nuovi equilibri politici tra i blocchi dominanti nella comunità internazionale non sta seguendo affatto, cioè, una ampia iniziativa culturale intesa a superarne i residui conflitti in vista di una loro armonica risistemazione negoziale; in quanto i vettori del riequilibrio in corso da troppo tempo soggiacciono alla tentazione, crescente negli Stati membri più culturalmente periferici della CEE (o di più recente adesione a essa), di pervenire a forzarne le interne dinamiche in direzione di soluzioni in disinvoltto, radicale contrasto con il “diritto alla pace”⁷ degli Stati membri della comunità internazionale; contro l’effettività del quale muove tutto ciò che, in non pochi paesi dell’alleanza atlantica, alimenta vecchie aspirazioni di egemonia condivisa, a stento fronteggiate dai paesi di più matura democrazia della Comunità europea, in primo luogo una Germania amputata d’un tratto - con un attacco di *commando* da manuale al *Nord Stream*¹ - della fornitura del gas russo vitale per i suoi processi di produzione industriale⁸. Mentre una tendenza aggressiva a una reazione organizzata di insofferenza verso una gestione politica dei conflitti si è manifestata, dopo la riunificazione a guida federale delle due Germanie, nel ruolo sempre più spiccatamente bellicoso assunto man mano da un Regno Unito militarizzato - col cessare di ogni insubordinazione attiva dell’IRA e il favorevole esito della campagna delle Falkland contro l’Argentina - alla guida di iniziative spesso gratuite di fulminea repressione collettiva nei confronti di ogni ipotesi di insubordinazione “antioccidentale”, vera o presunta, motivate da condizioni delle relazioni internazionali anche le più squilibrate e irrazionali, preferibilmente individuandone il bersaglio nei pur comprensibili fermenti di assestamento seguiti a tali vicende sia in Medio Oriente - a far tempo dall’agosto ’90 - sia nei Balcani, a cominciare dal giugno ’91. Processo questo maturato attraverso una graduale, rassegnata passivizzazione - corrispondente nei risultati a un vero e proprio appiattimento controrivoluzionario - dei vertici dell’ONU su iniziative unilaterali eversive dell’ordine costituito nei sistemi statali in conflitto, anche

⁷ Su un “diritto alla pace,” rivendicato viceversa ai popoli -di contro all’*impasse* di ogni tentativo di soluzione secondo diritto delle controversie fra gli Stati- non si può non fare cenno all’auspicio espresso nel 1978, dalla Assemblea generale dell’ONU, con la sua pur platonica e vana raccomandazione n. 33/73. Della quale, per altro, non si registra a oggi alcun seguito coerente nella legislazione degli Stati-membri; dal quale sia dato dedurre un progresso purchessia, in direzione di quel “pacifismo giuridico” che costituisce l’insegnamento più coerente di Norberto Bobbio (cfr. **N. BOBBIO**, *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna, rist. 2009); e che esige una profonda, inevitabile riforma dell’ONU in direzione di uno statuto veritativo del sistema dei suoi attuali interventi. Senza di che non potrà non prevalere sempre l’occasionale compromesso delle nazioni, determinato dagli equilibri di potenza, anziché dalla forza della ragione. Dietro i quali, ideologie omicide - magari nutrite di fanatismo religioso - agiranno come fattori di decisione, totalmente svincolati dal senso comune dei popoli.

⁸ Sui peculiari, e per certi versi drammatici riflessi, in Germania, della questione ucraina, cfr. da ultimo **G. MARIOTTO**, *La Germania inerte*, in *Limes*, n. 4/2023, p. 147 ss.



puramente ipotetico, di interesse con la NATO. Si va oggettivamente replicando in tal modo (anzi, si è mondializzato) un metodo aprioristico di conduzione repressiva allargata dei conflitti interstatali - passivamente subito da una ONU destituita, statutariamente, degli autonomi poteri monitori e ispettivi all'uopo necessari - abbandonandone fiduciarmente l'intera gestione agli eserciti del blocco occidentale fin dalla guerra di Corea (blocco, per altro, al tempo stesso inerte di fronte al tracotante inadempimento di Israele a reiterate raccomandazioni delle N.U. quanto all'attuazione della divisione della Palestina in due Stati e al rispetto dei diritti umani nei territori occupati); gestione necessariamente aperta a soluzione "pacifica", nel migliore dei casi, soltanto con lo sfinimento delle parti combattenti, se del caso in alternativa (criminosa) con la disgregazione deliberata dell'assetto politico di aree di antica civilizzazione, magari giustificata da accuse infami, deliberatamente calunniose nei confronti dei governi contrapposti⁹.

⁹ Non si può qui non ricordare, ovviamente, quanto seguito al calunnioso addebito all'Iraq -da parte del Regno Unito, come successivamente confessato dal suo *premier* di allora- dell'intenzione di usare "armi di distruzione di massa" (di cui l'accusato risultò poi sprovisto) contro i custodi-fantoccio degli interessi occidentali nell'area; addebito inteso a giustificare, di lì a poco, la deliberata disgregazione politico-militare dell'intera Mesopotamia. Ma è stato possibile assistere di recente in Libia a uno scenario analogo, con l'eliminazione del governo Gheddafi, previa paralisi delle sue possibilità di autodifesa aerea con la repentina messa in atto, da parte di stormi d'assalto franco-britannici, di una *no fly zone* interdittiva dei voli dell'aviazione libica proprio allo scoppio di un bene orchestrato *putsch* militare. Come si possa affermare, ciò nonostante, che il divieto "cieco" dell'aggressione - esteso oltre tutto alla reazione legittima di un governo nei confronti di atti violenti di sedizione interna - abbia determinato "la proscrizione della guerra" (così O.A. HATHAWAY, SCOTT J. SHAPIRO, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo*, Neri Pozza, Vicenza, 2018, p. 400; e *passim*, con crescente arroganza) non è dato razionalmente capire. O meglio, un tale paralogismo apre, semmai, uno scenario nuovo oltre l'attuale, assoluta impotenza di questo settore del diritto di fronte al fenomeno della guerra e al problema del suo disciplinamento razionale in termini non di meccanismi indiretti di incentivazione e/o di disincentivazione politico-economica, bensì di incondizionato perseguimento di quell'elementare minimo etico, che solo può conformare i rapporti umani al mondo superiore dei valori. Che poi la tesi degli Autori testé citati rifugga tenacemente dal confrontarsi con la sua confutazione puntuale, contenuta nei lavori pubblicati dallo Schmitt nel quarantennio successivo a Norimberga, francamente fa il paio con la scarsa serietà dell'allegazione a prova delle vicende di quel processo politico concernenti lo stesso Schmitt, riportate a suo carico nella condizione costringente di imputato, anziché nella sua statura di maestro indiscutibile della dottrina dello stato e del diritto pubblico europeo (cfr. O.A. HATHAWAY, SCOTT J. SHAPIRO, *Gli Internazionalisti*, cit., p. 335 ss.). Ma quanto al rischio di incorrere in un analogo, improvvido scambio di bersaglio, può forse farsi rinvio a quanto occorso nel quadro di una recente critica, magari brillante e certo meno dozzinale, opposta ad alcuni esponenti di spicco della scienza giuridica italiana degli anni '20, d'un tratto osservati per la prima volta in base alla personale adesione al fascismo, vera o presunta, di taluno dei suoi pur illustri rappresentanti. Vedi, ad esempio, il volume di Atti di convegno, pubblicati sotto il suggestivo titolo di *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO, RomaTrePress, Roma, 2015, non di rado inevitabilmente tendenzioso nel proporre, senza adeguata prudenza, sospetti di contaminazione indebita - in alcuni



6 - Conflitto e aggressione nell'anarchia succeduta alla Santa Alleanza

È dalla vergognosa umiliazione inflitta a Versailles all'area dei popoli dapprima inclusi negli imperi centrali, che muove una singolare inversione della misura del rispetto dovuto alle potenze sconfitte, con l'inasprirsi in Occidente, fino all'annientamento politico, del principio della violenza bellica (così detta resa senza condizioni), appena temperato dal paternalismo degli aiuti per la ricostruzione a governi di sicura affidabilità subalterna. Dinamica, questa, alla quale a stento si è sottratta a suo tempo, in grazia a De Gaulle, la sola Francia, sul principio totalmente debellata (e largamente collaborativa con i nazisti, da Vichy); mentre la Polonia (a favore della quale Londra aveva rivendicato a sé la 'missione' di intervenire in guerra) veniva tranquillamente lasciata, cessato l'ultimo conflitto, nelle fauci di una Unione sovietica trionfante. In tanto spudorato machiavellismo degli imperi, si celebrava in realtà il trionfo non troppo provvisorio - sull'equidistanza "pacifista" papale¹⁰ e cattolica - del più smaccato cesaro-papismo: quest'ultimo all'inizio mascherato dal vicendevole messianismo delle contrapposte ide-teologie "virtuose" del marxismo-leninismo e della soteriologia calvinista angloamericana della 'elezione'. Una dinamica duale, destinata a durare oltre la caduta del comunismo, col graduale ritorno del primo dei due blocchi a un rinnovato cesarismo bizantino-slavo: funzionale in realtà al "grande gioco" di un'evidente contrapposizione plurisecolare tra potenze continentali asiatiche e imperi transmarini, costruiti sulle guerre

studiosi del passato di indiscussa preminenza scientifica - tra ideologia politica professata e ricerca teorica.

¹⁰ Quest'ultima - è ben noto - frutto di un duro e difficile rodaggio degli Accordi Lateranensi del 1929, dovuto al merito paziente della trattativa sulla loro sopravvivenza, messa in forse dai reiterati, ma vani tentativi del governo fascista di forzarli in senso giurisdizionalista: tentativi a lungo rintuzzati con rispettosa, ma inflessibile determinazione paziente dalla quotidiana diplomazia messa in atto, con Mussolini, dal p. Pietro Tacchi Venturi S. J. (sul rilievo documentario di questo defilato personaggio, si veda quanto meno **S. PALAGIANO**, *Pio XI e Pietro Tacchi Venturi S.J.*, in 'Pio XI e il suo tempo', Atti del convegno, Desio, 2018. E ancora, per più ampi e puntuali approfondimenti, *La serie 'Affari' del fondo P. Pietro Tacchi Venturi S.J. (1861-1956) dell'Archivum Romanum Societatis Jesu (A.R.S.J.): Lavori archivistici e primi rilievi*, Roma, 2017). Piattaforma pattizia contestata, e più volte pericolante in momenti di frizione ideologica col regime prossima talora all'incompatibilità; eppure rivisitata, controllata e rimessa a punto in occasione di tali incontri: tale da alfine garantire alla Santa Sede il graduale consolidarsi di una transizione, dapprima incerta, a uno *status* inedito di imparzialità politica essenziale ad assicurarle in futuro una libertà invidiabile (in tutto diversa dalla centralità politica goduta all'epoca della vigenza della sua *potestas in temporalibus*) di magistero sociale transnazionale. Una dinamica, questa, a margine del cui rilievo politico tuttora risaltano i non trascurabili innesti fondativi - nel diritto internazionale concordatario - dell'odierno diritto delle religioni non solo in Europa; e dalla quale ha potuto prendere gradualmente le mosse un poderoso, interno rinnovamento dottrinale delle dottrine sociali della Chiesa, tra Benedetto XV e Francesco I.



di corsa e di rapina¹¹. È a partire da questo iato culturale, che può misurarsi la distanza tra i limiti compatibili della sconfitta e della preda bellica (nel quadro della Santa Alleanza) con l'onore dei sovrani sconfitti, a fronte delle dimensioni illimitate di vendetta consentite, nel sistema delle nazioni "unite", dal regime di feroce gestione postbellica della politica, sulla viva pelle dei popoli del Novecento.

Vero è che - escluso ogni ritorno ai principi della Restaurazione - una attenuazione della pena toccata al vinto diveniva possibile col fruire di qualche supporto indiretto, garantito in termini di *soft law* dall'Organizzazione. Ma restava disattesa ogni aspirazione a veder chiarita, almeno platonicamente (e salvo il giudizio della storia), quanta parte di vero fosse stata travolta dall'illimitato dispiegarsi della sopraffazione seguita alla sorte contraria delle armi. E, come se ciò non bastasse, il sistema teneva pronto l'ulteriore strumento infamante della criminalizzazione del comportamento bellico, ovviamente in pregiudizio esclusivo di politici e di generali sconfitti: a sanzione teatrale, ipocritamente definitiva (una sorta di *Deus ex machina*!) dello splendore indubitabile delle "ragioni" del vincitore, celebrate con ogni frastuono possibile dalla propaganda di costui. C'è da chiedersi, di fronte a questi risvolti di imbarbarimento della vittoria, se l'istituto della guerra non abbia ormai perduto il proprio originario significato, legato forse a un illusorio mondo arcaico, aperto alle vicende del dramma di una sfida suprema di giustizia e pronto ad ascoltare nella *pietas* le ragioni del valore sfortunato. A fronte di che - con Omero - ancora una volta Sibilla risponderebbe all'enigma col roccioso silenzio inesplicabile di un avverso destino; ai cui interrogativi mancherebbe oggi a lungo la risposta razionale di una ricostruzione non partigiana degli eventi, sepolta frattanto dal clamore infamante della versione del più forte. Conviene solo a costui, infatti, che non sia fatta luce né sui tentativi (non sempre di mala fede) sperimentati dal vinto nel vano tentativo di evitare la guerra mediante trattative, arbitrato, o altri mezzi alternativi allo stesso; e tanto meno sul merito (magari praticabile) delle sue proposte di compromesso, avanzate in alternativa alla minaccia incombente di uno scontro armato. Su tutto, si è disposto che aleggi la voluta impotenza monitoria dell'ONU, ridotta (prima del momento della criminalizzazione del vinto) a silenziosa testimone dello svolgersi delle liti fra i grandi, dal proprio stesso ordinamento processuale; che le forze egemoni del Novecento hanno, tutt'al più, ipocritamente relegato - proprio nella fase in cui forse si potrebbero espletare i tentativi giusti di sbrogliare la matassa di un contenzioso esplosivo - a compiti di giurisdizione volontaria, privi cioè di autonomi poteri di iniziativa istruttoria al di fuori di quelli sollecitati dai potenti della terra per tornare (mediante la vecchia, irrinunciabile guerra-duello) a liberarsi con ogni mezzo più nefasto, *sub specie* possessoria di repressione cieca di un'aggressione talora puramente reattiva nei confronti di un torto antico, della presenza su questa terra



dei loro competitori, alla fine sepolti attraverso una *damnatio memoriae* accuratamente formalizzata¹².

Posto dunque che i conflitti di interesse di cui la storia delle nazioni è scandita sono parte integrante di essa, non era questa certo la via giusta per tentare il ripristino di una via di durevole, reciproco rispetto tra i contendenti, atta a portarli davvero a tracciare insieme - in buona fede - le giuste vie di compromesso nella costruzione di nuovi, compatibili termini di una pacifica e fruttuosa convivenza fra le contrapposte comunità. D'altra parte, l'ingresso di una pretesa di soggetti terzi interessati unicamente a far cessare sul nascere ogni discussione sul merito della problematica in discorso finiva per introdurre un elemento di rigidità (a partire dallo stigma di "aggressione" caduto sull'accendersi di un conflitto allo stato ancora virtuale) tale da volgere in fumo le speranze di volgere il contenzioso insorto in positiva cooperazione nel superamento delle difficoltà esistenti.

Non sarebbe stato forse meglio - invece di precipitarsi a investire del caso questa sorta di Inquisizione laica, che il Consiglio di sicurezza dell'ONU è divenuto in mancanza di organi attributari di *jurisdictio in nolentes* - cercare altre sedi di equa deliberazione preventiva del conflitto di interessi in atto?

7 - (segue) ... contro l'autodichia esasperata delle potenze egemoni

Non si può negare che vi sia stato un momento in cui - mediante la dottrina di Monroe - gli Stati Uniti abbiano iniziato a provocare innovazioni decisive nel concetto di Occidente, col mirare ad assumere la *leadership* di una sponda critica interamericana, posta a limite politico di un "emisfero occidentale" di inedita conformazione, da presidiarsi dalle scorrerie di imperi europei comunque coinvolti dalla loro tendenza - pur temperata dallo *jus publicum europaeum* - a considerare *res nullius* le isole e terre poste al di fuori delle colonne d'Ercole. Di questo atteggiamento era sorgente etica, al fondo, la stessa identità rivoluzionaria del vigoroso movimento antimonarchico, di cui la storia degli *States* si materiava. Ma il caos era oltre le dinamiche della competizione tra sovranità ufficiali, e si situava nell'assoluta anomia dell'inserirsi in esse della pirateria oceanica, fruendo di patenti concesse dalla corona britannica a chiunque fosse disposto a fiancheggiarne le strategie espansive di potenza. In tal modo, veniva in gioco una autorità occulta, legittimata dal privilegio a operazioni di accumulazione giustificate dal mito di una innovativa "libertà dei traffici", intollerante di ogni limite legale posto al suo globale dispiegarsi: quella del

¹² Scontato, in R. CAVALLO, *La concezione*, cit., ivi, note 12-16, il rinvio al gioco che, nel contesto di un'auspicata, unitaria egemonia angloamericana (esplicita dopo la Brexit!), potrebbero esercitare in equilibrio, secondo Schmitt, i vari paesi emergenti (Cina, India, Sudafrica) e con essi il blocco ispanico-lusitano.



capitalismo nascente. Era inevitabile che, di lì a poco, anche l'etica severa dei padri pellegrini trovasse - nella convinzione calvinista della predestinazione dei figli - l'esigenza di raccoglierne conferma messianica in operazioni di analogo successo, politico o economico. Di qui, mano a mano, il volgersi della politica nordamericana al di fuori dei suoi confini originari, nel perseguimento a sua volta di obiettivi imperialisti, sia esterni che interni al continente; nei quali si dava magari il caso, oltre tutto, di poter coinvolgere momenti di aggressività antipapista, come in una cospicua espansione bellica antilatina nord-sud (Spagna e Francia, completandosi l'opera degli inglesi di espulsione di quest'ultima dal Canada), non molto dopo estesa verso il Messico e le Filippine, con sistematica decostruzione totale degli apporti di civilizzazione precedenti.

Caratteristica comune dei filoni di sviluppo di dinamiche del genere, combinate con la resistenza conservatrice delle potenze sfidate, finiva per divenire l'aggregarsi in equilibrio di poli di egemonia superstatale, a tutela di formazioni politiche non ancora formate all'immanente complessità della competizione internazionale. Formazioni destinate ad assumere comportamenti e stili gradatamente compatibili, in vario modo, con gli interessi del polo dominante, come risulta chiaro dal passaggio evolutivo alla condizione di *dominion* degli immensi territori annessi all'impero inglese. In una situazione del genere, la potenza egemone tendeva a legittimare la sua *leadership* in termini di alta rappresentanza politica delle nazioni "protette" interne all'area, secondo le variabili di una recuperata - e pur sempre a lungo impari - reciproca lealtà feudale.

In una situazione del genere, nessuno dei centri imperiali dominanti, e non solo in Occidente (sul modello medievale papista, sia pure malinconicamente in declino) avrebbe accettato di essere in alcun modo giudicato da una qualsiasi autorità imparziale; perché ciò avrebbe implicato trasferire a quest'ultima una parte non piccola della propria autorità. Si è andati così assistendo, fra il tramonto della Santa Alleanza e la "pace" di Versailles, a un processo profondo di secolarizzazione allargata - magari inconscia - del brocardo di diritto canonico *prima sedes a nemine judicatur!* E si direbbe che qui sia il nodo del processo logico, mediante il quale si spiega l'inderogabile rifiuto degli imperi dominanti di accettare di sottoporre a giudizio di chicchessia la propria condotta politica: rifiuto che è andato sempre più definendosi - a partire dalla Società delle nazioni - non tanto in dichiarazioni e riserve, quanto in linee di condotta inderogabili, tacitamente concordate tra gli imperi (divisi su tutto, ma su questo punto pienamente concordi) e, come tali, date come irremovibili impedimenti fattuali da una scienza del diritto forse complice, quando non intimidita dalla *majestas* dei loro autori¹³.

¹³ Ne è prova il fatto che, stando alla trattazione storico-critica di gran lunga più modernamente esaustiva delle problematiche profonde sottese alla materia (dalla questione del nonsenso di un obbligato riconoscimento fra gli Stati, come di quella di una possibile censura aprioristica maggioritaria del nudo evento fenomenico della così



Di qui, il ricorso costante alle controllabili mediazioni compensative del ceto elitario dei diplomatici, piuttosto che a qualcosa di lontanamente paragonabile al *cavere*, o al *respondere* imparziale dei giuristi; di qui il consolidarsi di prassi irrimediabilmente consistenti - tutt'al più - nella scelta di arbitri oculatamente selezionati a lode del vincitore, piuttosto che per un franco, onesto, concreto raffronto critico della sua prassi politica con principi etici preesistenti¹⁴. Di qui, ancora, tutt'al più l'accettazione di lodi pronunciati da collegi giudicanti domestici, in regimi di controllata capitolazione: come nella messa in scena di Norimberga¹⁵, accettata farsa confermativa della tragedia

detta aggressione, concepito senza alcuna attenzione all'*animus rei iure vindicandae*) la dottrina dominante si guarda bene dal prendere posizione specifica (cfr. C. SCHMITT, *Nomos*, cit., p. 402 ss.). Dove però - su un piano rigorosamente storico - correttamente si individua nella dichiarazione Stimson del 1932 il tornante decisivo di una netta curvatura della politica degli Stati Uniti, nella traiettoria di un passaggio culturale dalla guerra-duello a quella della *criminalizzazione indiscriminata* della così detta "aggressione". Tornante, dal canto suo, logicamente connesso alla inizialmente solo moralistica pretesa wilsoniana di un'ecumenicità del riconoscimento statunitense della soggettività internazionale: pretesa - si badi - suscettibile di coloriture pericolosamente costitutive! Quanto all'acritica tendenza di gran parte della dottrina americana a uniformarsi con sano entusiasmo agli indirizzi del governo e alle strategie egemoniche di un Esecutivo invariabilmente conservatore (basti far riferimento alle eloquenti lacune della pur sterminata bibliografia raccolta in calce a O.A. HATHAWAY, SCOTT J. SHAPIRO, *Gli Internazionalisti*, cit.), non è questo il segno di una autoreferenzialità culturale collegata a un'ortodossia patriottica ancora incerta sulle variabili declinazioni della dottrina Monroe, ma ben ferma sul *right or wrong, my country*? E delle variabili declinazioni di tale dottrina non fa forse parte l'operazione *Just Cause*, nome con cui Washington definì la sanguinosa invasione di Panama del 1989/90 (un quindicennio prima dell'annessione alla Federazione russa della Crimea), decisa allo scopo di abbatterne l'esecutivo in carica onde sostituirlo col governo-fantoccio dell'avv. Guillermo Endara, *gauleiter* insediato - manco a dirlo - dall'amministrazione Bush, fino all'autunno 1994? Un'aggressione questa ingiustificabile e senza vergogna, specie a quarant'anni dall'essere intervenuti nella crisi di Suez contro Francia e Inghilterra, mosse da motivi del tutto analoghi di controllo imperiale su una via d'acqua di rilevanza strategica!

¹⁴ È questa chiara rottura del collegamento veritativo di strumenti di mera autorizzazione all'uso della forza con i valori di *ragione* e di *principio* eventualmente sottostanti alla lite, a escludere che in un provvedimento decisorio siffatto il Consiglio di Sicurezza possa esercitare poteri eccedenti quelli di un imperio primitivo e arbitrario, allo stesso modo di quelli esercitati da Romolo nell'assassinio di Remo. È la stessa voluta mancanza di una verifica in contraddittorio dei presupposti, di fatto e di diritto, dell'azione repressiva a escludere che si tratti di produrre qualcosa di simile al caso di un provvedimento d'urgenza, o al genere degli *interdicta uti possidetis*. Del resto, dall'autorizzazione maggioritaria di tale Consiglio non segue un'esecuzione affidata al ministero pubblico, ma l'immediata e violenta appropriazione di fatto della cosa controversa, per il tramite dell'autorealizzazione incontrollata della pretesa di parte; resistere alla quale espone ogni eventuale opponente -che non sia in grado di replicare alla forza con la forza, esponendosi a sanzioni penali successive-a sicuro linciaggio.

¹⁵ Qui ci si riferisce, ovviamente, al 'processo dei principali criminali di guerra tedeschi', celebrato (tra il novembre '45 e l'ottobre '46) nel palazzo di giustizia di Norimberga, di fronte a un sedicente Tribunale Militare Internazionale alleato, manifestamente sfornito di altra giurisdizione, se non quella derivante dal *Vae victis* più arbitrario. Sorte, come è noto, risparmiata solo all'imperatore del Giappone (nazione quest'ultima dominata poi discrezionalmente dal gen. Mc Arthur, governatore USA)



inevitabile del potere, fra un intermezzo e l'altro della guerra senza fine fra i potenti; alla fin fine rivolta contro il bersaglio dei pacifici (e contro i diseredati che di ogni guerra, come è noto, sono le vittime immediate). Garantendosi in tal modo il perpetuarsi liberatorio del mito bellico (in una con la sua negazione farisaica) a onta di ogni ritegno derivante dalla evidenza del crescente strapotere delle armi impiegabili dalla coalizione vincente; ed eliminando i residui scrupoli sull'ulteriore perpetuarsi della "inutile strage"¹⁶: letta, quest'ultima, come prezzo conveniente da pagare per l'ulteriore persistere di un tale, barbarico gioco d'azzardo interminabile, concesso ai grandi della storia: "cui fu prodezza il numero, cui fu ragion l'offesa, e dritto il sangue, e gloria il non aver pietà"¹⁷!

8 - In tema di itinerari alternativi (non bellici) alla decisione di guerra

Piuttosto che pervenire a un bando acritico dell'autotutela, funzionale al perpetuarsi di uno *statu quo* fatto per consolidare vecchie rapine - frutto ben noto di precedenti aggressioni impunte, perpetrate in passato dai *beati possidentes* attuali - niente di ostativo parrebbe opporsi alla ricerca di metodi di frequente presa in carico imparziale, da parte di corti apposite dell'ONU, investite o meno di *jurisdictio in nolentes*, dei termini di ogni conflitto divenuto altrimenti insolubile, anche in sede di discussione delle condizioni (in altri tempi, di norma, assai più onorevoli) di un trattato di pace. Senza di che ogni Versailles - imbastita su premesse non solo securitarie, ma pure, come è noto, duramente vendicative - ad altro non servirebbe che a differire, da parte del vinto, una ulteriore reazione bellica (sperabilmente più fortunata) in un successivo momento.

per "motivi di opportunità politica" (sic!). È da questo momento, d'altronde, che si profila un'inconscia, ma insopprimibile tendenza (avallata dal servilismo dei *media* di parte NATO) a identificare durevolmente, nelle potenze occidentali vincitrici del secondo conflitto mondiale, le "Nazioni Unite". A costo perfino di correre il rischio di dimenticarsi non solo della Cina, ma perfino dell'Unione sovietica; entrambe portate forse a sottovalutare le pericolose manie moraliste sottese ai risvolti *de iure condendo* dei fariseismi impliciti in alcune costanti culturali politico-ideologiche, di lungo periodo, delle cristianità anglosassoni.

¹⁶ Icastica espressione amaramente usata - per la prima volta - da un papa moderno come Benedetto XV, allo scoppiare della prima guerra mondiale. Un pontefice quest'ultimo, che, a differenza di Gregorio IX, avrebbe amato di certo incontrare un grande sovrano svevo, pupillo del grande Innocenzo III: deposto poi dal concilio Lionese II per aver "tramato" oltremare - piuttosto che la via di un'aperta guerra sanguinosa, gradita all'integralismo della Curia del tempo - quella di un negoziato favorevole con il sultano Al-Khamil, inteso a ottenere, mediante il dialogo tra anima e anima, tessuto nella comune fede nell'unico Libro della vita (seppure, ben si intende, a partire dal vantaggio tattico derivante dalla presenza di una sua armata sulle rive del Nilo) il libero possesso dei Luoghi santi di Gerusalemme - esclusa la spianata delle Moschee - nonché il perpetuo accesso garantito a questi ultimi per i pellegrini occidentali: Federico II Hohenstaufen, colto e magnanimo imperatore germanico, negoziatore accorto e leale, operatore di pace. *Stupor mundi!*

¹⁷ A. MANZONI, *In morte di Ermengarda*, Adelchi, Coro.



Trasposto per ipotesi di fronte a un'imparziale sede moderatrice, il dissenso tra vinto e vincitore consentirebbe - se condotto con saggezza analoga a quella dell'imperatore Federico II e del sultano Al-Khamil - una deliberazione pacata delle possibilità di accordo, da esplorarsi anche in relazione a vie conciliative non percorse dalle parti, perché in virtuale collisione con obiettivi ulteriori di conquista, accuratamente da entrambe taciuti. Se, del resto, assumessimo problemi del genere in termini di patologia relazionale - come potrebbe risultare corretto - non ne coglieremmo forse profili terapeutici importanti, da esplorare con successo in vista di condizioni nuove e liberatrici di convivenza?

Nella stretta di una questione di rettifica securitaria di frontiera con un governo da sempre amico, ma d'un tratto rivelatosi propenso a scelte di alleanza internazionale decisamente nuove e ostili, la reazione russa nell'area del Mar Nero da un canto si presenta, sulla frontiera ucraina, pervaso da intuibile indignazione nei confronti di un tradimento storico (aggravato dall'ingratitudine¹⁸ verso anteriori cessioni disinteressate di sovranità da parte sovietica) e, dall'altro, rivestito nella propria reazione di note di brutalità scontata, in tutto coerenti col trattamento del rapporto amico/nemico invalso nei millenni tra le potenze europee. Per avventura, oltre tutto, l'alleanza intervenuta a sostegno dell'Ucraina è la stessa che, a spese e sotto la direzione degli USA (con incoscienza, o meno) ha determinato - senza disdegno per colpi di stato autoritari - il rovesciamento di fronte del paese e, con esso, la situazione di rischio generale di diretto contatto tra i due blocchi militari, cui la Russia reagisce. Sono di fronte due grandi potenze, protagoniste di un passato svoltosi *ab immemorabili* sotto l'imperio d'una consuetudine coerente con l'ordinaria modalità di soluzione dei conflitti, anteriore a un molto discutibile utilizzo recente del patto Briand-Kellogg; fatto ormai passare come accettato superamento del plurimillenario ordinamento pregresso, in vista e nell'ottica farisaica di una kantiana pace perpetua tra le nazioni, di cui non c'è assolutamente ombra nel documento invocato. Frattanto, l'Ucraina viene capziosamente coinvolta nell'esperimento, in una logica perfettamente comprensibile di reazione giustificata - ma telecomandata *ab initio* - di fronte alle inevitabili violazioni della sua sovranità territoriale, seguite al contrasto sui suoi confini. *Hic Rhodus, hic salta!*, era (a questo punto) la via d'uscita senza tempo, che una primordiale tradizione inveterata del diritto bellico le proponeva come inevitabile!

¹⁸ Ingratitudine che, collegata a un'improvvisa, precipitosa acquisizione di autocefalia ecclesiastica, sollecitava oltre tutto dubbi di simonia sul terreno già teso dei rapporti interpatriarcali tra Mosca e il Fanar, assumendo tonalità da guerra di religione: vissuta d'altronde in un'atmosfera da delitto d'onore da lavare col sangue, salvando la sola innocenza dei minori raccolti sul teatro dell'invasione. In linea pur generale, ovviamente condivisibile sul punto l'intervento di **G. MINARDI**, *Mosca, l'altra Bisanzio*, in *Limes*, n. 4/2023, p. 193 ss.; ma, per più pertinenti rilievi di riflessione aggiornata sul ruolo che le istituzioni confessionali hanno giocato in merito, cfr. **G. BELGIORNO**, **M.DE STEFANO**, *La guerra 'cruce signata' di Putin e Kirill*, in *I diritti dell'uomo. Cronache*, n. 1/2023, p. 107 ss.



Mai come in questa congiuntura - e senza scomodare la *tregua Dei* papale, di medievale memoria¹⁹ - il passaggio da un mondo primitivo in cui la guerra (magari nella forma ammodernata di reazione collettiva all'aggressione di un ente sovrano) è un male inesplicabile, a un mondo illuminato dalla consapevolezza scientifica che il contributo veritativo della psicanalisi ha qualcosa da insegnarci in merito - non solo come individui, ma anche come gruppi con storia - tramite percorsi attraversati da momenti di dolorosa illuminazione autocritica, comandati dai ritmi che la natura imponga come gli unici favorevoli a un processo di liberazione da certe coazioni a ripetere, specie in momenti come questi di grossolana confusione, troppo spesso omicida: richiamandoci alla ragione assoluta col rivelarci viceversa, d'improvviso apparsi all'orizzonte, tempi favorevoli a inedite vie pacificatrici di soluzione dei conflitti. A fronte di che, il bando "assoluto" dell'aggressione - che è il vero e autentico frutto avvelenato della collettiva, sciagurata illusione del patto Briand-Kellogg, nell'interpretazione angloamericana successiva - si rivela, nella sua rigidità²⁰, come la più cieca, e ad un tempo micidiale negazione di principio della praticabilità di una razionale via d'uscita, scientificamente fondata e penosamente conseguita, dalla violenza del caos ferino del nostro inconscio più profondo.

9 - (segue) ... in tema di costituzioni europee e di coercizione nei trattati "di pace"

In qualche modo, risponde del resto a un assurdo ritorno alla logica della "guerra giusta" l'insistenza attuale su quella sorta di punizione dantesca del vinto, che risponde al nome di resa senza condizioni: non a caso frutto di una feroce guerra tra americani senza esclusione di colpi, quella di secessione²¹ e, in quel contesto, imposta con implacabile durezza

¹⁹ Per certi versi, un apprezzabile recupero moderno dello schema della *tregua Dei* medievale si ebbe forse - cessata in Europa ogni temperie rivoluzionaria con l'esilio di Napoleone a S. Elena - con la ripresa in forme nuove della desueta liturgia papista (ormai transconfessionalmente declinata, dopo Westfalia) *sub specie* della "pace tra i giusti", stretta a Vienna con Metternich in un contesto puntigliosamente restaurato di monarchie "legittime"; ai cui ritorni non rari di barbarie erano concesse soltanto deroghe in territori di preda transmarini, a danno esclusivo degli "infedeli", o di ogni altro gruppo chiaramente inferiore per imperscrutabile volontà dell'Eterno.

²⁰ Proprio questa rigidità, oltre tutto, avrebbe dovuto far dubitare della legittimità dell'abnorme *extensio* del divieto dell'aggressione, proposta in seguito: a fronte dei principii di unità e autonomia dei trattati, con buona pace delle adesioni successive. Come infatti si potrebbe individuare in queste ultime una concludente *eadem ratio*, data la loro immanente singolarità ripetitiva, a partire ciascuna dalle motivazioni più varie, perfino banalmente commerciali?

²¹ Per la verità, dopo la battaglia di Appomattox un primo approccio tra militari era parso foriero di un trattamento umano dei Sudisti; ma l'assassinio inatteso di Lincoln fece pendere la bilancia verso il bacchettonismo vendicativo più bieco e spietato, incarnato all'inizio nel ministro della guerra, Edwin Mc Masters, e poi condotto dall'Unione fino alla conseguenza estrema dell'annientamento globale del sistema politico-economico degli Stati confederati, alla fin fine trattati a lungo come territori non



punitiva ai Confederati, fino all'annichilimento (e divenuta, da allora, modello di riferimento per quasi tutte le moderne "paci" successive). Nella prassi novecentesca, se ne possono rilevare i segni come in una sorta di coazione a ripetere ormai acquisita alla cultura occidentale: a cominciare, con Versailles, da una prima condanna a morte della Germania; sfuggita parzialmente a una replica puntuale nel 1945 - dopo la presa di Berlino da parte dell'armata rossa - solamente in virtù di dissidi invalsi in seguito tra le due superpotenze decisive del momento, e a stento simbolicamente compensati dalle teatrali condanne di Norimberga. Un quadro ormai chiaramente opposto alla laicità della guerra nell'evo antico (ma anche in quello medievale), e ai riti dell'onore militare tributati al vinto che avesse lealmente combattuto, dai tempi dell'antica Roma.

Di qui, la prassi di un implicito collegamento, imposto fra i "trattati" di pace del '47 e le nuove istituzioni costituite, verrebbe da dire sotto dettatura di essi, dai popoli vinti, a seconda della loro caduta (altrove concordata) nella sfera d'influenza di questo, o di quell'impero vincitore. Donde la divisione pur sommaria fra democrazie dell'est, o dell'ovest; a seconda del maggiore, o minor grado di controllo esercitato sui suoi satelliti dal rispettivo impero dominante. Controllo, nel quale le maglie larghe del sistema NATO sono risultate di gran lunga più efficienti e durevoli di quelle, totalmente anelastiche, esercitate dall'Unione sovietica sui paesi del "blocco orientale".

Per quanto risulta in un quadro quanto mai influenzato dalla pressione degli opposti schieramenti, manca tuttavia, di sicuro, un coerente esame analitico della portata generale del fenomeno, esame che andrebbe esteso all'incidenza successiva, diretta o indiretta, esercitata dall'aggressività anche culturale della superpotenza occidentale sulle varieguate istituzioni politiche susseguite nell'area interamericana influenzata dalle dottrine di Monroe; e poi dilagata - grazie anche all'influsso di cattivi maestri come Kissinger - nell'Asia meridionale e nel Medio oriente, sovente in appoggio alle potenze declinanti europee, in primo luogo dell'impero inglese. La problematica relativa potrebbe riservare, inoltre, sorprese rilevanti quanto all'influenza spiegata - ben oltre i limiti di una comprensibile concorrenza tra sistemi economici - in momenti rilevanti per la comunità europea, non escluso l'affare Brexit e, a ridosso (il referendum su quest'ultima è di poco successivo agli accordi di Minsk) nell'indurre gli alleati della NATO, con modalità decisamente perentorie, alla scelta "obbligata" di schierarsi in una contesa, come quella ucraina, largamente discutibile, prima che decisamente pericolosa; sul cui declinare verso un conflitto globale l'Italia (persa ormai ogni autonomia dopo l'esilio di Bettino Craxi ad Hammamet) si sta avviando disciplinatamente.

Certo è che, in tutto ciò, inconfutabile appare la prospettiva di una continua demonizzazione di chi, di volta in volta, osi contestare le

autonomi, in condizioni di annessione.



posizioni USA, perfino sul punto - a nostro avviso perentorio costituzionalmente - della pur pasticciata formulazione dell'art. 11 cost.²². Rispetto alla quale andrebbe invece con urgenza favorita l'introduzione di ritocchi interpretativi nella direzione di un'autonoma politica di apprezzamento di un valore supremo come il "diritto alla pace" dei popoli (una sorta di collettiva obiezione di coscienza) se in contrapposizione con direttive di politica internazionale di paesi alleati, il cui rispetto ci costringesse ad aggressioni inconsulte verso paesi terzi, più o meno giustificate da pretesti tutt'altro che persuasivi. Un problema questo che tocca da vicino, in Europa, soprattutto due paesi di rado consultati, forse perché soggetti all'intimidazione a distanza di una guerra perduta: l'Italia e la Germania.

Urge d'altronde lo scenario di alleanze internazionali esterne ai blocchi militari della guerra fredda, che di fronte al "pericolo americano" serrano le fila anche sul terreno economico globale, contestando - a quanto sembra - gli accordi di Bretton Woods e la conseguente cartolarizzazione, (ormai sfrenatamente criminogena) della finanza internazionale, nella prospettiva perfino di un ritorno a divise garantite da riserve auree. Mentre la tensione tra Washington e il Vaticano non è mai stata così alta, alla vigilia di un sinodo dei vescovi di decisivo rilievo riformatore e, forse, di un conclave in cui non potranno non esprimersi - attesi i rapporti di forza frattanto maturati in concistoro - molte delle istanze di rinnovamento poste alla coscienza occidentale dai popoli più sfruttati del pianeta.

10 - Verso orizzonti nuovi in tema di riformismo costituzionale?

La lezione dell'unificazione tedesca costituisce un'indicazione perentoria della impermeabilità di quella tradizione costituzionale alle tentazioni del mutamento. Laddove si è assistito, dopo la caduta del muro di Berlino, a una sorta di compimento messianico delle speranze di riunificazione incluse nella premessa della costituzione della Germania occidentale; con conseguente caduta del suo preambolo non per abrogazione, ma per compimento storico dell'evento agognato. Seguito questo da una sostanziale, tacita annessione dell'Est alla patria comune, non discussa perché, dai più decisi ambienti nazionalistici, ritenuta indiscutibile *a priori*.

A fronte di questo blocco - saldatosi fin dall'età napoleonica intorno al nucleo prussiano - stanno le nutrite variabili postbelliche del susseguirsi di più repubbliche francesi, scosse dal dramma impreveduto - quasi un sisma sussultorio - di un impero in fase di decolonizzazione progressiva; le cui contraddizioni abbiano rapidamente travolto l'iniziale orgoglio isolazionista della "force de frappe" di De Gaulle: utopia questa continuista di una media potenza, altrove più dignitosamente recitata

²² Cfr. *supra*, nota 5.



sulla scena dei pittoreschi riti della persistente tradizione monarchica del *Commonwealth* britannico. La cui improvvisa uscita da un breve momento di condivisione dell'esperimento della Comunità europea porta forse anche il segno di un sussiegoso, tacito scontento aristocratico per l'affrettata e confusa politica di espansione annessionistica verso est di quest'ultima.

Procedendo nella considerazione di taluno dei più antichi imperi europei in decadenza, si potrebbe fare menzione di una Spagna in difficoltà, perché forse ancora ferita e culturalmente piegata da una micidiale, interminabile dittatura militare; sulla cui transizione verso la modernità grava ancora il peso di un sollievo ottenuto solo a seguito della morte naturale del tiranno. Sorte evitata all'Italia da una tardiva cobelligeranza con le superpotenze vincenti, e dalla lotta partigiana. Oltre che dalla solitaria grandezza inimitabile di pochi giuristi di eccezionale visione, alla Costituente: Calamandrei, Dossetti, Jemolo, La Pira, Moro e su tutti - per genialità di elaborazione concettuale - Costantino Mortati.

Quale di queste tradizioni sia in grado di assumere la *leadership* di un mutamento inevitabile, potrà trovarsi una chiave non nella navigazione di piccolo cabotaggio del recente riformismo italiano, ma in un orizzonte capace di pensare forme federali innovative, atte a integrare e redimere in nuove esperienze comunitarie i vecchi stati nazionali, costruiti sull'esclusione garantita dalla forza (e, all'esterno, dalla guerra): senza tacere di ciò che le intrinseche difficoltà, e evitando insieme di ricadere nelle follie del rischio imperiale, ancora incombenza e minaccioso sulle sorti di questo pianeta.

Come veniva profondamente rilevato - or è quasi un secolo - da un Maestro vero,

“risolvere queste antinomie è il compito della nostra epoca: provvedere alla lenta e dolorosa costruzione del mondo umano della storia; umano cioè giusto di una giustizia realizzata con mezzi giusti, e libero, di una libertà realizzata per mezzo della libertà. Mondo umano della storia: mondo fatto dagli uomini per gli uomini ma umanamente, cioè rispettando l'uomo e le leggi profonde e le profonde esigenze spirituali della umanità. La nostra epoca sente questo compito. Ma si trova dinanzi a esso in una specie di singolare incertezza, quasi si direbbe al bivio, tra la violenza e la pazienza: da una parte si lascia tentare dalla violenza con il mortale inganno della apparente e falsa rapidità della violenza; dall'altra parte si rende conto che solo con la lenta pazienza di una rieducazione della coscienza umana dell'individuo, riportata alla semplicità vitale dei suoi fini perenni, può arrivare al suo fine. Tra questa tentazione e questa prospettiva di paziente maturazione la nostra epoca è incerta”²³.

²³ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, ora in *OPERE*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. V, p. 195.