



TEMAS ACTUALES DE DERECHO CANÓNICO

JUAN PABLO **ALCOCER MENDOZA**

Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

TEMAS ACTUALES DE DERECHO CANÓNICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 768

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

María Teresa de Jesús Baena Sánchez
Cuidado de la edición

Cristopher Raúl Martínez Santana
Formación en computadora

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

TEMAS ACTUALES DE DERECHO CANÓNICO

JUAN PABLO ALCOCER MENDOZA
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2016

<p>Clasificación LC</p> <p>KBU3110 T45 2016</p> <p>Clasificación IJ</p> <p>P200 A362T</p>	<p><i>Temas actuales de derecho canónico</i> -- México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.</p> <p>304 p. – (Serie Doctrina Jurídica, 768) ISBN: 978-607-02-7914-0</p> <p>1. Matrimonio (Derecho canónico) 2. Tribunales eclesiásticos 3. Relaciones internacionales - Ciudad del Vaticano.</p> <p>I. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas II. Alcocer Mendoza, Juan Pablo, coordinador.</p>
---	---

Primera edición: 19 de mayo de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7914-0

CONTENIDO

Presentación	IX
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
Matrimonio civil y matrimonio natural.	1
Jorge ADAME GODDARD	
La asistencia jurídica de asesoramiento ante los tribunales de la Iglesia. Reflexiones selectas del abogado y los patronos estables en el Código de Derecho Canónico y en la Instrucción Dignitas Connubii . . .	19
Juan Pablo ALCOCER MENDOZA	
Órgano, oficio, competencia y potestad en el ordenamiento canónico	35
Rodolfo Carlos BARRA	
Delitos contra el sexto mandamiento con un menor. Especial referen- cia al delito con un menor.	53
José BERNAL	
La antropología jurídica del matrimonio y la familia	87
Héctor FRANCESCHI	
Cuestiones previas para la comprensión del proceso canónico de nuli- dad del matrimonio: ¿el “divorcio católico”?	137
Joaquín LLOBELL	
Indisolubilità del matrimonio.	161
Gaetano LO CASTRO	
El consentimiento matrimonial y el derecho natural a contraer ma- trimonio.	171
Luis LOZANO TORRES	
Las fuentes del derecho canónico	201
Javier OTADUY	

El derecho canónico como ciencia jurídica. Pastoral y derecho	221
Alberto PACHECO ESCOBEDO	
La presencia de la Santa Sede en los Estados y organismos internacio- nales. Acuerdos, relaciones diplomáticas.	229
Vicente PRIETO	
La instrucción de la causa, la certeza moral y la motivación de la sen- tencia en las causas de nulidad del matrimonio	265
Joaquín LLOBELL	

PRESENTACIÓN

El presente volumen recopila las diversas ponencias presentadas en el Primer Congreso Internacional de Derecho Canónico, organizado por el Sistema de Doctorado en Derecho de la UNAM, conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Ciudad de México.

En la segunda semana del 2013 el doctor Jorge Fernández Ruiz, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y coordinador de estudios de posgrado en derecho de la UNAM, se contactó con el doctor José Antonio Lozano Díez (entonces director de la Facultad de Derecho de la UP, hoy rector general de la Universidad Panamericana IPADE), para proponerle que esta última organizara el Primer Congreso Internacional de Derecho Canónico en la República mexicana, conjuntamente con la Universidad Nacional Autónoma de México.

El doctor Lozano encargó al doctor Juan Pablo Alcocer Mendoza, titular de la asignatura de cánones de la citada facultad, la organización del evento, junto con la valiosa ayuda del doctor Alberto Pacheco Escobedo, antiguo profesor de la misma facultad, hoy desafortunadamente desaparecido.

Se comenzó un doble trabajo. Por un lado, elegir temas de frontera para que fueran expuestos por diversos ponentes nacionales y extranjeros, y por otro, pensar quiénes serían los expositores idóneos para dictarlas. El doctor Alcocer Mendoza durante un par de meses revisó 2,209 temas para concluir en los dieciséis más importantes.

La lista definitiva de invitados quedó integrada de la siguiente manera: los profesores Joaquín Llobell, Héctor Franceschi, Miguel Ángel Ortiz y José Tomás Martín de Agar, de la Universidad Pontificia de la Santa Cruz en Roma, Italia; el profesor Javier Ferrer Ortiz de la Universidad de Zaragoza, España; los profesores José Bernal y Javier Otaduy, de la Universidad de Navarra, España; el profesor Rodolfo Carlos Barra de las universidades Católica Argentina y de la Matanza, Argentina; el profesor Vicente Prieto de la Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia; los profesores José Luis Soberanes Fernández, Jorge Adame Goddard y Francisco Huber Olea de la Universidad Nacional Autónoma de México; los profesores Alberto Pacheco Escobedo y Juan Pablo Alcocer Mendoza de la Universidad Panamericana

y el profesor Luis Lozano Torres del Tribunal Eclesiástico Interdiocesano de México.

El 27 de enero de 2014 dieron inicio los trabajos académicos en la sede de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. El primer expositor fue el profesor José Tomás Martín de Agar con el tema “El derecho de las relaciones entre la Iglesia y la sociedad civil: las diversas actitudes estatales”; a continuación expuso el doctor Juan Pablo Alcocer el tema “La asistencia jurídica de asesoramiento ante los tribunales de la Iglesia”; acto seguido el maestro Luis Lozano Torres dictó la conferencia titulada “El consentimiento matrimonial y el derecho natural a contraer matrimonio”; por la tarde el doctor Javier Ferrer Ortiz habló sobre “La libertad de conciencia de los políticos”, y para finalizar ese primer día, el profesor José Bernal expuso “El derecho penal canónico ante los retos actuales de la vida de la Iglesia: los delitos contra el sexto mandamiento”.

El segundo día de trabajo académico se ubicó en la sede de la Facultad de Estudios Superiores Aragón, de la UNAM, el 28 de enero de 2014, abrió la sesión el doctor Francisco Huber Olea y Reynoso, catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM, con la problemática relativa a la “Influencia del derecho canónico en las diversas ramas del derecho”; a continuación intervino el doctor José Luis Soberanes Fernández con la ponencia titulada “La libertad religiosa en México”; posteriormente el profesor Rodolfo Carlos Barra expuso el tema “Distinciones y relaciones entre las figuras de oficio —órgano y de potestad— competencia en el derecho canónico. La organización de la potestad eclesiástica”; por la tarde el doctor Jorge Adame Goddard dictó la cátedra “El matrimonio canónico desde la perspectiva de la libertad religiosa y de la laicidad del Estado”, y se finalizó con la conferencia del profesor Vicente Prieto hablando de “La presencia de la Santa Sede en los Estados y en los organismos internacionales. Acuerdos, relaciones diplomáticas”.

El 29 y el 30 de enero de 2014 las exposiciones comenzaron con el profesor Alberto Pacheco Escobedo, quien expuso “El derecho canónico como ciencia jurídica. Pastoral y derecho”; le siguió el profesor Javier Otaduy con “Las fuentes del derecho canónico”; asimismo, el profesor Joaquín Llobell con la ponencia “Cuestiones previas para la comprensión del proceso de nulidad del matrimonio: ¿el divorcio católico?”. La conferencia sobre la indisolubilidad del matrimonio que presentaría el profesor Gaetano Lo Castro de la Universidad de la Sapienza de Roma fue leída y discutida por el profesor Hugo Ramírez de la UP, y por los profesores Héctor Franceschi y Miguel Ángel Ortiz ante la ausencia involuntaria del profesor Lo Castro.

El último día de actividades correspondiente al 31 de enero de 2014 fue inaugurado por el profesor Miguel Ángel Ortiz con la temática “Patologías del consentimiento matrimonial”; más adelante le tocó el turno al profesor Héctor Franceschi con “La antropología jurídica de la persona”. Cerró el ciclo de conferencias el profesor Juan Pablo Alcocer hablando sobre “La asistencia jurídica de asesoramiento ante los tribunales de la Iglesia”. Trabajos que están consignados en el presente volumen.

El derecho canónico, como ciencia, es una disciplina jurídica con más de mil años de existencia y junto con el derecho romano, han constituido los principales veneros de la tradición jurídica de occidente, el llamado derecho común, también conocido como *Utrumque Iura*; de ahí la necesidad del jurista contemporáneo, y de todos los tiempos, de conocer este sistema jurídico, independientemente que lo practique como juez, litigante, profesor o académico.

Por lo anterior, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM consideró importante publicar las ponencias presentadas en el Congreso, como una aportación a la ciencia jurídica en general, y de aquellos países que siguen la tradición de occidente, en particular, como el nuestro.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO NATURAL

Jorge ADAME GODDARD*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El matrimonio civil en México. Síntesis de su evolución.* III. *El matrimonio conforme a su naturaleza.* IV. *Conclusiones: matrimonio civil y matrimonio natural.*

I. INTRODUCCIÓN

El matrimonio civil concebido como un acto jurídico que define y regula el legislador a su propio arbitrio, ha ido evolucionando en México, o mejor dicho involucionando, hasta volver a concebirse como una mera convivencia afectiva sin un vínculo obligatorio, aunque con algunos efectos jurídicos. Y algo semejante está ocurriendo en la legislación de otros países de raíces cristianas.

Ante esta situación me parece necesario reflexionar sobre la naturaleza y fines del matrimonio desde la perspectiva de la realidad misma de la relación matrimonial y de la voluntad de los contrayentes, a fin de transmitir a los jóvenes un concepto claro acerca de lo qué es el matrimonio y de los deberes qué comporta, que no se fundamente en lo que dicen las leyes civiles sino en la naturaleza del amor humano.

Para este fin presento primero una síntesis de la evolución que ha tenido el matrimonio civil en la legislación mexicana, la cual sirve para ilustrar el estado actual del matrimonio civil en México. Luego propongo un concepto de matrimonio fundado en la naturaleza de las relaciones humanas.

II. EL MATRIMONIO CIVIL EN MÉXICO. SÍNTESIS DE SU EVOLUCIÓN

El punto de partida en México para el establecimiento de un matrimonio civil definido por las leyes fue la Ley del Matrimonio Civil del 3 de julio de

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1859,¹ una de las llamadas “leyes de Reforma”. En los considerandos de esta ley se señala que el Estado da por terminada la delegación de la potestad que había hecho a favor de la Iglesia para que ésta regulara el matrimonio, y que reasume “todo el ejercicio del poder” en esta materia, por lo que cuidará de que “un contrato tan importante como el matrimonio se celebre con todas las formalidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza”.

Cuando el Estado afirma que tiene todo el poder para regular el matrimonio se entiende que el Estado tiene el poder de decidir qué es el matrimonio, por lo que así lo entendieron los legisladores.

En un principio, las definiciones legales del matrimonio serán más o menos conformes con la noción o concepto que la misma sociedad tenía del mismo pero poco a poco éstas irán introduciendo novedades “revolucionarias”.

En esta Ley de 1859 ya se da una definición del matrimonio. Dice, en su artículo primero, que es “un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil”, y señala que para ser válido se requiere que los contrayentes expresen libremente su consentimiento y que cumplan “las formalidades que establece esta ley”. Señala además que se contrae “por un solo hombre con una sola mujer” (artículo 3o.) y que es indisoluble (artículo 4o.). Además prescribía que el oficial del Registro Civil encargado, una vez cumplidos los trámites matrimoniales, haría una exhortación moral a los contrayentes, leyéndoles un texto conocido como la “epístola de Melchor Ocampo”, donde se les recordaban sus deberes morales.

Después de la guerra civil entre el partido liberal y el partido conservador, y del intento frustrado del segundo imperio mexicano, el partido liberal, en 1867, quedó como dueño del poder político. Entonces, para consolidar los principios liberales se hizo una adición a la Constitución vigente de 1857, para incorporarle el contenido de las Leyes de Reforma, entre otras, la del matrimonio civil. Se estableció así, en la reforma constitucional de 1873,² (artículo 130, tercer párrafo), la afirmación de que “el matrimonio es un contrato civil”, de la “exclusiva competencia” de las autoridades civiles y cuyas “fuerza y validez” determinarán las leyes civiles. Quedó así establecido, como un principio constitucional, que el legislador podrá decidir libremente sobre “la fuerza y validez” del matrimonio, esto es sobre qué unión es válida para ser considerada matrimonio y qué efectos tiene esa unión.

¹ La ley se puede consultar en *Derechos del pueblo mexicano*, 4a. ed., México, 1994, t. XII, p. 1090.

² Decreto de adiciones y reformas a la Constitución Política de la República Mexicana, véase Dublán y Lozano, *Legislación mexicana*, México, 1882, t. XII, pp. 502 y 503.

Unos años antes, en 1870 se había publicado el primer Código Civil para regir en el Distrito Federal, que contenía una definición del matrimonio (artículo 159), que decía: “el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. Es una definición que correspondía al concepto de matrimonio que tenía la sociedad mexicana. Cuando se publicó un nuevo código, en 1884, después de que se había establecido en la Constitución que el matrimonio era un “contrato”, el código nuevo no cambió la definición del Código de 1870 y siguió definiéndolo (artículo 155) como una “sociedad legítima”.

Hasta este momento la intervención de los legisladores no había modificado la concepción tradicional del matrimonio, pero ya se había afirmado en la Constitución el principio de que los legisladores disponen del matrimonio.

En 1914 se introdujo un cambio “revolucionario”. Entonces gobernaba, con facultades extraordinarias, el general Venustiano Carranza, quien expidió dos decretos³ con el fin de modificar la legislación vigente, que contemplaba el matrimonio como una unión que sólo podía disolverse con la muerte de uno de los cónyuges, y establecer que el matrimonio podía disolverse por mutuo acuerdo de los cónyuges, o por alguna falta grave de uno de ellos, y quedar ambos con la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio. La motivación para expedir este decreto aparentemente había sido el propio plan de la revolución constitucionalista. El plan original llamado Plan de Guadalupe, firmado el 26 de marzo de 1913, nada decía acerca de reformar la legislación sobre el matrimonio; sin embargo, en unas adiciones a ese plan, aprobadas el 12 de diciembre de 1914, se decía que era necesario revisar las “leyes relativas al matrimonio y al estado civil”. Se reforma entonces el matrimonio, según la versión oficial, por un compromiso político, lo cual demuestra que se trata de una reforma ideológica que responde a determinados intereses y posiciones políticas.

La modificación del matrimonio en el sentido de ser una unión disoluble se confirma con la expedición de una nueva ley llamada Ley de Relaciones Familiares,⁴ expedida en 1917. En la exposición de motivos de este instrumento jurídico, se muestra su carácter ideológico: ahí se dice que las reformas políticas y sociales que pretende la revolución “no pueden implantarse

³ Uno firmado el 29 de diciembre de 1914, que modifica la legislación federal del matrimonio, y otro del 29 de enero de 1915, que modifica el Código Civil del Distrito Federal. Véase *Leyes complementarias del código civil*, México, Pallares E., 1920, pp. 421-426.

⁴ Puede verse el texto completo de la ley y su exposición de motivos en el Código Civil vigente del Distrito y Territorios Federales, anotado y concordado por Manuel Andrade, México, 1931, pp. 115 y ss.

debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales, y muy especialmente a las familias”, de modo que la reforma del matrimonio obedece a los intereses de la revolución. La ley otorga (artículo 13) una nueva definición del matrimonio: “es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. Ahora, el legislador ha decidido que el matrimonio no es una “sociedad legítima”, sino un “contrato civil”, y que genera ya no un “vínculo indisoluble”, sino un “vínculo disoluble”.

La facultad del legislador sobre el matrimonio siguió reconocida en la Constitución de 1917, cuyo artículo 130 establecía que el matrimonio es “un contrato civil”, que tendrá la “fuerza y validez” que determinen las leyes.

Cabe advertir que en la República mexicana la legislación sobre matrimonio es materia local, de modo que cada uno de los 31 estados tenía su propio código civil, y había además un código para el Distrito Federal que era aprobado por el Congreso de la Unión, y aunque su ámbito de aplicación era exclusivamente el Distrito Federal, los legisladores de los estados tendían a copiar el texto de este código sin ningún cambio. Así lo hicieron hasta los años 70, cuando empezaron a separarse y tener cada uno su propio régimen. A continuación expondré la evolución que ha tenido el Código Civil del Distrito Federal, que, como no refleja necesariamente el contenido del régimen matrimonial en otros estados de la República.

En 1928, once años después de la Ley sobre Relaciones Familiares, se expidió un nuevo Código Civil para el Distrito Federal, que vuelve a cambiar la concepción del matrimonio. Lo primero que se observa en este código es que ya no hay una definición de lo que es el matrimonio. En algunos artículos se dice, incidentalmente, que es un contrato, aunque ya no hay una indicación directa de cuáles son sus fines; éstos se mencionan en un artículo (el 182), que dice no es válida cualquier condición pactada que resultara “contraria a la perpetuación de la especie y la ayuda mutua”, pero en ningún lado se afirma directamente que estos son los fines esenciales del matrimonio, como lo decían los códigos anteriores y aún la ley de 1917. Los cambios que se habían iniciado en esa ley para establecer la igualdad entre el varón y la mujer se continúan en este código, mas se sigue manteniendo la idea de que corresponde al varón el sostenimiento económico de la familia y a la mujer la administración del hogar. En materia de divorcio, que en la ley anterior se consideraba como una excepción en pocos casos, el código aumenta las causas del divorcio necesario por resolución judicial e introduce una forma simplificada de divorcio, cuando no hay hijos, llamada “divorcio administrativo”, pues no es necesaria la intervención de un juez. Además establece que

se reconocerán ciertos efectos jurídicos al concubinato, o unión de hecho no formalizada ante el oficial del Registro Civil, con lo cual los autores comienzan a afirmar que el matrimonio ya no era, como lo decía aquella “epístola de Melcho Ocampo”, el único medio moral de fundar una familia; ahora se podía fundar a partir del concubinato.

Las modificaciones introducidas por este código son todavía reflejo o consecuencia de los anhelos revolucionarios de igualdad y libertad que tienden a concretarse en el matrimonio como igualdad entre los esposos y libertad para disolver el vínculo conyugal.

A partir de 1974, se vienen haciendo nuevas reformas, que tienen ahora la característica de ser impulsadas por organismos internacionales. A fines de ese año, y en sintonía con el año internacional de la mujer que había proclamado la Asamblea de Naciones Unidas para 1975, se modificó la Constitución para establecer la igualdad entre el varón y la mujer, así como el derecho de “toda persona” a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos. De este cambio constitucional se derivó una reforma al código civil, en el cual se estableció el mismo principio de la igualdad entre los esposos y se suprimió la indicación de que correspondía al varón el sostenimiento económico y a la mujer la administración del hogar. Por sucesivas reformas (1983, 1994, 1997) se prosigue en la línea de igualación del papel de los esposos y de ampliar el número de las causales de divorcio, que se llega a admitir por el único hecho de la separación física durante dos años o más, sin necesidad de probar ninguna conducta culpable, y también en los casos de “violencia familiar”, entendida en un sentido muy amplio que comprende “el uso de la fuerza física o moral o las omisiones graves”.

Por la reforma constitucional de 1992 que institucionalizó las relaciones entre el Estado y las Iglesias, se suprimió del artículo 130 la expresión de que el matrimonio es “un contrato civil” y simplemente quedó como un “acto del estado civil”, entre otros actos, de modo que los legisladores locales podían conceptualizarlo de otra manera.

En 2000, cuando se reconoce cierta soberanía legislativa al Distrito Federal, antes las leyes que lo regían tenían que ser aprobadas por el Congreso General, se expide un nuevo código para el Distrito Federal en el que se radicaliza la evolución que tenía el matrimonio. Se da un nuevo concepto de matrimonio (artículo 146), que dice: “matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”. El matrimonio ya no es “sociedad legítima”, ni “contrato civil”, como lo afirmaban los

códigos anteriores; ahora es “unión libre” que, sin embargo, debe revestir ciertas formalidades. El fin del matrimonio es hacer una “comunidad de vida” donde ambos, en un plano de igualdad, se respeten y ayuden. Ha desaparecido la idea de un vínculo jurídico entre los cónyuges, que todavía se mencionaba expresamente en la Ley de Relaciones Familiares, e implícitamente en la definición del matrimonio como “contrato civil”; ahora es simplemente “unión libre” aunque genera ciertas consecuencias jurídicas. La procreación deja de considerarse como un fin esencial del matrimonio, para ser vista simplemente como una posibilidad o derecho que tienen los cónyuges.

El 3 de octubre del 2008 se publica una nueva reforma en la que se extraen consecuencias de lo que significa que el matrimonio es “unión libre”. La reforma establece (artículo 266) que cualquiera de los cónyuges puede reclamar el divorcio ante el juez “manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita”. Si el matrimonio es “unión libre”, es decir sin compromiso, es lógico que termine por la sola revocación de la voluntad de uno de vivir con el otro.

Poco más de un año después se promulgó otra reforma, que es consecuencia de haber suprimido la procreación como uno de los fines esenciales del matrimonio, y haberla reducida a una mera posibilidad o derecho subjetivo de los que viven en unión libre. El 29 de diciembre de 2009 se publica la reforma que modifica la definición del matrimonio para aceptar como tal la unión entre personas del mismo sexo. La definición dice ahora que el matrimonio es la “unión libre de dos personas” y, para no dejar dudas, se eliminó la referencia a la “posibilidad de procrear hijos”, de modo que es unión entre dos personas para convivir, respetarse y ayudarse mutuamente.

Es impresionante cuánto ha cambiado la concepción legislativa del matrimonio en tan sólo 150 años. En 1859 los legisladores se arrogaron el derecho de definir qué es el matrimonio. Primero dicen, lo que la comunidad entendía, que el matrimonio es una sociedad o unión legítima, entre un solo varón y una sola mujer, para ayudarse mutuamente y procrear hijos, que genera un vínculo jurídico indisoluble (códigos de 1870 y 1884). Luego dicen que no es una sociedad legítima sino un contrato civil, y que produce un vínculo disoluble por divorcio voluntario o judicial (Ley sobre Relaciones Familiares de 1917). Prosiguen omitiendo la referencia explícita a los fines del matrimonio, favoreciendo la equiparación de los papeles de los esposos, y facilitando el divorcio, que, en ciertos casos, puede hacerse sin necesidad de los jueces (código de 1928 y sus reformas). Concluyen señalando que el matrimonio es “unión libre” con la posibilidad de procrear (Código de

2000), que se puede disolver por la sola voluntad de uno de los contrayentes (repudio unilateral) (reforma de 2008), y que se puede contraer entre personas del mismo sexo porque la procreación ya no es un fin del matrimonio (reforma de 2009).

Toda esta evolución depende simplemente de la idea de que los legisladores tienen poder para definir lo que es el matrimonio, de modo que éste resulta siendo lo que ellos quieren. Esta concepción del poder del legislador para definir a su gusto el matrimonio se esgrimió como argumento en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México que convalidó la reforma del Código Civil del Distrito Federal que admitió el matrimonio entre personas del mismo sexo; dice la sentencia (§ 242) que el matrimonio no es un “concepto petrificado” “inmutable” o “indisponible”. El legislador puede entonces disponer del concepto de matrimonio, como puede el propietario disponer de una cosa. No sería extraño que en unos años más se reforme la definición del matrimonio para que diga que es la “unión libre de dos o más personas”.

Si bien casi todos los códigos civiles de los estados de la República mexicana no han llegado al extremo de permitir el divorcio unilateral ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, se está pretendiendo generalizar este último por vía judicial.

Esto se inició en el estado de Oaxaca, cuyo código civil en su artículo 143 dice que el matrimonio “es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua”. Hubo tres parejas de personas del mismo sexo que pretendían unirse en matrimonio, y como las autoridades locales lo negaron, pidieron el amparo de la Suprema Corte de Justicia. Ésta a través de la Primera Sala decidió otorgar el amparo por unanimidad de los cuatro ministros que integraban la sala. De acuerdo con el comunicado de prensa 261/2012 emitido por la propia Corte, los ministros argumentaron que “no es razonable” que el código civil de Oaxaca afirme que “uno de los fines del matrimonio es la perpetuación de la especie”, porque tal afirmación “atenta contra la autodeterminación de las personas” y contra el “derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo”. Argumentaron además que esa afirmación “viola el principio de igualdad” porque impide que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Concluye la sentencia ordenando que la expresión del código que habla de “un solo hombre y una sola mujer” se debe leer en “el sentido de que el matrimonio se celebre entre dos personas”, y en consecuencia ordena que se conceda el registro como matrimonio civil a la unión de esas tres parejas del mismo sexo.

En esta sentencia se ha radicalizado todavía más el subjetivismo en relación con el matrimonio. Una ley no puede afirmar que el matrimonio tiene como fin la procreación, porque eso va en contra de la “autodeterminación de las personas”, es decir, parece que se les da el derecho de definir lo que es el matrimonio “para” ellas. El matrimonio legal no es entonces más que la unión de dos personas para hacer lo que ellas quieran y con las condiciones que quieran.

Como se ve, el concepto de matrimonio civil en México está en plena decadencia, especialmente en la legislación del Distrito Federal que se intenta imponer a las demás entidades. Ante esta situación, es necesario repensar lo que es el matrimonio por su propia naturaleza, prescindiendo de las categorías jurídico civiles. Hay que volver los ojos a esa noble capacidad que tiene el ser humano, varón o mujer, de amar a otro como a sí mismo. Ese es el punto de partida de la siguiente parte de este escrito.

III. EL MATRIMONIO CONFORME A SU NATURALEZA

Las relaciones humanas consisten en actos voluntarios que una persona realiza en referencia a otra o a la comunidad. La realidad de las relaciones descansa en los sujetos o personas relacionadas y en los actos que ellas ejecutan. El matrimonio es una relación personal, antes que ser un contrato o una institución jurídica o incluso un sacramento. Es la relación matrimonial y la realidad sobre la cual se infiere y se construye un régimen jurídico o “institución” y que queda santificada por la eficacia del sacramento. Por lo cual, para explicar lo que es el matrimonio conforme a su propia naturaleza o realidad, propongo considerar lo que es la relación matrimonial por sí misma, y después inferir de su naturaleza los principios éticos y jurídicos que han de regirlo. Es simplemente una aplicación del aforismo que dice que primero es el ser y luego el modo de ser.

1. *Las relaciones humanas*

Haciendo a un lado las relaciones de la persona con la comunidad, y refiriéndome sólo a las relaciones que, como el matrimonio, se establecen entre dos personas, se pueden distinguir dos categorías: las relaciones patrimoniales y las relaciones personales.

Las primeras se contraen por razón del aprovechamiento económico de las cosas, como los contratos. En estas relaciones existe una cosa o servicio que es la razón de ser de la relación: el comprador se relaciona porque quie-

re la mercancía y el vendedor, porque quiere el precio. De este tipo son las relaciones sobre las que se ocupa el derecho privado.

Las relaciones personales son las que se establecen por razón de la persona, como es el caso de la amistad. Los amigos están interesados cada uno en la persona del otro; la relación tiene como fundamento no una cosa, sino las personas mismas.

Evidentemente, esta distinción teórica no impide que en la práctica se combinen ambos tipos de relaciones, de modo que quienes inician una relación patrimonial pueden devenir en amigos y aquellos que eran amigos pueden también hacer negocios conjuntamente. No obstante, la distinción es importante porque indica la voluntad con la cual se contraen las relaciones, pues no es lo mismo querer una cosa que querer una persona.

Quien sólo está interesado en la mercancía que va a comprar, no le interesa lo que le suceda al vendedor, y de él sólo espera que le entregue la mercancía debidamente; esto es, por ejemplo, lo que acontece cuando uno compra algo en una tienda o almacén: la relación se limita a los actos de entregar la mercancía y pagar el precio.

Puede también suceder que alguien compra recurrentemente a una misma persona, de modo que entre comprador y vendedor se genera ya una relación personal. Los dos se interesan algo por la persona del otro, pero la razón de su relación sigue siendo la mercancía y el precio. El día que uno de ellos se enferma o se muere, el otro simplemente dice “qué pena” y busca alguien más a quién comprar o a quién vender. Sin embargo, también podría ser que uno tuviera amistad con el vendedor, de modo que aun cuando no pudiera ya entregarle la mercancía, el comprador seguiría interesado en él porque, más que un proveedor de mercancías sería un amigo.

Las relaciones personales pueden llamarse, como dice Aristóteles,⁵ relaciones de amistad. Actualmente se suele llamar amistad casi exclusivamente a la relación afectiva entre personas, más o menos iguales, y que no son parientes. Pero nada impide que se pueda hablar de la amistad en un sentido más amplio que comprende toda relación afectiva, es decir, toda relación en que las personas se quieren con más o menos intensidad, por sí mismas. Por eso se puede hablar también de amistad entre padres e hijos (amistad filial y amistad paterna), entre hermanos (amistad fraterna) o entre esposos (amistad conyugal).

⁵ Aristóteles, *Ética Nicomaquea* 8, 2, 19a. ed., reimp. de 2000, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1967, p. 103. Traducción que tiene la desventaja de no tener los renglones numerados para poder citarla con más precisión, pero que tiene el gran mérito de ser una traducción legible y que transmite el sentido del texto, además de ser fácilmente consultable. La parte de la *Ética* que trata de la amistad son los libros 8 y 9.

2. *Las relaciones de amistad*

Las relaciones entre personas pueden distinguirse, como lo hace Aristóteles, en tres tipos que se diferencian según el tipo de bien que se considera en la persona del amigo: amistades útiles, placenteras y honestas.

La amistad útil es la que contempla al amigo desde la perspectiva de la utilidad que puede reportar. Es la amistad, por ejemplo, que se puede tener con una persona rica, a la que se aprecia sobre todo por su riqueza de la cual se espera obtener algún provecho; o la que se tiene con una persona poderosa que puede ayudar a conseguir algún beneficio, etcétera. Este tipo de amistad no es por sí misma negativa, y es natural, por ejemplo, entre personas que se dedican a hacer negocios el relacionarse con otras buscando la oportunidad de hacer negocios con ellas. Si las dos personas se buscan y se procuran con la misma intención, tampoco hay engaño. Lo que puede resultar injusto es que una persona finja interesarse por la persona del amigo cuando en realidad sólo le interesa su dinero. La amistad útil termina cuando el amigo ya no puede o no quiere proporcionar la utilidad que se espera de él.

La amistad placentera es la que se establece con base en el placer que proporcionan los amigos por su compañía, su conversación, o su simpatía. Actualmente se suele hablar de amistad principalmente para referirse a este tipo, a la amistad de los amigos con quienes se pasa un buen rato. Es una amistad con un fundamento más sólido que la anterior, mas evidentemente termina cuando el amigo resulta aburrido o molesto, por ejemplo, por contraer una enfermedad.

Finalmente, la amistad honesta o amistad verdadera es aquélla en la que se quiere la persona del amigo, como alguien que merece ser amado por sí mismo, independientemente de la utilidad o placer que pueda dar. Es una amistad que pueden practicar quienes reconocen que las demás personas tienen la misma dignidad que uno, de modo que merecen ser amadas por sí mismas y no como medios para el provecho propio.

Estos tipos de amistad no son excluyentes y lo normal es que se den en forma combinada. La amistad útil puede ser a la vez amistad placentera, y la que se entabla por el puro gusto de la compañía luego puede incluir bienes útiles. La amistad honesta es a la vez placentera y útil, pero, a diferencia de éstas, no termina cuando cesan la utilidad o el placer, sino que perdura porque el bien de la persona del amigo no se extingue.

Puede también suceder que la amistad que inicia siendo útil con el paso del tiempo y el conocimiento de los amigos se vuelve honesta, o que la amistad que ya era honesta decaiga y sólo se sostenga por la utilidad o el placer.

¿De qué depende que se contraiga uno u otro tipo de amistad? Todo depende de la voluntad de cada uno. Para saber el tipo de amistad que uno tiene, puede preguntarse qué es lo que yo quiero o aprecio de mis amigos, y según sea la respuesta podrá calificar su amistad como útil, placentera u honesta.

La amistad honesta es un gran bien, del que depende la felicidad posible en este mundo. Es la amistad propia de las relaciones familiares: del matrimonio, como se explicará luego, pero también de las relaciones de paternidad, filiación y fraternidad, en todas las cuales se espera que las personas relacionadas: cuando cónyuge, padres, hijos, hermanos, sean amadas por sí mismas, y cuando no es así, se sienten traicionadas.

Es una amistad que puede establecerse entre personas iguales, como los amigos en sentido estricto, o entre personas desiguales por su edad o condición, como la amistad entre padres e hijos o entre un mayor y un joven o entre un rico y un pobre; puede presentarse entre personas del mismo sexo, que es la amistad que hoy se considera preferentemente, o entre personas de diferente sexo, como sucede principalmente en el matrimonio, aunque también entre hermanos, parientes o colegas.

La amistad se contrae por medio de los actos amistosos que uno hace respecto del amigo. Los actos propios de la amistad son compartir los bienes, la comprensión, el servicio y la corrección. Sé es amigo de alguien con quien se comparten bienes, no necesaria ni exclusivamente bienes económicos, de alguien al que se comprende, apoya y estimula, de alguien a quien se hacen servicios o favores y de aquél a quien, cuando es necesario, se le corrige cariñosamente.

Los actos amistosos repetidos generan en quien los practica la virtud de la amistad, esto es la disposición estable de su voluntad a practicar dichos actos. Desde el punto de vista de la sola persona de cada uno de los amigos, la amistad puede concebirse como una virtud. Quienes la poseen son personas de las que se dice que saben querer o que saben ser amigas.

Sin embargo, la amistad es, al mismo tiempo relación, y por eso se afirma que una característica esencial de la amistad es la reciprocidad. Vista como relación recíproca, la perfección de la amistad incluiría la plena correspondencia entre los actos amistosos de los amigos. La reciprocidad se da en cualquier tipo de amistad. Puede haber amistad útil recíproca en la que ambos amigos se procuran los bienes que uno espera del otro y son leales en ese plano; puede darse igualmente en la amistad placentera y, desde luego, en la amistad honesta. Si falta reciprocidad, no hay relación de amistad, aun cuando alguno haga actos amistosos hacia el otro.

Es frecuente que ocurra, especialmente en amistades entre personas desiguales pero también sucede cuando los amigos están en la misma condición, que uno de los amigos de más o mucho más que el otro. Puede haber reciprocidad, porque el que recibe mucho aunque retribuya poco, algo da, y por eso hay amistad aunque no haya equilibrio o equidad entre lo dado y lo recibido. Esto sucede típicamente en la amistad de los padres hacia sus hijos. Aunque puede suceder también en las relaciones entre amigos de igual o parecida edad y condición, quizá porque uno está pasando por un mal momento y no puede corresponder.

En una amistad útil o placentera, el desequilibrio entre lo dado y lo recibido es poco tolerable, pues si aquello que se espera del amigo, y por lo cual se entabló la amistad, ya no puede darlo, la amistad deja de tener fundamento, por lo que es normal que la amistad se extinga, esto es, que se dejen de hacer actos amistosos hacia aquél que no puede o no quiere corresponder.

La falta de equidad entre lo dado y lo recibido o incluso la falta total de correspondencia es compatible con la amistad honesta. Los padres se preocupan por el bien de sus hijos, cuando éstos son incapaces de darles algo a cambio. El amigo verdadero sigue queriendo y ayudando al amigo que cayó en desgracia, aunque no pueda corresponder con más que su agradecimiento. Como el fundamento de la amistad honesta es la persona misma del amigo, su sola existencia es bien y correspondencia para el amigo. Por eso, un amigo puede seguir siéndolo aunque el otro lo rechace, pues mientras éste exista hay correspondencia para aquél que quiere el bien del amigo por sí mismo.

3. *La amistad entre varón y mujer*

Tiene características especiales porque es una amistad entre desiguales. Tienen varón y mujer, por supuesto, la misma dignidad, de modo que su desigualdad no es porque uno sea inferior al otro. La desigualdad entre varón y mujer proviene de sus cuerpos, que son diferentes; es una desigualdad física, biológica, fisiológica y psicológica, y también una desigualdad espiritual, pues el varón y la mujer entienden y aman de diferentes maneras.

Las diferencias entre varón y mujer dan a su amistad una potencialidad de complementación mayor que la que tienen las amistades entre personas del mismo sexo. Siendo ambos diferentes y a la vez seres humanos con la misma esencia y dignidad, su amistad da a cada uno de ellos algo (lo femenino o lo masculino) que no tiene ni puede tener por sí mismo, y de ese modo los completa, pues la esencia humana es, a la vez, masculina y femenina.

La complementación entre varón y mujer se manifiesta plenamente en la procreación, que no puede darse sin el concurso de uno y otra, y aun cuando se piense en la procreación artificial, siempre se requerirán gametos masculinos y femeninos. La posibilidad de procrear abre la amistad entre varón y mujer una nueva perspectiva, la de unirse, hacerse amigos, para procrear.

La amistad entre varón y mujer puede darse en los niveles de amistad útil y placentera o amistad honesta. Se da como amistad útil y placentera, cuando son amigos que se ayudan materialmente (con bienes, dinero o servicios) y disfrutan de su compañía. Se puede agregar en este mismo nivel de amistad el gozo recíproco del placer sexual, sin la intención de procrear. Esta posibilidad ya plantea la cuestión acerca de la licitud de la entrega corporal en una relación meramente utilitaria, en la que las personas no se aman por sí mismas.

Se puede dar la amistad honesta entre varón y mujer sin intercambio sexual. Eso es lo que sucede en las relaciones entre padres e hijos o madres e hijos, o entre hermanos, parientes o amigos. La amistad honesta entre varón y mujer no tiene por qué llevar al intercambio sexual para ser una amistad profunda; simplemente queriendo el bien integral del otro por sí mismo, y haciendo los actos correspondientes puede haber una sólida y rica amistad entre varón, y mujer.

Si en la amistad honesta entre varón y mujer, ambos quieren incluir la unión sexual y la procreación se abre entonces un nuevo camino a su amistad. La entrega corporal sólo es conforme con la dignidad de la persona, sólo es signo de amistad honesta, cuando el cuerpo del otro no es recibido como instrumento de placer sino como la totalidad de la persona a quien uno ha decidido entregarse y amar por sí misma, es decir mientras viva. Para que la unión sexual se mantenga en el nivel de amistad honesta, se requiere que la entrega corporal sea fruto de la entrega de la decisión de ambos de unir sus existencias y sus personas en una comunidad de vida en la que recibirán, con amor honesto, a los hijos que lleguen a procrear. La amistad honesta entre varón y mujer cuando contempla la posibilidad de la entrega corporal y la procreación conduce al matrimonio, es la amistad propia del noviazgo.

4. La convivencia y unión resultantes de la amistad entre varón y mujer

Es propio de los amigos convivir a fin de que se multipliquen e intensifiquen los actos de ayuda recíproca y el gozo de la compañía. Esta tendencia es más fuerte en la amistad entre varón y mujer abierta a la unión sexual, que hace que quieran intensamente vivir juntos. La decisión de vivir juntos y formar una comunidad de vida da un nuevo rasgo a su amistad.

La decisión de vivir juntos tiene que ser libre y voluntaria por parte de los dos contrayentes. Como esta decisión es fruto del encuentro de voluntades se puede decir que es fruto del consentimiento. El consentimiento de vivir juntos se le suele llamar “contrato”, pero me parece una denominación errónea, porque asimila el consentimiento de convivir de dos personas al consentimiento de intercambiar bienes y servicios que es lo que se llama propiamente contrato. Por eso me parece preferible hablar simplemente del consentimiento de convivir.

Del consentimiento de vivir juntos resulta una unión entre los contrayentes, que tiene dos dimensiones: la unión física o convivencia en un mismo domicilio y la unión jurídica, o vínculo, que es el conjunto de derechos y obligaciones que los ligan.

Entre varón y mujer que viven una amistad en el único nivel de la utilidad y el placer, la decisión de vivir juntos sólo se justifica en la medida que la convivencia les siga proporcionando utilidad y placer. Si están abiertos a la unión sexual pero cerrados a la procreación, su unión es para interés exclusivo de ellos dos, de modo que no haría falta ninguna formalidad jurídica especial, distinta de las que puede proporcionar el derecho privado para cualquier tipo de asociación para asegurar los derechos de los contrayentes. En esta unión no hace falta concebir que exista una obligación de convivir y se entiende que los contrayentes puedan unilateralmente deshacer su unión en sentido físico (dejar de convivir) y jurídico (extinguir las obligaciones que crearon entre ellos) cuando ya no les resulta útil o placentera; sería contrario a la naturaleza de esta unión fijarle un plazo determinado, obligatorio para ambas partes. Puede ser que, no obstante que se haya terminado la convivencia, subsistan entre ellos algunas obligaciones que deben cumplir de acuerdo con lo pactado.

El consentimiento de convivir en este tipo de unión es, desde el punto de vista jurídico, un convenio privado que puede disolverse unilateralmente por cualquiera de las partes, que no requiere por sí mismo de alguna formalidad, salvo la que las partes quieran darle para asegurar sus derechos; puede contener todo lo que los contrayentes quieran establecer en relación con sus bienes, gastos y utilidades, como podrían hacerlo en un contrato de asociación.

En el mismo nivel de amistad utilitaria y placentera entre varón y mujer puede darse la decisión de vivir juntos y estar abiertos a procrear. En este caso, su unión ya tiene interés público, por razón de la persona, de los hijos que serán nuevos integrantes de una comunidad que siempre necesita renovarse. La sola posibilidad de la procreación, y más aun el nacimiento de un hijo, da a esta unión cierta firmeza y continuidad en el tiempo, pues los contrayentes que quieren tener hijos ordinariamente tienen la intención de

que su unión perdure, aunque no quieren hacer el compromiso de vincularse de por vida.

Desde el punto de vista jurídico, el consentimiento que da lugar a esta convivencia ya es de interés público. Como el fundamento de la unión es una amistad utilitaria, el consentimiento no puede considerarse irrevocable porque depende de la existencia de la utilidad o del placer, pero la posible presencia de los hijos hace necesario que el consentimiento de convivir tenga una cierta estabilidad por el bien de éstos. La presencia y el bien de los hijos exige la convivencia de los padres, y por eso esta unión parece generar una obligación de los padres de convivir para el bien de los hijos, más allá de la utilidad y el placer que les reporte. Como este consentimiento no es de naturaleza exclusivamente privada debe ser regulado por el ordenamiento jurídico en atención al bien de los hijos, por lo que debe revestir cierta formalidad pública. Genera un vínculo que contiene entre otras, la obligación de convivir, que no se puede terminar por decisión unilateral, sino sólo por el mutuo consentimiento o por decisión judicial. Puede darse en esta unión, que no haya convivencia pero se mantenga el vínculo jurídico mientras no sea disuelto por los medios establecidos.

En esa amistad, la presencia de los hijos, a quienes los padres tienden a amar con amor honesto, puede llevar a los contrayentes a transformar su amistad y unión utilitaria en amistad honesta comprometida con el bien integral, por toda la vida, del otro y de los hijos.

La amistad honesta entre varón y mujer cuando se abre a la unión sexual y a la procreación da lugar al consentimiento de unirse en esa amistad por toda la vida. La permanencia de esta unión se explica por la naturaleza misma de la amistad honesta, que se funda en el bien de la persona del otro, por lo que sólo se extingue cuando el otro muere. Los hijos que son fruto de la unión corporal entre esposos que se aman honestamente se reciben como personas que merecen ser amadas por sí mismas, es decir para toda su vida.

Jurídicamente, este consentimiento, fruto de la amistad honesta, es de interés público, pues la unión entre los contrayentes se orienta, por sí mismo, a la procreación de los hijos y a la fundación de una familia, por lo que debe celebrarse con formalidad pública. Genera un vínculo u obligación entre los contrayentes que no puede extinguirse más que con la muerte de uno de ellos, y cuyo contenido es el de ayudarse recíprocamente en cualquier circunstancia y de velar por los hijos. La obligación de los cónyuges de ayudarse se cumple ordinariamente en la convivencia cotidiana, pero se mantiene aun en caso de que la convivencia no sea posible o no sea conveniente, y se cumplirá entonces de otra manera. Cuando no hay convivencia por cualquier causa, la unión subsiste, como unión jurídica que vincula al cumplimiento de obligaciones entre las partes, hasta que una de ellas fallezca.

IV. CONCLUSIONES: MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO NATURAL

Habiendo hecho el análisis de los diversos tipos de relaciones humanas, de las distintas clases de amistad en general y, en particular, de los tipos de amistad entre varón y mujer, y de las diversas uniones que surgen de ellas, se puede concluir qué es realmente el matrimonio, independientemente de lo que afirme la legislación civil.

El tipo de unión entre hombre y mujer depende fundamentalmente de la voluntad recíproca o consentimiento de los contrayentes. Es lo que afirma el aforismo que dice *consensus fecit nuptias*. Y el tipo de consentimiento depende de la clase de amistad que haya entre ellos.

El consentimiento de convivir en una amistad útil y placentera sin procrear genera una unión que puede disolverse unilateralmente por cualquiera de los cónyuges, y que puede denominarse unión afectiva o de recíproco afecto. Esto es lo que el Código Civil del Distrito Federal denomina matrimonio civil, y que jurídicamente no es más que un convenio privado.

El consentimiento de convivir en una amistad útil y placentera con la posibilidad de procrear genera una unión y un vínculo o conjunto de obligaciones y derechos más estable, principalmente por razón de los hijos, pero disoluble que puede llamarse unión afectiva cuasimatrimonial. Es una unión ya de carácter público. Es la unión que los códigos civiles reconocen generalmente como matrimonio civil, siempre disoluble. Puede devenir en una unión verdaderamente matrimonial si los contrayentes transforman su amistad utilitaria en amistad honesta que los comprometa para toda la vida.

Del consentimiento de convivir en amistad honesta, abierta a la procreación se produce una unión y un vínculo o conjunto de obligaciones y derechos vitalicio, y a esta unión es a la que corresponde propiamente el nombre de matrimonio. Paradójicamente, los códigos civiles no reconocen esta unión, porque disponen que todo matrimonio es disoluble por mutuo consentimiento o decisión judicial.

Como la amistad honesta es la forma de amistad que mejor se ajusta a la dignidad de la persona y de la naturaleza humana, el matrimonio es la mejor forma de unión entre varón y mujer. Se habla del matrimonio como una unión “natural” porque es la que responde plenamente a las aspiraciones naturales de la persona, que no se satisface con ser amada como un instrumento de utilidad o de placer, puesto que quiere ser amada por sí misma.

De todo el análisis anterior puede concluirse que, de acuerdo con la naturaleza del amor humano, el consentimiento matrimonial es la voluntad recíproca entre un varón y una mujer de unirse física y jurídicamente en

amistad honesta, abiertos a la procreación, por toda la vida. El matrimonio es la unión resultante de ese consentimiento, que tiene como características propias el ser vitalicia, exclusiva (entre un sólo varón y una única mujer), y abierta a la procreación; como es unión física y a la vez jurídica, subsiste aun cuando falte la primera o la convivencia.

Como las posibles uniones entre varón y mujer son de naturaleza diferente, y porque cada una busca fines distintos, deben denominarse de manera diferente. Así como en las relaciones de intercambio de bienes se distinguen diversos tipos de contratos atendiendo al fin que buscan las partes, del mismo modo deben distinguirse en las relaciones de amistad los diversos tipos de uniones afectivas según el tipo de fines que busquen. Es un error, como hacen los códigos civiles actuales, el llamarlas a todas con el mismo nombre de matrimonio y, en consecuencia, el querer regularlas con un mismo régimen jurídico. Si se quieren incorporar al ordenamiento jurídico los diversos tipos de uniones afectivas, aun cuando pueda haber algunas reglas comunes a todas —por ejemplo, las relativas a la libertad del consentimiento—, lo técnicamente correcto es que cada una tenga su propio régimen adecuado y su propio nombre.

LA ASISTENCIA JURÍDICA DE ASESORAMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES DE LA IGLESIA

Reflexiones selectas del abogado y los patronos estables en el Código de Derecho Canónico y en la Instrucción *Dignitas Connubii*

Juan Pablo ALCOCER MENDOZA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Abogados canónicos, normativa y necesidad de los mismos*. III. *Requisitos serios*. IV. *Obligaciones del abogado canónico*. V. *La llamada asistencia jurídica en el Código de Derecho Canónico vigente, en la Instrucción Dignitas Connubii y el elenco de los abogados y patronos estables*. VI. *Patronos estables, puntos finos y aparato crítico*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El lector encontrará especial atracción en la glosa de este artículo una serie de reflexiones, en Sede Canónica, que harán referencia a la utilidad, importancia y necesidad práctica de contar con un profesional del derecho de la Iglesia, preparado y capacitado para cuando surja el llamado a la defensa del otro. Se trata de atisbar el Instituto Jurídico del Abogado Eclesiástico y del Patrono Estable en su perspectiva legal y doctrinal, que se llevará a cabo a través de un aparato crítico, honesto, profundo y sobre todo comprometido con los fieles del pueblo de Dios.

II. ABOGADOS CANÓNICOS, NORMATIVA Y NECESIDAD DE LOS MISMOS

¿El Código de Derecho Canónico vigente reclama la presencia de un abogado? ¿Los cánones relativos en el Código actual y en la Instrucción *Dignitas*

* Doctor en Filosofía del derecho; abogado y procurador eclesiástico.

Connubii solicitan la actividad propia de un abogado canónico? ¿Lo aquí planteado sería de algún modo parecido a llamar a un ingeniero, a un médico o a un sacerdote? Habría que responder a estas tres cuestiones de manera afirmativa, es decir, cuando la normativa canónica reclama la presencia de un abogado cualificado, lo hace del mismo modo como la sociedad civil lo regula.

Así, es necesario asegurarse de la preexistencia de la profesión y del mismo modo, exigir la cualificación, la preparación, el conocimiento y la experiencia que vienen a constituir sus prendas especiales y específicas.

El profesor español Cance y de Arquero define al abogado de la siguiente manera: “abogado es aquel que se dedica a defender en juicio los intereses de los litigantes y también a aconsejar sobre cuestiones jurídicas”. En esta misma línea sostiene el doctor Francisco Jiménez Ambel que “¿no cuestionan así ni estudios previos ni fuero en el que ejerce el abogado?”.¹

En la realidad canónica mexicana se sabe y padece la penuria de clérigos y laicos disponibles, y las dificultades que existen para nutrir de jueces y abogados a los tribunales eclesiásticos del país.

En esta temática hay que ser muy serios porque los registros históricos nos indican una continua propensión a que algunos abogados civilistas actúen como canonistas y también de manera notable se deja ver la reticencia que los canonistas guardan para ejercer en tribunales civiles.

“Como habría de recordar Juan XXIII a la Rota, la nota característica de los Abogados que ejercen ante los jueces eclesiásticos es que participan de un *ministerium veritatis*, y que su trabajo, como el de los jueces y demás oficios, se ha de orientar a la *salus animarum*”.² Juan Pablo II, yendo más lejos, habló de la abogacía como “ministerio eclesial”.³

III. REQUISITOS SERIOS

Para ejercer la práctica de la abogacía en Sede Canónica es indispensable contar con algunos requisitos serios, lo anterior se traduce en una estima de la Iglesia en la intervención de los abogados canónicos. Del mismo modo, se comprende que la propia Iglesia no imponga siempre la presencia de los

¹ Jiménez Ambel, Francisco, “Temas candentes de derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado”, *Elenco de abogados y patronos estables*, Madrid, Asociación Española de Canonistas, Dykinson, 2007, p. 149.

² AAS 53, 1961, pp. 817-820; Ochoa, *Leges Ecclesiae*, Roma, 1972, vol. III, p. 4241.

³ Discurso a la Rota Romana de 1982, AAS 74, 1982, pp. 449 y ss; *Communicationes*, 1982, vol. XIV, t. I, p. 19.

abogados, porque se convoca a un problema de honorarios y sobre todo si los mismos son excesivos, ya que ellos pueden apartar a los fieles de la justicia de los tribunales.

“Las concomitancias y diferencias entre Procuradores y Abogados son evidentes”,⁴ y a menudo se usan, pedagógicamente, contraponiéndolas para que brille con mayor nitidez el perfil propio de cada cual. El Codex se sitúa en esta línea al establecer rasgos comunes y otros diferenciales entre ambas figuras.⁵ Dignitas Connubii insiste aún más en un tratado conjunto que evidencie la transitabilidad y acumulabilidad del rol de “representante” y el de “defensor”. No es de esta ocasión ocuparnos de los procuradores, genuinos apoderados, por más que los abogados puedan⁶ y ejerzan acumulativamente⁷ la función de procuradores ante los tribunales eclesiásticos, además de la específica de abogados.

Si se analiza con detenimiento el Código actual y se contrasta con el Código Pío Benedictino y la llamada instrucción *provida mater*, en estos dos últimos ordenamientos jurídicos exigían más requisitos que en el Código de Derecho Canónico de 1983. Un dato que salta a la vista es el relativo al contenido del canon 1483 del Código actual, ya que establece un par de exigencias que comparten los abogados y los procuradores: que sean mayores de edad y de buena fama.

Jiménez Ambel da a conocer una respuesta del Tribunal de la Signatura Apostólica del 11 de julio 1993, en el sentido que la buena fama se perdería por una unión irregular del abogado, asimismo, García Failde menciona que lo anterior es un acto de tipo administrativo y no le reconoce valor normativo, aunque sí un peso de tipo orientador. En línea de principio, otro hecho que acarrearía la pérdida de la buena fama es la violación del secreto profesional y por ello, la aptitud para patrocinar.

El Código anterior pedía la edad de veintiún años para el ejercicio de la profesión, el actual se contenta con los dieciocho años en los que se instala la mayoría de edad. Además, el abogado debe ser católico, a menos de que el obispo diocesano indicara otra situación y que sea doctor —se entiende

⁴ Cance y de Aquer extraen de distintos cometidos el que “se requiere mayor ciencia en el abogado que en el procurador”, Jiménez Ambel, Francisco, *op. cit.*, p. 77.

⁵ El capítulo II del título IV, De las partes en causa, del libro VII, De procesibus, se intitula “De los procuradores judiciales y abogados”.

⁶ La doctrina es pacífica acerca de que aunque el Codex no haya reproducido la autorización expresa contenida en el canon 1656, 4 del Código Pío Benedictino, al no estar prohibida esta posibilidad está permitida. El artículo 103, 1 de la Dignitas Connubii ha zanjado toda duda sobre el particular.

⁷ Justamente, esta simultaneidad está perseguida en las leyes civiles que obligan a optar por uno u otro cometido.

que para las causas matrimoniales— o cuando menos un verdadero perito en derecho canónico. Como se sabe el doctorado es requisito para ser juez y desempeñar el oficio de defensor del vínculo sagrado y el de promotor de justicia, pero debido a la escasez en los estudios y en las vocaciones, hoy se actúa con la licenciatura. Esta es una razón de penuria y gran pobreza —y en México el tema es vigente— porque el problema de fondo es medir si una persona es verdaderamente perito o no.

Para procurar este tipo de asuntos, Gullo supone una pericia cuando se imparte docencia en universidades civiles, de los profesores de los seminarios y en los interesados que hayan aprobado los estudios rotales en Roma. Reunidos todos estos tesoros, faltará la prudente aprobación del obispo moderador, por lo que surge una pregunta ¿Cómo se ha de producir esa aprobación? Lo primero que hay que responder es que esa aprobación es *intuitu personae*, tanto si es genérica como específica para un caso determinado.

Siguiendo el canon 1487 del Código, el abogado debe estar libre de obstáculos legales que pudieran haberse generado por su conducta, es decir, no haber sido rechazado por causa grave y no debe estar suspendido ni eliminado del elenco de abogados autorizados como contempla el canon 1488 en su parágrafo primero.

IV. ¿QUÉ OBLIGACIONES TIENE EL ABOGADO?

Una de ellas es que no debe romper el sigilo, no debe hacer pactos leoninos, no debe prevaricar. Llama poderosamente la atención que Jiménez Ambel realiza una fina anotación enseñando que el ministerio del abogado desde el punto de vista doctrinal consiste en defender la verdad y en ayudar al juez a administrar buena justicia. Merece la pena citar al propio Jiménez Ambel cuando nos dice que: “comentando el imponente discurso del 49 a la Rota de Pío XII, el cardenal Jullien dictamina que el Abogado debe “defender la verdad, fuente de Justicia, de la verdadera libertad, y como la mejor salvaguarda de los verdaderos intereses del litigante”,⁸ el referendo viene de San Pablo “porque nosotros no tenemos ningún poder contra la verdad, lo tenemos por la verdad: *pro rei veritate*”.⁹

En este tema surge una importante cuestión: ¿Cuál es el significado canónico de atender a una persona debidamente? ¿Es acaso una cuestión obscura? ¿En qué consiste y en dónde encuentra sus límites el correcto desempe-

⁸ André Tullien Tuges et anoats. *Officium liber catholic*, Roma, 1970.

⁹ II Cor 13, 8.

ño de la función de un defensor? ¿Cuál era el espíritu del legislador canónico de un genuino abogado canonista?

No es ocioso afirmar que colocando las cosas en su real dimensión, el libelo y las pruebas constituyen la esencia del proceso. Sobre este último aspecto, el *Codex Iuris Canonici* solicita que las pruebas sean pertinentes y lícitas, lo anterior se desprende de la lectura del canon 1527. Así, es de perogrullo que el abogado que coopera con el juez para alcanzar la verdad y la certeza moral en una causa, está en la obligación de desechar lo impertinente por variadas razones: inutilidad, economía procesal, debido respeto al tiempo ajeno y distracción, entre otras.

Un buen procesalista canónico comprende a plenitud tanto la licitud intrínseca del medio de pruebas como la lícita obtención de la probanza.

El juez experto tendrá la sutileza de saber si el abogado obtuvo pruebas con violencia, dolo, mala fe, robo, entre otras.

La perspicacia jurídica del Papa Pacelli, Pío XII,¹⁰ interpretó un argumento sutil. El abogado no debe pero “puede” mentir, precisamente porque “detrás” de él está el juez; él dirá la verdad, en la república de los juicios todos pueden mentir menos el juez, él sí está casado con la verdad. No es así, todos los que intervienen en el juicio trabajan *pro veritate*, señaladamente los abogados. Quien fuera Decano de la Sagrada Rota Romana, el cardenal Jullien, iguala a jueces y abogados; a ambos les debe guiar “el espíritu de verdad y de justicia”.¹¹

A lo largo de los años ha gozado de rancio abolengo, en el lenguaje de los abogados, el conocido principio de buena fe, del cual se deriva que un abogado canónico no puede defender una causa injusta, aunque pueda hacerla triunfar por medios legales.

En las causas de nulidad del matrimonio existe un deber innato, el de informar al cliente, porque la Iglesia sostiene que se les comunique a los fieles que han de estar dispuestos a someterse al juicio de la misma; es decir, lo anterior instala a la persona en una doble línea: por un lado, someterse al juicio de la Iglesia significa que acatarán sus fallos y ordenarán su vida posterior en coherencia con la decisión firme que recaiga; así, es necesario encarnar la frase de Jiménez Ambel: “al Tribunal Eclesiástico no se viene por sí —por azar— a obtener una nulidad, sino para recibir una iluminación existencial insustituible”.

Por otro lado, y en una formulación de tipo negativo, el abogado no debe obrar de mala fe ni ser impertinente y tampoco opaco. Por lo que sur-

¹⁰ AAS 36, 1944, pp. 281-290; Ochoa, *Leges Ecclesiae*, 1989, vol. II, pp. 2251 y 2252.

¹¹ *Juges et avocats*, cit, p. 3.

ge una pregunta obligada ¿Qué oferta de abogados es la más conveniente? es decir ¿Qué es lo que el abogado canónico ha de hacer? Específicamente, ¿Cuál es la esencia de su trabajo, en qué consiste su misión y cómo debe cristalizar su cometido? El profesor Jiménez Ambel responde a estas preguntas de manera magistral especificando que, sintetizando la obra de San Ivo, patrono de los abogados, circula un Decálogo.¹² Cuyo contenido me parece íntegramente vigente, tanto jurídica cuanto moralmente. Su primer mandamiento es “pedir ayuda a Dios”, lo cual no es poco tratándose de dilucidar la validez de un Sacramento.

Por otro lado, siguiendo los dictados del artículo 102, párrafo segundo de la *Dignitas Connubii*, hay que reconocer que la defensa se reserva siempre al abogado; sin embargo, habría que reflexionar si una parte importante del trabajo de éste se encuentra también fuera del proceso o antes del proceso. Según Pío XII, quien fuera abogado e hijo de un jurista, sostuvo “pueden surgir injusticias en la preparación misma del proceso, por los manejos y montajes de profesionales sin escrúpulos” (discurso a la Rota Romana de 1965).

Al abogado canonista le es propio escuchar, trazar un hilo conductor hacia los puntos más finos y más importantes, profundizar en la biografía de los asuntos más dudosos, valorar espontaneidades, examinar documentos, e ir tras la reconstrucción del noviazgo, así como la decisión de matrimonio, la boda, la luna de miel y los primeros momentos de la convivencia conyugal. De este modo y concomitantemente el abogado canonista “serena los ánimos, quita hierro a los conflictos, hace descansar a la persona que tiene delante y simultáneamente se encuentra verificando sinceridad y coherencia; verdad y datos objetivos; receptividad y sensibilidades, entre otros elementos”.

¹² Decálogo de San Ivo (1253-1303).

“1. El Abogado debe pedir ayuda a Dios en sus trabajos, pues Dios es el primer protector de la Justicia.

2. Ningún Abogado aceptará la defensa de casos injustos, porque son perniciosos a la conciencia y al decoro profesional.

3. El Abogado no debe cargar al cliente con gastos excesivos.

4. Ningún Abogado debe utilizar, en el patrocinio de los casos que le sean confiados, medios ilícitos o injustos.

5. Debe tratar el caso de cada cliente como si fuese el suyo propio.

6. No debe evitar trabajo ni tiempo para obtener la victoria del caso que tenga encargado.

7. Ningún Abogado debe aceptar más causas de las que el tiempo disponible permite.

8. El Abogado debe amar la Justicia y la Honradez, tanto como las niñas de sus ojos.

9. La demora y la negligencia de un Abogado causan perjuicio al cliente y cuando eso acontece, debe indemnizarlo.

10. Para hacer una buena defensa el Abogado debe ser verídico, sincero y lógico”.

Para edificar canónicamente una causa, el abogado sensato pedirá las sesiones que sean necesarias a su cliente, dándose una idea muy completa de lo que tiene en frente. Una vez que haya realizado lo anterior, el abogado concentra su atención en la llamada batería probatoria y en el desahogo de la misma.

No puede olvidar que también está obligado a evaluar las posibilidades que existen de reconciliación de ese matrimonio; apreciará las convicciones religiosas de su cliente, el carácter, temperamento, honorabilidad, motivaciones y móviles que lo llevarán a actuar.

Una vez que ha conocido todos estos datos de gran importancia, preguntará la posibilidad de una futura colaboración del tribunal del otro cónyuge, y entonces quizá su inteligencia se encuentre apta para elaborar un prediagnóstico con sus reservas y que profundizando sobre el mismo, se podrá convertir en un pronóstico. La doctrina afirma que lo que verdaderamente quiere conocer “el cliente” es ese pronóstico, de ahí que visite al canonista; en el fondo la persona interesada en un proceso de nulidad matrimonial desea saber de entrada, ¿Qué posibilidades tiene? o como dice el profesor Jiménez Ambel “¿Qué probabilidades tiene de obtener una sentencia conforme a su voluntad, normalmente anulatoria? El momento dramático llega bajo esta fórmula: ¿Qué haría usted en mi caso?”.¹³

Por otro lado, no se debe soslayar que entre un diagnóstico y un pronóstico media el tratamiento. Y el tratamiento para un verdadero abogado canonista es el litigio. Canónicamente el proceso judicial no es simple ni tampoco su conocimiento está hecho para principiantes o advenedizos, y mucho menos para aquellos que pretenden “litigar matrimonial canónico” como una más de las ramas del derecho que su firma de abogados patrocina. En esta temática se requiere ser muy estudiosos y profundos, ya que todo tratamiento canónico es capaz de extirpar un mal o agravarlo, detener su avance o enmascarar otros males. Un buen abogado canonista debe tener conocimientos sólidos, de largo aliento que deberán traducirse en la exposición de la franqueza de los contenidos canónicos, sus fases, protagonistas, gastos y costas, sufrimientos y desgaste que un proceso de esta naturaleza conlleva.

En línea de principio, la persona interesada es absolutamente libre de seguir sus consejos o no, sin que quede rastro de ningún tipo pero debe informar de la realidad objetiva de la situación de su cliente.

El abogado canónico tiene un deber indeclinable, el cual consiste en explicar hasta su completa comprensión una serie de puntos torales del derecho canónico.

¹³ Jiménez Ambel, Francisco, *op. cit.*, p. 157.

Veamos:

- a) Que existe la presunción de validez de todo matrimonio canónico conforme a lo establecido por el canon 1060 del Código vigente. Es decir, el matrimonio se presume válido mientras no se pruebe lo contrario por la autoridad eclesiástica competente. La relatoría de los hechos puede aparecer con gran dramatismo y se puede opinar que existe una muy clara apariencia de nulidad. Pero el matrimonio se seguirá presumiendo válido mientras no haya pruebas contundentes que digan lo contrario en el fuero externo y que produzcan en el juez experto la certeza moral para dictar una sentencia en contra de la validez del vínculo.
- b) Que la opinión de la persona interesada y la del abogado canonista son irrelevantes para la validez del matrimonio. Esto es, un experto puede estar muy convencido de la nulidad de un matrimonio concreto, y sin embargo, es válido, y también se puede presentar el escenario contrario, pensar que un matrimonio es muy válido y estar viciado por una o varias de las causales de nulidad matrimonial que recoge el Código de Derecho Canónico.
- c) Como el matrimonio goza del favor del derecho, en caso de duda, en la sentencia va a prevalecer la celebración válida del consentimiento otorgado en palabras del presente frente al testigo de calidad en el momento oportuno se presumirá válido, lo anterior es una de las claves del problema porque puede tener efectos sanantes.
- d) Que los litigios sobre el estado de las personas no se consideran jamás como cosa juzgada y que muchas veces la verdad de los hechos puede dar la sorpresa al acarrear nuevas pruebas.
- e) Que el fracaso matrimonial no necesariamente es sinónimo de nulidad, ni ella se infiera de aquélla.

Otro deber del canonista es cerciorarse que la persona interesada en la nulidad matrimonial ha comprendido a cabalidad estos escenarios y les recordará al fiel del pueblo de Dios que la sacramentalidad del matrimonio camina por el sendero de la indisolubilidad. Como consecuencia de lo anterior, la actitud profesional del canonista es estar en comunión con la Iglesia, lo cual significa compartir integralmente el favor *indissolubilitatis*, asumiendo que el vínculo es irrompible.

Otro aspecto que necesita cumplir el abogado en razón de su formación canónica será el de distinguir frente a la persona interesada una situación jurídica de nulidad matrimonial y una situación jurídica de matrimonio civil,

que en el fondo son instituciones contrarias desde la perspectiva de la inatabilidad del vínculo.

De conformidad con el artículo 104, párrafo primero de la Instrucción *Dignitas Connubii* surge la temática de que el abogado tiene la obligación de defender, según su función propia, los derechos de la parte. Pero aquí surge una grave y trascendental pregunta ¿En qué consiste la función propia del abogado que defiende los derechos de la parte?

El canonista postulante piensa y actúa de manera muy distinta al abogado civilista, ya que los juicios que ambos elaboran tiene una distinta naturaleza, configuración y efectos. Es muy importante dar a conocer a la sociedad civil mexicana, que una causa matrimonial no es una batalla —como lo dijera su santidad Pío XII, en 1944— posible contienda donde ambas partes buscan la victoria como sea, “tratando de obtener una sentencia que configure una realidad objetiva nueva”. Al contrario, sobra la elocuencia, hay que buscar y presentar la verdad de los hechos sucedidos, sin afeites ni perfumes.

V. LA LLAMADA ASISTENCIA JURÍDICA EN EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO VIGENTE, EN LA INSTRUCCIÓN *DIGNITAS CONNUBII* Y EL ELENCO DE LOS ABOGADOS Y PATRONOS ESTABLES

Si observamos con cuidado los cánones 1481, 1482, 1483, 1487 y 1488 del Código vigente así como los artículos 113 y 307 de la Instrucción *Dignitas Connubii* se pueden elaborar las siguientes reflexiones canónicas:

- El Código vigente contiene un sistema que hace referencia a la asistencia jurídica a través de abogados; no obstante, es indispensable analizar previamente el principio *pro libertatis* plasmado en los cánones 1481 y 1482 para la elección de un abogado.
- Sin embargo, en mi opinión, la libertad —que también razonablemente se traduce por libre elección de entre los abogados disponibles— en el 1481, párrafo primero, se refiere, más bien, a la capacidad de opción entre valerse o no de un abogado. En cualquier caso, no hay motivo para extraer de la “libre” designación, un mentís a los requisitos y acotamientos que la ley canónica impone en el 1483, no en vano todo está dentro del capítulo II, *De procuratoribus et advocatis*. Por tanto, sostengo que la elección es doblemente libre, actuar con o sin abogado y elegir a aquel que se prefiera, mas siempre dentro del colectivo apto, definido por la concurrencia de los requisitos impuestos por los cánones 1483, 1487 y 1588, párrafo primero.

- Sobre la base de las ideas anteriores hay que decir que los abogados canónicos deben encarnar características que ningún otro abogado de cualquier rama del derecho, en su ejercicio profesional tiene.
- Su régimen general legal es estar incluido en el elenco de abogados autorizados. Este elenco es autorizado y publicado por el obispo moderador. En el caso de la Arquidiócesis Primada de México esta labor la lleva a cabo el arzobispo primado de México S. E., cardenal Norberto Rivera Carrera. Esta anotación se produce tanto para aprobar al abogado, y su ejercicio práctico, así se sabe que un letrado no ha sido suspendido o excluido de la lista de abogados autorizados. Este elenco es la oferta que un tribunal eclesiástico plantea a los justiciables, con el objeto de materializar su derecho de libre elección de abogado. Pero también si un abogado está dado de alta en el elenco aquí comentado tiene el deber de patrocinar a los fieles del pueblo de Dios. Lo anterior viene claramente regulado en los artículos 113, parágrafo primero, y 307 de la Instrucción *Dignitas Connubii*.
- Forman parte del elenco, de manera natural los abogados de la Rota Romana (porque es un privilegio derivado de su nombramiento pontificio) como los llamados patronos estables. Un elenco de abogados autorizados pudiera contener diferentes secciones, por ejemplo, el profesor Jiménez Ambel propone la que a continuación se puede leer:
 - a) Abogados rotales.
 - b) Patronos estables.
 - c) Doctores en derecho canónico.
 - d) Licenciados en derecho canónico.
 - e) Bachilleres en derecho canónico.
 - f) Otras titulaciones admitidas.
- El Código de Derecho Canónico y la Instrucción *Dignitas Connubii* hacen posible una habilitación *ad casum* de un abogado no inscrito en el elenco, mas ese personaje ha de ser idóneo y debe reunir todos los requisitos exigibles por la ley canónica. Esta excepción no se trata de una manera de encubrir dispensa de requisitos objetivos y obligatorios.
- Los llamados “patronos estables” tienen la capacidad para ser abogados, procuradores y consejeros preliminares. Un patrono que conoció de un caso y aconsejó por primera vez, opinando, por ejem-

- plo, sobre la introducción de una causa debe abogar después, a título de patrono estable y corriendo de cuenta del tribunal sus honorarios.
- Todos los miembros capacitados en derecho matrimonial canónico y en derecho canónico con oficios judiciales, como lo son los abogados, procuradores, promotor de justicia, defensor del vínculo y juez, están en aptitud para llevar a cabo la labor preliminar de opinar y dictaminar acerca de las posibilidades de una causa de nulidad de matrimonio. Mas merece la pena aclarar que estos funcionarios que un sector de la doctrina llama auditores extra procesales, quedan inhabilitados *ad casum* para ser jueces o defensores del vínculo en el asunto concreto, por que fundaron su criterio canónico *ex actis et probatis*. El patrono queda vinculado a proseguir la causa en calidad del mismo. La doctrina española es clara al señalar que ni el procurador ni el notario, por sí mismos, son capaces de dictaminar tan importante trance, que además le corresponde como acto sublime también al abogado canónico.
 - La libre elección de un abogado se le garantiza a las partes con un elenco suficiente y verdaderamente capaz, que además debe estar reforzado con varios patronos estables y se puede ver profundamente ampliada con la posibilidad de designar a un abogado válido al caso.
 - Sobre la capacidad y preparación del abogado canónico, el arzobispo primado de México S. E., cardenal Norberto Rivera Carrera ha sido suficientemente claro con relación a la preparación y profundidad que en sus conocimientos debe tener un abogado canónico.
 - Utilizando el recurso de los patronos estables la gratuidad está garantizada, y subsidiariamente, con la posibilidad de decretar la petición de un asunto gratis a cualquier miembro del elenco. El que ahora escribe lo ha llevado a la práctica profesional en varias ocasiones; la solicitud la aprueba el vicario judicial en turno. Un sector de la doctrina habla de que esta labor es un timbre de honor para un patrono estable. También recordemos con gran énfasis la posibilidad de que ambos consortes litiguen de consuno (se usa en la expresión culta de consuno que indica que una acción se realiza de común acuerdo entre varias personas), bajo una sola dirección letrada, con su correspondiente acumulación de funciones en el abogado y que trae como consecuencia el aligeramiento de gastos, costas y honorarios.

VI. PATRONOS ESTABLES, PUNTOS FINOS Y APARATO CRÍTICO

El canon 1490 del actual Código regula por primera vez el Instituto Jurídico del Patrono Estable.

- Se trata de sugerir la creación de los llamados patronos estables, no de imponerlos. La idea es, contar con canonistas capacitados cuya labor dentro del tribunal será actuar como abogados y procuradores de las partes en las causas matrimoniales, siempre bajo el mismo régimen que el resto de los profesionales del derecho canónico.
- Conforme al canon 1483 serán elegidos por el obispo de la diócesis y deberán de cumplir con todos los requisitos comunes que la ley canónica exige para todo procurador y abogado, es decir: personas mayores de edad; de buena fama; católicos a menos que el obispo diocesano autorice otra realidad, y doctor o al menos verdaderamente perito en derecho canónico y como coronilla, contar con la aprobación expresa del mismo obispo.
- Merece la pena mencionar que el proceso de selección debe ser riguroso y sobre todo con relación a su preparación, capacitación y experiencia; en este sentido, el cardenal Norberto Rivera Carrera, arzobispo primado de México, ha sido muy insistente y enfático de estas condiciones. Aunado a lo anterior, es de perogrullo insistir que estos personajes deben ser constituidos por el obispo titular de la diócesis en la que se localiza el Tribunal Eclesiástico para el que son designados.
- El profesor Gullo —quien por cierto está considerado por algunos conocedores como el mejor abogado romano para causas matrimoniales— ha sostenido que una vez constituidos los patronos estables, se impone la estabilidad del oficio para asegurar al patrono un mínimo de autonomía en el ejercicio de sus funciones en relación con el vicario judicial, del que depende desde el punto de vista disciplinar, como todos los demás miembros de la plantilla del tribunal.
- Es evidente que los patronos estables son miembros del llamado elenco de abogados y procuradores aptos, y capacitados ante cada tribunal hecho público por el obispo. Aquí cabe mencionar un aspecto de suma importancia y éste corre en el sentido de que los patronos estables no son abogados privados, son colaboradores estables del tribunal para las causas matrimoniales.
- Por motivos de tipo práctico y sobre todo de justicia, y equidad se aconseja que sean varios los nombrados patronos con el fin de evitar

que únicamente una de las partes pueda ser defendida por el abogado. Conviene que ambos litigantes, si así lo desean y manifiestan, puedan libremente y en igualdad de condiciones elegir ser asesorados por patronos estables o, por lo menos que la parte que haya escogido un abogado privado no pueda reprochar a la otra estar mejor asesorado por un abogado que se encuentra en la plantilla de los colaboradores o empleados del tribunal. De ahí que cobra una importancia capital la existencia de varios patronos estables capacitados para evitar malos entendidos y susceptibilidades absurdas.

- Otro dato que salta a la vista frente a esta temática es el de la imparcialidad, que se resuelve distribuyendo el trabajo que va entrando, por riguroso turno de los diversos patronos estables con los que cuenta el tribunal. Un patrono puede acumular en la misma causa la representación legal y la defensa técnica de la parte.
- Es necesario aclarar un aspecto toral: el patrono estable, que también la práctica forense ha denominado abogado público, no desempeña en modo alguno una función pública sino que trabaja un asunto de manera absolutamente privada en cuanto a que representa procesalmente, asesora o defiende legalmente a la parte que lo ha designado de manera voluntaria.
- El patrono no tiene ni mantiene una auténtica relación de fiducia con su patrocinado, dado que sus honorarios los recibe directamente del tribunal con quien sí mantiene una relación fiduciaria. Así, una vez que la parte lo ha nombrado para defender sus intereses, el patrono no puede rechazar la causa ni percibir de la parte, emolumento alguno por su actuación laboral.
- En línea de principio, es muy importante dar a conocer que su encargo profesional no es ni puede ser substitutivo de los abogados y procuradores privados, son las partes las que pueden elegir entre uno y otros, en consecuencia su ejercicio práctico no es alternativo, al contrario, está en las mismas circunstancias y condiciones legales que el resto.
- Una vez nombrados se llevará a cabo lo dispuesto por el canon 1484 del Código actual, es decir, deberán exhibir su mandato procuratorio y, si fuera necesario, porque el acto jurídico así lo requiera, demostrarán la calidad de mandatarios especiales de conformidad con el canon 1485.
- Para los canonistas sería prolijo recordar que el juez eclesiástico por causa grave, puede rechazar al procurador y al abogado procediendo a su remoción, esta misma situación es aplicable a un patrono estable.

- Una vez más, es necesario acudir a la sabiduría del profesor Carlo Gullo quien enseña que la Institución de los patronos estables es consecuencia de una necesidad: ésta se da en países con organizaciones judiciales diversas que las del occidente europeo y viene a cubrir el indeseable vacío existente en infinidad de lugares donde no existen profesionales del derecho, con la mínima preparación canónica en el derecho matrimonial.
- La introducción de los patronos estables en los tribunales de la Iglesia, en relación con la causas de nulidad matrimonial, es muy recomendable, porque permite a la administración de justicia ofrecer gratuitamente a los fieles, como letrados y procuradores, profesionales del derecho matrimonial previamente seleccionados y elegidos entre aquellos que destacan por sus conocimientos, competencia y buenos oficios.
- La Instrucción *Dignitas Connubii* en el artículo 113, párrafo primero, ordena que en cada tribunal debe haber un servicio o una persona a los que pueda dirigirse un interesado con libertad y facilidad para aconsejarse sobre la posibilidad de introducir una causa. La norma es clara, hay que animar, sugerir y por qué no —de manera muy fina— presionar a los tribunales eclesiásticos para que cumplan con esta normativa, toda vez que estamos en presencia de una novedad canónica que mira directamente a la salvación de las almas. El numeral aquí indicado en su párrafo tercero prevé que el patrón estable pueda desempeñar las tareas propias de una oficina de asesoramiento. Sin embargo, aquí es necesario evitar malentendidos, toda vez que una función asesora y eminentemente normativa no debe confundirse con la del gratuito patrocinio, previsto en el Código y en la *Dignitas Connubii*. Los patronos estables no pueden ni deben percibir honorarios de los fieles que solicitan información. También podrán, si así lo deciden las partes, actuar como abogados estables gratuitamente en sus causas matrimoniales, pero jamás como abogados privados, es decir, remuneradamente.

VI. CONCLUSIONES

Este estudio científico demostró al lector atraído por la temática canónica, la indiscutible utilidad y trascendencia de contar con un profesional del derecho eclesiástico, absolutamente conocedor y capacitado, para defender, en el

momento necesario los derechos y deberes de quien solicita y elige voluntariamente estar adecuadamente asesorado y patrocinado.

Se investigó, tomando como génesis la más moderna doctrina canónica, el Código de Derecho Canónico vigente, la Instrucción Dignitas Connubii; el instituto jurídico rigurosamente reglamentado y aprobado por el legislador universal, del abogado canónico y del patrono estable.

Se evidenció la urgente necesidad de asesorarse bien por profesionales del derecho de la Iglesia, capacitados y autorizados por la jerarquía.

Me viene a la memoria la lectura cuidadosa que en alguna ocasión realicé sobre la aurea alocución que Pío XII dirigió el 23 de abril de 1957 a un grupo de abogados parisienses, demostrando una vez más su cariño e interés por la profesión jurídica y dibujando con breves y vigorosos trazos la epopeya acabada del jurista cristiano. En ese entonces Pío XII señaló de manera particular tres notas fundamentales: 1) el jurista es un colaborador nato de los tribunales de la justicia; 2) el jurista es un hombre que pertenece a la justicia, en su labor de aplicación y defensa del derecho positivo, y 3) el jurista es un ejemplo irremplazable del humanismo clásico, que subraya los valores espirituales y hace prevalecer el sentido del hombre sobre el culto de las fuerzas.¹⁴

VII. BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA

ALCOCER MENDOZA, Juan Pablo, *Distinción entre procuradores judiciales y abogados según la doctrina y el Código de Derecho Canónico de 1983*, México, The University Journal, Escuela de Derecho, Universidad Anáhuac del Sur, 1999, vol. I.

DEL POZZO, Massimo, *Il Magistero di Benedetto XVI ai Giuristi: inquadramento, testi e commenti*, Ciudad del Vaticano, Librería Editora Vaticana, 2013.

FRANCESCHI, Héctor y ORTIZ, Miguel Ángel, *Verità del consenso e capacità di donazione, temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma, Pontificia Università della Santa Croce, Sussidia Canonica 5, EDUSC, 2009.

GARCÍA FAÍLDE, Juan José, *Tratado de derecho procesal canónico*, España, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2005.

GULLO, Carlo, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità matrimonio*, Ciudad del Vaticano, Librería Editora Vaticana, 2001.

¹⁴ Pío XII, AAS 49, discurso a un grupo de abogados de París, 23 de abril de 1957, pp. 289 y 290; E 17, 1957, pp. 1, 501-502, texto original en francés.

- JIMÉNEZ AMBEL, Francisco, “Temas candentes de derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado”, *Elenco de abogados y patronos establecidos*, Madrid, Asociación Española de Canonistas, Dykinson, 2007.
- LLOBELL, Joaquín *et al.*, *La nulità del matrimonio temi processuali e sostantivi in occasione della Dignitas Connubii*, Roma, Edizioni Università della Santa Croce, 2005.
- PANIZO ORALLO, Santiago, *Temas procesales y nulidad del matrimonio*, Madrid, 1999.

ÓRGANO, OFICIO, COMPETENCIA Y POTESTAD EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO

Rodolfo Carlos BARRA*

SUMARIO: I. *La Iglesia como ordenamiento*. II. *El ordenamiento jurídico*. III. *Organización y órgano*. IV. *Órgano y oficio. El cargo*. V. *Munus, ministerio y oficio*. VI. *Las potestades sacras*. VII. *Recapitulación: oficio, potestad, órgano y competencia*. VIII. *Las tres concepciones de oficio en el derecho canónico*. IX. *Bibliografía*.

I. LA IGLESIA COMO ORDENAMIENTO

Desde una perspectiva eclesiológica, la Iglesia Cuerpo Místico de Cristo y la Iglesia Asamblea del Pueblo de Dios en su peregrinaje temporal, son una misma y única realidad, en indisoluble unidad de naturaleza. Aún así podemos estudiar a aquella “Asamblea” desde un punto de vista jurídico-organizativo, y afirmar que Jesús de Nazaret y sus apóstoles fundaron una *institución* (Hauriou) también un ordenamiento jurídico (Romano, quien reconoció que la teoría del ordenamiento era compatible con la teoría de la institución). Esta institución u ordenamiento se encuentra, desde su fundación, destinada a no perecer, a perdurar en el tiempo para realizar su “idea rectora” o misión salvífica —la *salus animarum*— en beneficio de todas las generaciones humanas, de todas las tribus, las naciones, las razas, de las gentes de todas las condiciones sociales o económicas, como lo indica el texto paulino (Rom 1, 1:15).

La Iglesia es pueblo, es decir, un conjunto de personas orgánicamente unidas en la vecindad humana, además de la unión en la corporeidad mística de Cristo, por lo que es pueblo de Dios que, con Cristo, expía los pecados en la peregrinación terrena; es comunidad fundada sobre la solidaridad derivada de aquellos vínculos ontológicos, como materia y forma, y sobre la

* Pontificia Universidad Católica Argentina, Ciudad de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza, Provincia de Buenos Aires.

existencia de medios (sacramentos, liturgia) y fines (la santificación) comunes —como también de obligaciones sustancialmente comunes— (ejemplo, el apostolado, cánones 221 y 216) aunque exigibles según el estado y condición de cada uno.

Es útil reiterar aquí lo que recientemente nos ha recordado el Papa Francisco en la Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*. La Iglesia es “sujeto de la evangelización”, pero como tal “es más que una institución orgánica y jerárquica, porque es ante todo un pueblo que peregrina hacia Dios... lo cual siempre trasciende toda necesaria expresión institucional” (EA, 111).

Aquella nota esencial de la naturaleza de la Iglesia no puede ni debe desplazar a su “necesaria expresión institucional”, como vimos que lo advirtió Francisco. La Iglesia es una sociedad, ya que se configura como una organización unitaria, corporativa, orgánicamente estructurada. Por ello, la Iglesia es una institución, sin duda en su peregrinaje temporal y, quizás también, en su realidad meta-histórica, como comunidad de los santos. En ella, que en este mundo actúa como sociedad (es decir, institución u ordenamiento), “subsiste en la Iglesia católica, gobernada por el sucesor de Pedro y por los obispos en comunión con él”, tal como lo afirma el canon 204 & 2 siguiendo a la *Lumen Gentium*. La institución perdura en unidad de esencia (subsiste) en la Iglesia-cuerpo místico, pero también el pueblo, que requiere del gobierno de sus pastores, todos en “comunión misionera”, como también lo señala la EG, en el núm. 23, con cita de Juan Pablo II.

II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Enseñaba Santi Romano que toda institución es un ordenamiento jurídico. Mas todo ordenamiento supone y exige una determinada organización. En realidad, la organización cuando no se trata de un mero orden estático de cosas o personas yuxtapuestas sino como un orden dinámico destinado a realizar una determinada finalidad interna o externa, es la base fundacional del ordenamiento jurídico, su “primer momento”, aunque en un “segundo momento” se convierta en un elemento indispensable del mismo ordenamiento (claro está que estas distinciones temporales son meramente ideales; normalmente con la organización nace el ordenamiento). Es así que el ordenamiento jurídico es un sistema cuyos elementos principales son la autoridad, la organización, los sujetos, las relaciones jurídicas y las normas, amén de la idea rectora que le sirve de causa final, en el sentido tomista del término.

Cuando los sujetos integrantes del ordenamiento son complejos, es decir, un conjunto de personas físicas dan vida, a la vez, a ordenamientos jurídicos

menores existentes dentro del ordenamiento mayor, normalmente dotados de personalidad jurídica propia. Es lo que Romano denominaba como “pluralismo ordinamental”, esencial para el dinamismo del propio ordenamiento mayor, el que integra a todos en una última organización común. Por ello, es muy importante la estructuración de relaciones entre el ordenamiento mayor y los ordenamientos menores, donde debe aplicarse lo que sin duda es la principal regla de organización social, la subsidiariedad.

Desde la paz de Westfalia hasta la actualidad, los ordenamientos jurídicos mayores o “integrativos” (los menores son los “integrados”) son los Estados nacionales. No existe, en sentido estricto, un ordenamiento jurídico internacional porque no existe (todavía) una autoridad común y consentida que, de manera participativa y subsidiaria, conduzca la acción del ordenamiento hacia el bien común y, también para ello, resuelva los conflictos que podrían plantearse dentro de los ordenamientos menores (los Estados nacionales), tal como lo propusieron Juan XXIII en la encíclica *Pacem in terris* y Benedicto XVI en la *Caritas in veritate*.

La Iglesia es un ordenamiento jurídico porque se estructura conforme a los elementos que hemos visto antes: los sujetos, sus relaciones jurídicas, las normas, la autoridad y sus relaciones con los restantes sujetos, y la idea rectora, que en este caso es la *salus animarum*, en definitiva, la suprema ley del ordenamiento, además de la organización, que es la que permite cumplir con dicha regla y finalidad esencial del ordenamiento eclesástico.

III. ORGANIZACIÓN Y ÓRGANO

Si el ordenamiento es organización, la funcionalidad del mismo para la obtención de sus fines exige la actuación de la organización hacia el interior y el exterior de la misma. Hacia el interior porque siendo la organización, por definición, compleja, requiere de la coordinación y colaboración de sus distintos componentes, con la indispensable aplicación del principio de jerarquía. Hacia el exterior ya que —salvo excepciones— las organizaciones tienen fines tanto los principales como los secundarios e instrumentales que las trascienden: en el caso del ordenamiento de la Iglesia, la salvación de todos y cada uno de los hombres.

La organización no puede actuar por sí sola, ya que en sí misma es un conjunto abstracto, un sistema. Así, sería imposible, además desacertado, estudiar la organización (cualquier organización) sin partir de su concreto y fundamental núcleo de actuación, el órgano, al que podemos identificar como “la síntesis unitaria de la organización”, de esta manera, el órgano a la

vez que nace de la organización, la sintetiza en la actuación de sus competencias. Con esto se quiere indicar que la misma organización genera centros o núcleos de actividad donde se agrupan las potencialidades de aquélla, aptas y destinadas para el cumplimiento de sus objetivos y fines, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas por el mismo ordenamiento.

El órgano puede ser analizado desde dos aspectos: uno, subjetivo y estático, relativo a su “titular”, que de ninguna manera se confunde con el órgano mismo, lo que nos conduce al instituto de la función personal o del funcionariado, los que sirven al funcionamiento de la organización, cuyo centro son los funcionarios, ya sean políticos o “de línea”, con competencia decisoria y burocracia de apoyo, instituto que existe tanto en las organizaciones públicas como privadas. La otra perspectiva es la objetiva y dinámica, que nos conduce hacia el estudio de la producción de la organización, esto es de las conductas, las decisiones y sus elementos, sin perjuicio de los fenómenos jurídicos de la atribución orgánica y de la imputabilidad subjetiva. Digamos simplemente que la primera —la atribución— es el fenómeno fundado especialmente en el principio y regulación de la competencia por el que la actuación del órgano se atribuye a la organización (el acto administrativo válido se considera emanado de la organización) mientras que el principio de la imputación supone la adjudicación de las consecuencias jurídicas de la actuación del órgano y de cualquier funcionario a un determinado sujeto jurídico, en la medida que así lo disponga el ordenamiento.

Con base en las ideas anteriores podemos ensayar una definición de órgano —más descriptiva que conceptual y pensando principalmente en las organizaciones regidas por el derecho público— según la cual, órgano es todo sector de la organización objetivamente identificable, donde en virtud del instrumento técnico-organizativo y jurídico de la competencia, se sintetizan los elementos que permiten a aquélla (la organización) desarrollar o producir su actuación propia, tanto interna como externa, de tal manera que lo actuado por el órgano se pueda atribuir a la vez y por igual, tanto al órgano emisor o ejecutor como a la organización de la que éste forma parte consubstancialmente.

Como ya hemos visto, la organización se rige, entre otros, por el principio de la jerarquía. Existe un órgano (o una pluralidad de ellos, como en el sistema constitucional de la división de poderes) que es autoridad, en el sentido que sintetiza el centro de poder del ordenamiento. Para que pueda cumplir con eficiencia y eficacia este rol funcional, la organización-ordenamiento lo dota de la calidad de ser síntesis competencial última y abarcativa de toda la organización, donde se concentran todas las competencias de actuación de la misma. De esta manera, el órgano superior concentra las competencias

de todos sus inferiores, salvo que a éstos el ordenamiento les haya otorgado —por excepción normalmente fundada en razones funcionales— competencias desconcentradas. Por efectos de la concentración, el órgano superior puede avocarse en las competencias de ejercicio de los órganos con respecto a él inferiores, creados por el ordenamiento para facilitar las actuaciones parciales de la organización.

El ordenamiento de la Iglesia presenta la particularidad de destacar la figura del *oficio* sin referirse expresamente a la de *órgano*. ¿Es sólo una cuestión terminológica?

IV. ÓRGANO Y OFICIO. EL CARGO

Las nociones de órgano, oficio —y también *munus*— tienen en común el ser “figuras organizativas”, elementos creados por el ordenamiento al servicio de la organización según regímenes jurídicos específicos de acuerdo con cada ordenamiento concreto. Lo mismo es predicable con relación a la noción de la persona jurídica que, desde el punto de vista de la organización, también se encuentra al servicio de la misma según lo dispuesto por el ordenamiento, aunque específicamente destinada a la dotación de efectos y consecuencias a las relaciones (entre personas físicas, ordenamientos menores, o incluso órganos) que el ordenamiento mayor califica como jurídicas.

En la Edad Media, los canonistas tomaron la idea romana de *officium* como técnica de subjetivación de ciertos cargos eclesiásticos, con la intención de otorgarle continuidad a la gestión de los patrimonios confiados y también para institucionalizar, en sí mismo, ciertas funciones o cargos unipersonales, como el del papa y el del obispo, de existencia necesaria conforme al derecho divino. En el plano secular, el “oficio” indicaba a la Corona, personalizada como en Inglaterra, al cual se le someten sus órganos, y de ahí se pasa, en el continente y especialmente luego de la Revolución francesa a la personalización del “Estado”, que además de expresar una fuerte impronta ideológica, tiene una trascendencia determinante en lo que respecta a la construcción de una teoría política de la organización social como ordenamiento jurídico mayor.

En orden a comparar la situación y posibilidad de las doctrinas de la organización estatal conviene que recordemos a Giannini y su distinción entre el “oficio subjetivo” y el “oficio objetivo”. El primero se confunde con el *munus*, en definitiva un “servidor”, un sujeto que recibe por parte del ordenamiento el cometido de atender intereses de otro, y así podría serlo el “representante legal” de las personas jurídicas y de los incapaces de hecho. El “oficio objetivo” se diferencia del anterior en cuanto es “titular del interés del

ente de pertenencia”, de manera que la persona física —podría también ser, para Giannini, jurídica— que es la que ejerce el oficio y se confunde con éste.

Es útil también la idea de oficio en cuanto *munus*, es decir, en su sentido subjetivo, el que sobre todo en los ordenamientos civiles podemos identificar como “cargo”, como veremos luego. En cambio al oficio, en su sentido objetivo, y en este caso sólo para los ordenamientos civiles, lo considero semejante a la figura del órgano.

Pero, me permito proponer, esta identificación no es tal en el ordenamiento jurídico de la Iglesia, donde el concepto de oficio adquiere una importancia especial, sobre lo que también volveremos.

Otra figura organizativa de importancia tanto en el derecho público laico como en el eclesiástico es la de “cargo”, o conjunto de deberes y derechos de la persona física que ejerce legítimamente la titularidad —, tiene el “título” para ello, título que reside en el acto de designación del oficio o del órgano y su toma de posesión formal cuando ello es exigido— ya sean aquellos unipersonales o colegiados.

Mientras que el órgano es un elemento objetivo de la organización —fundamentalmente es sede de la competencia— el “cargo” (incluso, por implicancia, “categoría” o “nivel”), en cambio, es el estatus jurídico que autoriza a la persona física a ejercer la competencia del órgano y determina las exigencias de su ejercicio; el modo de prestación de la fuerza de trabajo de la persona a cargo, en beneficio del órgano y de la organización. En definitiva, el cargo delimita la situación jurídica del funcionario o jerarca en la organización.

V. *MUNUS*, MINISTERIO Y OFICIO

En los ordenamientos civiles el órgano es la sede de la competencia, mientras el cargo podría también asimilarse al desempeño del oficio del funcionario, conforme a su cargo. En este sentido se asemeja mucho a la figura del *munus*.

La idea de *munus* como “cargo”, que sugiero como posible en los ordenamientos civiles, no se encuentra totalmente alejada de la que igualmente admite el CIC, aunque aquí tenemos un matiz importante. Así, el canon 145 define que *officium ecclesiasticum est quodlibet munus...*, lo que ha sido traducido en castellano como “oficio eclesiástico es cualquier cargo...”, mientras que en italiano es *L'ufficio ecclesiastico é qualunque incarico...* Desde esta perspectiva legislativa, *munus*, oficio y cargo parecen conceptos, si bien no sinónimos pero sí orientados a expresar realidades convergentes: el *munus* es un *oficio* servicial de finalidad espiritual como lo define el canon 145 (sólo así pueden concebir-

se en la Iglesia, por lo cual todo oficio es un *munus*) que corresponde ejercer a quien se encuentra a cargo del mismo, nota que hace a la validez de la obtención y posesión del oficio y, consecuentemente, de su ejercicio.

A pesar de la comunidad de ideas contenidas en aquellos conceptos, parecería que el término *munus* quisiera expresar una realidad de carácter sacramental, en línea con él, en definitiva, principio integrador de las potestades sacras, que en sus distintos ámbitos de especificación —siempre con respecto a las tres potestades sacras— actualizan, ponen en acto, el *munus* en la vida de la Iglesia-ordenamiento.

Recordemos también que el ordenamiento de la Iglesia utiliza diversas figuras organizativas no plenamente personificadas y complementarias entre sí, como ocurre con las de *munus*, “oficio” y “cargo”. A éstas cabe agregar en otro plano, como veremos, la de “ministerio”.

Estas figuras no son siempre utilizadas en el derecho de las organizaciones públicas civiles de la misma manera que lo hace en el correspondiente a la organización de la Iglesia, y aún aquí estos términos carecen, es cierto, de un sentido preciso y unívoco. A pesar de ello su análisis resulta de gran importancia para el ordenamiento eclesiástico, teniendo en cuenta su incidencia sobre el ejercicio de las denominadas “potestades sacras”, aun cuando *munus* tiene un mayor sentido teológico-eclesial, mientras que la *potestas* tiene un mayor efecto jurídico. Esto es así por su relación con el oficio, que si bien es *munus* en cuanto a participación ontológica y sacramental en los *munera* de Cristo, según lo explica la NEP, es también sede de la *potestas* como nota organizativa del ordenamiento. Mientras que el *munus* indica o subraya sacramentalidad, el oficio y la *potestas* indican, y subrayan la juridicidad de la organización.

En términos generales las figuras de *munus* y “ministerio” también se integran entre sí. La *munera* es una acción de servicio, de donación hacia otro, eminentemente pastoral, aún en su aspecto jurisdiccional. Los ministerios harían referencia a las acciones pastorales concretas, como el “ministerio de la palabra divina”, que corresponde “principalmente al Romano Pontífice y al Colegio Episcopal” (canon 756, & 1) a cada obispo en su diócesis (*idem*, & 2), a los presbíteros y diáconos (canon 757), a los “miembros de los institutos de vida consagrada” asistiendo al obispo diocesano (canon 758) e indirectamente a los fieles laicos, que “pueden ser llamados a cooperar con el obispo y con los presbíteros en el ejercicio del ministerio de la palabra” (canon 760).

Pero aún así no se trata de una complementación o equiparación absoluta, en cuanto el *munus*, como ya vimos, indicaría siempre el ejercicio servicial de una o del conjunto de las tres potestades sacras integrantes de la *tria mune-*

ra sacerdotal de Cristo. Esta plenitud del *munus*, sólo corresponde al “orden clerical”, mientras que el ejercicio de ciertos y concretos ministerios puede quedar a cargo de laicos, como en el ejemplo anterior del citado canon 760, o también, siempre a título de ejemplo, en el caso de la “sagrada comunión” donde sus ministros ordinarios son el obispo, el presbítero y el diácono (canon 910, & 1), mientras que es ministro extraordinario el acólito o, en ciertos casos, cualquier laico aunque no sea acólito, cuando no haya ministros ni acólitos ni lectores (*idem*, & 2; canon 230, & 3). Notemos que este párrafo 3 autoriza a cualquier laico, siempre en situaciones excepcionales, a ejercer “el ministerio de la palabra”, amén de suministrar los sacramentos del bautismo y de la comunión. Sin embargo, esta excepcionalidad encuentra fundamento no sólo en una cuestión de necesidad sino en una razón eclesiológica más profunda: todos los fieles cristianos, que son miembros del Pueblo de Dios participan del sacerdocio real de Cristo, tanto los laicos como los clérigos (cánones 204.1) éstos destinados a los ministerios sagrados (canon 232).

En el ordenamiento eclesiástico, entonces, los ministerios se manifiestan en actividades concretas, en principio propias del “orden sagrado” —de quienes ejercen el “sacerdocio ministerial” propiamente dicho— y de manera ordinaria pero limitada —caso de los laicos que ejercen los ministerios concretos de lectores y acólitos— o de manera extraordinaria, al resto de los fieles laicos. Es decir, el ministro no es un órgano ni el ministerio un complejo orgánico, como sí ocurre en los ordenamientos civiles. El ministro es la persona concreta —que, en los supuestos principales habitualmente es quien ejerce un “oficio”, el que, por estar reservado al orden clerical, se denomina “oficio eclesiástico” o “clerical”— y el ministerio es también la concreta actividad salvífica o sacramental que practica el ministro.

En un sentido estricto, el ministro es el sacerdote —de allí que éste ejerce el “sacerdocio ministerial”— y es el que ha recibido el sacramento del “orden sagrado”, por el cual se incorpora, desde el punto de vista de la organización, al “orden”, “ordo” o estamento sacerdotal o clerical.

El sacramento del “orden sagrado” también confiere a quien lo recibe la calidad o habilidad para ejercer un oficio —aunque hay oficios que pueden ser desempeñados por laicos (canon 228, & 1)—; no obstante, no es jurídicamente suficiente para tal fin. Es decir, no basta estar “ordenado” para ejercer un oficio. Para esto es preciso la emisión de un acto jurídico por parte de la autoridad competente, que es llamado, según los casos, “incardinación” o “misión canónica”.

Mi opinión es que el oficio es siempre una figura asociada a la *potestas* y por tanto, no es susceptible de ser ejecutado por laicos, aunque éstos puedan ejercer ministerios concretos, en el sentido ya indicado. Es cierto que la redacción del canon 228.1 podría llevar a una conclusión distinta, mas no

debe excluirse una interpretación más estrecha, según la cual son llamados para asistir en los oficios eclesiásticos, como ministros o como órganos, en los casos que desempeñan cargos estructurados en la potestad de régimen como actividad materialmente administrativa, o también en otras actividades de asesoramiento a quien desempeña el oficio.

El ministerio, en la expresión de Arrieta, es una “posición personal de obligación” o de “deber” por parte de quien lo ejerce, sea sacerdote ordenado o, en un sentido lato e impropio, laico. El ordenado ejerce sus ministerios, aunque no necesariamente un “oficio” que es una determinada cualidad jurídica establecida por el ordenamiento para el ejercicio de ciertas actividades ministeriales. Así, ejemplifica Arrieta el oficio de párroco, cuando es concedido, califica en una específica manera —jurídicamente, agregaríamos nosotros— el ministerio del presbítero. Es decir, el presbítero ejerce el ministerio sacerdotal, mientras que el párroco —que debe ser presbítero— además, lo hace con relación al determinado oficio de tal.

La persona física ordenada es, por la propia virtud del sacramento del orden, sacerdote (ministerial) que ejerce, entonces, determinados ministerios conferidos por el ordenamiento. Puede o no ser titular de un oficio, de una situación subjetiva vinculada con el ejercicio de las potestades sacras.

La Nota Previa Explicativa (NPE, 2) a la Constitución Dogmática *Lumen Gentium* aclara esta cuestión al referirse a la consagración episcopal:

En la consagración se da una participación ontológica de los ministerios sagrados... Se emplea intencionalmente el término ministerios y no la palabra potestades, porque esta última palabra podría entenderse como potestad expedita para el ejercicio. Mas para que de hecho se tenga tal potestad expedita, es necesario que se añada la determinación canónica o jurídica por parte de la autoridad jerárquica. Esta determinación de la potestad puede consistir en la concesión de un oficio particular o en la asignación de súbditos, y se confiere de acuerdo con las normas aprobadas por la suprema autoridad. Esta ulterior norma está exigida por la misma naturaleza de la materia, porque se trata de oficios que deben ser ejercidos por muchos sujetos, que cooperan jerárquicamente por voluntad de Cristo.

El estudio de los diferentes conceptos técnico-organizativos que se emplean en el texto transcrito, que haremos a partir de ahora, ayudará a su mejor comprensión.

Entre estos conceptos técnico-organizativos fundamentales, sin perjuicio de su principal valor como conceptos teológicos, según los casos, se destacan los de “misión canónica”, “incardinación”, *munus*, “oficio”, sobre los que iremos profundizando gradualmente, sin perjuicio de lo que ya hemos adelantado hasta ahora.

VI. LAS POTESTADES SACRAS

En la Iglesia, como en todo ordenamiento jurídico se presenta —con carácter esencial para su misma subsistencia— el elemento poder o autoridad, el que dentro de la especificidad del ordenamiento eclesiástico se concreta en tres potestades: la de orden o de santificar, la de magisterio y la de régimen, aunque todas ellas esencialmente vinculadas por la finalidad última común que es la *salus animarum*. Cada una de éstas, desde el punto de vista jurídico, habilita para el ejercicio, aunque no de manera igual en cada caso de un conjunto de competencias confiadas a oficios y ejercidas, en ciertos casos y en lo que respecta a la potestad de régimen, principalmente en su actividad administrativa, por órganos en la relación funcional prescripta por el mismo ordenamiento.

Debemos preguntarnos acerca de la naturaleza y contenido de una “potestad”, como concepto abstracto. La potestad es la cualidad propia del centro de poder del ordenamiento, que se realiza en el ejercicio del gobierno o conducción conforme con la naturaleza del mismo ordenamiento. Así, en los ordenamientos estatales la potestad se ejerce a través de las acciones —jurídicamente, de las “funciones”— de administrar, juzgar y legislar bajo el impulso de una determinada concepción de gobierno que se justifica por la necesidad de lograr el bien común: recordemos que el poder es la causa formal de la comunidad política, mientras que el bien común es su causa final, la causa de las causas, como enseñaban Aristóteles y Santo Tomás. Por ello, en el sentido estricto de los términos, hay una sola potestad aunque se exprese jurídicamente en las tres funciones mencionadas. De todas maneras en tanto que el modo propio de ejercer la potestad —política, en el caso de los ordenamientos estatales— es a través de las funciones, es habitual asimilar ambos términos: potestad (poder) y función que sería así el modo constitucional de ejercicio del poder. Este en el constitucionalismo moderno, aparecerá así separado en tres ramas o sectores, cada uno ejerciendo una función con una actividad jurídica predominante pero no exclusiva.

En el ordenamiento eclesiástico la potestad es de diversa naturaleza, en tanto el fin del mismo es la salvación de las almas, esto es, un fin sobrenatural, aunque deba comenzar a ser transitado ya en el tiempo. Por lo cual, en el ordenamiento estatal, el poder y su atributo propio, la potestad, son políticos para el gobierno de la polis o comunidad política. En cambio, en el ordenamiento eclesiástico el poder y la potestad que le es inherente son sagrados, en cuanto son dedicados a unir a las criaturas con el creador. La potestad en la Iglesia es sacra, porque la misma Iglesia es sacramento que expresa sensible y eficazmente la gracia de Dios para la salud de las almas. Es un poder de

conducción pastoral para “apacentar el Pueblo de Dios”, como lo señala el núm. 18 de la LG.

Por consiguiente, existe una correlación necesaria entre las potestades de “orden”, de “magisterio” y de “régimen”, sin perjuicio de la distinción que las tres admiten como potencias que se especifican por sus actos y por los objetos propios de tales actos. Esta distinción, de todas maneras, no puede desconocer que las tres potestades encuentran en Cristo su principio de unidad, en tanto fuente de su esencia y existencia, principio de unidad que ha sido instituido por el mismo fundador en Pedro y en el Colegio Apostólico con la presencia de Pedro. En este sentido, afirma Cardia que “la estructura eclesíástica es portadora de una dialéctica continua entre experiencia espiritual y organización jurídica”, continuidad dialéctica que también debe predicarse con respecto a la relación entre las tres potestades. Éstas reflejan también una complementariedad más o menos necesaria según el oficio de que se trate. En el caso del oficio petrino y en el Colegio Episcopal con el Papa, esta complementariedad es absolutamente necesaria, inderogable e indeleble, ya que es de derecho divino. En estos oficios, podría afirmarse, las tres potestades encuentran su punto de unión sustancial.

Precisamente la LG trata de las tres potestades en un mismo capítulo, el número III; entre los números 18 y 24 desarrolla una introducción con referencias especiales a la potestad de orden, en el número 25 expone la potestad de enseñar o de magisterio, mientras que en el 26 hace referencia a la potestad de santificar y en el 27 a la potestad de regir, todo como parte del ministerio sacerdotal, y en particular, episcopal.

También Arrieta subraya que el orden sagrado es “un requisito previo y habilitación subjetiva” para el ejercicio de la potestad de régimen”. Así lo establece, por lo demás, la parte final del canon 129, & 1 “...son sujetos hábiles (para el ejercicio de la potestad de régimen)... los sellados por el orden sagrado”, mientras que de acuerdo al & 2 del mismo canon, “en el ejercicio de dicha potestad, los fieles laicos pueden cooperar a tenor del derecho”. Es decir que, según las competencias establecidas por el ordenamiento, sólo los ordenados pueden ser titulares del ejercicio de la potestad de régimen, mientras que los laicos, siempre en la medida en que el ordenamiento lo consienta son sólo llamados a cooperar con dicho ejercicio.

En el ordenamiento eclesíástico, a diferencia de los civiles, debido a su especial naturaleza, el gobierno o conducción del “pueblo” hacia su finalidad salvífica se actualiza en las tres potestades ya citadas: de orden, magisterio y de régimen, es decir, la denominada *tria munera* del sacerdocio de Cristo, el *munus sanctificandi*, el *munus docendi* y el *munus regendi*. Precisamente, cuando utilizamos la expresión “gobierno” nos estamos refiriendo a la nota distintiva

del centro de poder dentro de la organización, esto es su calidad de núcleo de concentración y ejercicio de la potestad o potestades que, por ello, siempre encontrarán una explicación unitaria.

Las tres potestades tienen, en sentido estricto, un carácter eminentemente personal, para cuya comprensión y aceptación jurídica no debemos olvidar la especificidad del derecho canónico, el que no puede separarse ni de los dogmas de fe ni de la ciencia teológica o, especialmente, eclesiológica. Las tres potestades sacras son expresión de un “carisma”, en tanto “gracia” especial conferida por Cristo a sus apóstoles y a los sucesores de éstos. Pero esta concesión fue dispuesta por Cristo para ser actuada en el seno de la Iglesia y desde la Iglesia, es decir, de la organización por él fundada. Por lo cual, las potestades no pueden sino ser ejercidas en las condiciones dispuestas por el ordenamiento, es decir, orden sagrado y misión canónica.

Volviendo al aspecto estrictamente organizativo, la gestión gubernamental propiamente dicha es ejercida en la Iglesia mediante la potestad de régimen, sin perjuicio de que el magisterio es a la vez transmisión de la verdad y la conducción (se “apacenta” el pueblo conduciéndolo hacia el reino); gobierno y magisterio son actuaciones propias, en sentido pleno, de la potestad de orden. Precisamente, como vimos, sólo los dotados de potestad de orden, los ordenados, pueden ejercer plenamente aunque según el oficio y órgano de que se trate, la potestad de régimen (*cf.* Canon 129).

La potestad de régimen, a su vez, es susceptible de especificarse —aunque no, subrayamos, de “dividirse” según el esquema funcional que conocemos para las organizaciones políticas— en actividades materialmente de legislación, de jurisdicción (aquí, en el sentido de judiciales) y de administración, cuyo ejercicio se encuentra atribuido a distintos “oficios” según una distinción jerárquica establecida de acuerdo con criterios de delimitación principalmente personales y territoriales.

Las tres potestades se ejercen según un orden impuesto por él, precisamente, ordenamiento, de una manera que puede asimilarse a la distribución de competencias, aunque más en un sentido jurisdiccional. Cada oficio ejerce las potestades sacras en una determinada limitación, ya sea material, temporal, geográfica o jerárquica. El sumo pontífice concentra la totalidad de las potestades, como también lo hace el Colegio Episcopal con el pontífice y bajo el pontífice. El obispo diocesano lo hace en su diócesis, como también ocurre con las demás Iglesias particulares de acuerdo con el canon 368 y, los párrocos, bajo la autoridad del diocesano, en sus parroquias (canon 519) y, realizada la incardinación, también con los presbíteros.

Finalmente cabe señalar que la organización de la Iglesia requiere, como cualquier otra, de una estructura organizativa que cuente además de los ofi-

cios con órganos de actuación dotados por el ordenamiento de competencias específicas y de un personal a cargo de los mismos, ya sea en su dirección y ejercicio de la competencia correspondiente, como en las tareas de apoyo requeridas. Este personal no necesariamente debe pertenecer al “orden clerical” sino también puede estar constituido por laicos. La administración material de la Iglesia, su organización administrativa y la gestión administrativa, si bien instrumental con respecto a su misión salvífica, no se confunde, en su naturaleza, con la potestad de orden ni con la potestad magisterial, pero tampoco con la potestad de régimen, siendo meramente auxiliar a las tres.

VII. RECAPITULACIÓN: OFICIO, POTESTAD, ÓRGANO Y COMPETENCIA

Podemos intentar una síntesis de los conceptos vistos hasta aquí. El oficio no es un órgano, y tampoco lo reemplaza dentro del complejo organizativo. El órgano es sede de la competencia y como tal es indispensable para la actuación de la organización, mas el oficio es, en sí mismo, ajeno al instituto jurídico de la competencia, sin perjuicio de las aclaraciones que seguidamente veremos.

Aún así, es necesario efectuar algunas precisiones. En el vértice jerárquico de la Iglesia, es decir, el papa, el Colegio Episcopal con éste, cada uno de los obispos en comunión con el papa, oficio y órgano no son asimilables (ninguno de los tres puede ser calificado como órgano). Los tres son titulares, en plenitud, de las potestades sacras, y así absorben todas las competencias de la organización. Éstas son también distribuidas por el ordenamiento en distintos niveles, más inferiores, de la organización, y así, incluso en los oficios clericales, el titular del oficio, por ejemplo el párroco, actúa también como órgano, ejerciendo competencias que son separables de la potestad (especialmente la de orden) que tiene atribuida, mientras que lo mismo, en mayor grado de distinción, ocurre con el presbítero asistente del párroco.

Cuanto mayor sea el nivel de la organización, en mayor medida predominará la figura del oficio de manera que aquella actuará exclusivamente a través de tal figura, la que la abrevia plenamente: el papa sintetiza todas las potestades y todas las competencias de la organización. A medida que se desciende en los niveles jerárquicos, la figura del oficio se va como desdibujando a favor del órgano. En cierto nivel convive, como en el caso del párroco, en niveles inferiores —el presbítero, el diácono— y a los efectos de la actividad administrativa, predomina el órgano sobre el oficio. No obstante, la potestad no desaparecerá: no lo podría hacer ya que es connatural al orden sagrado, aunque de ejercicio en las condiciones establecidas por el ordenamiento.

El oficio es la condición jurídica puesta por el ordenamiento para el ejercicio lícito de las potestades sacras, más precisamente, de la potestad de orden. Ésta puede ser ejercida válida o eficazmente por la mera recepción del orden sagrado, aunque no lícitamente, en caso de ausencia de misión canónica (la potestad no tiene la calidad de expedita) para el caso del obispo (salvo en el Colegio Episcopal) o de la incardinación, para el del presbítero, amén de la provisión canónica (o toma de posesión) del oficio en concreto. De esta manera, en ausencia de la misión, el obispo podrá administrar válidamente los sacramentos con sus efectos santificantes propios pero no lícitamente a los efectos del ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre en el caso del presbítero no incardinado, el que en tal condición podría, por ejemplo, administrar válida pero no lícitamente el sacramento de la eucaristía (*cf.* Canon 900). Por el contrario, el obispo sin misión canónica (y en principio, sin provisión del oficio) no puede ejercer de ninguna manera la potestad de régimen, de manera que aquí la validez y la licitud se unen. Lo mismo ocurre con la potestad de magisterio, ya que fuera de la comunión con el Papa, las enseñanzas del consagrado (aún el obispo) carecerían de valor moral para los fieles, es decir, no sería parte del magisterio de la Iglesia.

En cambio el órgano sólo puede atribuir su actuación a la organización en caso de ajustarse a la competencia —o conjunto de atribuciones jurídicas— que le fue asignada por el ordenamiento. Aquí el concepto, y efectos, de actuación válida y lícita coinciden totalmente. Una actuación fuera del ámbito de la competencia —que tiene que estar expresamente prevista en una norma, o ser resultado de una exigencia no prevista pero necesaria de ella, o ser resultado de una delegación autorizada o avocación no prohibida— será siempre ilícita o ilegal, y por tanto, inválida: el acto ilícito es inválido, sancionado por la nulidad, relativa o absoluta, según los casos, por lo que no puede ser atribuido a la organización, aunque sea imputable (responsabilidad) a la persona jurídica. Desde esta perspectiva, el órgano puramente administrativo puede ser confiado tanto a un clérigo como, en la medida que no suponga el ejercicio estable de las potestades sacras, a un laico, quien a cargo del órgano podrá emitir actos administrativos singulares, en la medida de la competencia asignada y en principio, siempre que no se trate de un rescripto.

En el caso de la potestad de orden concretamente, el oficio, entonces, habilita al ejercicio lícito de la potestad propia del ordenado —potestad que pertenece al ordenado, no al oficio, esta es la condición puesta por el ordenamiento para su ejercicio lícito— mientras el órgano debe ajustarse a su competencia para actuar válida y lícitamente. En cambio, en los casos de las potestades de régimen y de magisterio, si bien la potestad requiere como pre-

supuesto esencial la previa recepción del sacramento del orden, sólo puede ejercerse en posesión válida del oficio. Así, para estas otras dos potestades, el orden será también un presupuesto, pero la válida posesión de oficio será una suerte de condición suspensiva: existe el “derecho” (deriva del orden) mas no es eficaz y de lícito ejercicio fuera de la misión o la incardinación.

Lo cierto es que la potestad es el mismo poder del ordenamiento, que en el canónico o eclesiástico se encuentra absolutamente centralizado en el Romano Pontífice y en el Colegio Episcopal con aquél, mientras que en la actualidad en la gran mayoría de los ordenamientos civiles, se encuentra descentralizado en los tres “poderes” del Estado, de tal manera que podría decirse que en estos ordenamientos el poder ha sido otorgado por las Constituciones (por el pueblo constituyente) al Estado, a través de tres órganos supremos, mientras que en la Iglesia el poder ha sido dado por el supremo legislador al oficio pontificio.

VIII. LAS TRES CONCEPCIONES DE OFICIO EN EL DERECHO CANÓNICO

Como hemos visto, en el ordenamiento canónico no sólo no se encuentran expresamente diferenciadas entre sí las figuras de órgano y de oficio, sino que esta última tampoco es utilizada en un sentido unívoco.

Pero del mismo sistema del CIC es posible, creo yo, distinguir tres concepciones de la figura de oficio: a) genérica; b) estricta, y c) estricta y restringida.

La primera es la que resulta del canon 145 & 1: oficio es todo *munus* que se deba ejercer para un fin directamente espiritual. Desde esta perspectiva, oficio es la condición organizativa para el ejercicio de las potestades sacras, aunque también cuando se trata del ejercicio de la potestad de régimen, la sede de las competencias para ejercer las actividades materialmente legislativas, judiciales o administrativas. Aquí las figuras de oficio y órgano tienden a confundirse, y, en ciertas condiciones, pueden ser ejercidos por laicos. En sentido genérico también toda la organización ejercita un oficio, el pastoral y sacramental, incluso considerado como conjunto de derechos y deberes, como lo afirma el canon 232 con respecto al derecho y deber propio, y exclusivo de la Iglesia de formar a aquellos que se destinan a los ministerios sagrados; *Ecclesiae officium est...* dice la versión latina de la norma citada.

Si en sentido genérico, oficio es todo *munus*, en sentido *estricto* es la condición del ejercicio de las potestades sacras, lo que se apoya fundamentalmente en el derecho divino, pero también en el derecho puramente eclesiástico, que lo regula y lo concretiza.

No obstante, todavía es posible aislar un sentido *estricto y restringido* de oficio, limitado al ejercicio de la potestad de régimen en sus tres actividades. Esto es gobierno, y pertenece al orden sagrado, sin perjuicio de que ciertas competencias puedan ser ejercidas por laicos a cargo de órganos creados y delimitados por el derecho eclesiástico. Aún así debemos recordar con el Papa Francisco (EA, 104), con cita de Juan Pablo II que “cuando hablamos de la potestad sacerdotal ‘nos encontramos en el ámbito de la *función* [creo que lo dice en el sentido de *oficio*] no de la *dignidad* ni de la santidad”, ya que, continúa, la “gran dignidad viene del Bautismo, que es accesible a todos”. Y advierte “aún cuando la función del sacerdocio ministerial se considere ‘jerárquica’, hay que tener bien presente que ‘está ordenada *totalmente* a la santidad de los miembros del Cuerpo Místico de Cristo’. “Su clave y su eje —agrega— no son el poder entendido como dominio, sino la potestad de administrar el sacramento de la Eucaristía...”.

En definitiva, recuerda la EG, 102, “los laicos son simplemente la inmensa mayoría del Pueblo de Dios. A su servicio está la inmensa minoría de los ministros ordenados”. Me permito cerrar esta exposición, en una suerte de glosa de la EG (con todo respeto) diciendo que el *oficio* ejerce la *potestas*, que regulan las normas de derecho divino y de derecho eclesiástico, sólo en cuanto es *munus*, servicio al pueblo de Dios.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La administración institucional. Bases de su régimen jurídico. Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1972.
- BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I.
- BERTI, Giorgio, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968.
- CARDIA, Carlos, *Il governo della Chiesa*, Bolonia, Il Mulino, 1993.
- GIANNINI, Massimo S., *Diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1993, vol. I.
- , *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 2000.
- HERVADA, Javier, *Diritto costituzionale canonico*, Milán, Giuffrè, 1989.
- LABANDEIRA, Eduardo, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milán, Giuffrè, 1994, versión italiana de la original, edición castellana: *Tratado de derecho administrativo canónico*, Pamplona, EUNSA, 1993.

- MÖRSDORF, Klaus, *Fondamenti del diritto canonico*, Venecia, Marcianum, 2008.
- PINTO, P. V., *Diritto amministrativo canonico*, Bolonia, EDB, 2006.
- S. S. BENEDICTO XVI, Encíclica *Caritas in veritate*.
- S. S. JUAN PABLO II, Exhortación Apostólica *Pastores gregis*.
- S. S. JUAN XXIII, Encíclica *Pacem in terris*.
- S. S. FRANCISCO, Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*.

DELITOS CONTRA EL SEXTO MANDAMIENTO CON UN MENOR. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO CON UN MENOR

José BERNAL

SUMARIO: I. *El Código de 1917*. II. *La Instrucción Crimen sollicitationis (1962)*. III. *La regulación de los delitos contra el sexto mandamiento en el CIC de 1983*. IV. *El m. p. Sacramentorum Sanctitatis Tutela, versión modificada de 2010*.

En torno al 2000, y con mayor intensidad en el 2002, muchos fueron los medios de comunicación que dieron a conocer abundantes casos de supuestos abusos de menores por parte de sacerdotes u otros ministros de la Iglesia católica de los Estados Unidos. Se dio noticia de miles de denuncias y se aseguraba que la cantidad de menores que habían padecido este tipo de traumas era muy alta.

Durante el periodo que va desde (1950 a 2002) 4.392 sacerdotes fueron acusados de estar envueltos en sucesos de abusos sexuales a menores. Cifra que representa el 4% de los sacerdotes en activo durante ese tiempo. Hubo aproximadamente 10.667 víctimas notificadas en denuncias. El 81% de las víctimas eran varones; el 78% de las víctimas tenían edades comprendidas entre los 11 y los 18 años. El mayor número de agresiones tuvo lugar en los años 60 y 70. Sin embargo, un elevado porcentaje de denuncias se produjeron muchos años después, en décadas, cuando un amplio índice de ministros “ofensores” había abandonado el ministerio e incluso habían muerto. En ello influyó, sin duda, la cobertura que los medios dieron a la crisis, sobre todo la difusión de los casos más dolorosos y traumáticos, publicándose muchos datos sobre los ofensores más agresivos y reiterativos, y la tibia actuación de algunas autoridades. Por lo que hay que tener en cuenta que el 3% de los sacerdotes acusados acumulaba casi el 30% de las víctimas.¹

¹ Sobre la crisis de la Iglesia en los Estados Unidos, *cf.*: National Review Board, *A Report on the Crisis in the Catholic Church in the United States*, Washington D. C., 2004; John Jay College of

Hubo quien afirmó que la crisis era algo que se circunscribía a la Iglesia de ese país, pero los datos aparecidos posteriormente de lo ocurrido en Irlanda, Alemania, Malta, Australia, etcétera, muestran que las raíces de este triste fenómeno eran más profundas y extensas.

I. EL CÓDIGO DE 1917

La regulación penal de la materia realizada por el libro V del CIC 17 se puede decir que es amplia, en el sentido de que son numerosos los comportamientos, relacionados directa o indirectamente con la castidad y la continencia, que están tipificados como delitos. También se puede hablar de severidad, pues los castigos impuestos son de cierta dureza.

En el caso de los clérigos, se entiende bien que el derecho de la Iglesia pretenda actuar con firmeza y diligencia, pues éstos están obligados, y se han comprometido a dar un testimonio de santidad (“los clérigos deben llevar una vida interior y exterior más santa que los seglares y sobresalir como modelos de virtud y buenas obras”, decía el canon 124), y sobre ellos pesa una especial responsabilidad.

No obstante, los laicos son tratados igualmente con exigencia. Por el bautismo quedan obligados a un tenor de vida plenamente cristiano. Su actuación escandalosa produce un fuerte impacto negativo, especialmente sensible en el periodo de vigencia del anterior Codex, en que la sociedad estaba menos descristianizada. Téngase en cuenta que muchos de los delitos previstos por el código anterior tenían una similar consideración en los ordenamientos estatales, y de hecho, la Iglesia los castigaba una vez que la autoridad civil los condenaba explícitamente mediante una sentencia. Hubiera sido supuesto de un contrasentido que la Iglesia se desentendiera de esas actuaciones ilícitas en tales circunstancias.

Cuando la persona implicada era un clérigo, la Iglesia se reservaba el juicio y castigo de tales delitos en virtud del privilegio del fuero. En los lugares en que éste no era respetado, se tenía en cuenta el castigo impuesto por la sociedad civil, aunque también se actuaba autónomamente, sobre todo si se consideraba que no se había reparado suficientemente el escándalo y restituido el orden público.

Criminal Justice, *The Nature and Scope of Sexual Abuse of Minors by the Catholic Priests and Deacons in the United States 1950-2002. 2006 Supplementary Report*, Washington D. C., 2006; Bernal, José, “Las «Essential Norms» de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos sobre abusos sexuales de menores cometidos por clérigos. Intento de solución de una crisis”, *Ius canonicum* 94, 2007, pp. 677-683.

1. *Los delitos de los laicos*

Los delitos específicos contra el sexto mandamiento estaban incluidos en el canon 2357.² En el § 1 se castigaban el delito cometido con un menor de dieciséis años, el estupro, la sodomía, el incesto y el lenocinio. Estas conductas sólo eran punibles cuando existía una sentencia firme del juez estatal. El § 2 incluía el adulterio y el concubinato. Uno y otro tenían que ser públicos, en el sentido de que debía tratarse de un hecho que “ya está divulgado, o... fue cometido o se halla en tales circunstancias que puede y debe juzgarse prudentemente que con facilidad habrá de adquirir divulgación” (canon 2197 § 1). También era punible cualquier otro delito que no encajara en los tipos anteriores legítimamente condenado por la autoridad secular.

Como puede observarse, únicamente se dejaba de exigir condena civil previa para los delitos de adulterio y concubinato.

2. *Delitos de los clérigos*

Dejando aparte la sollicitación en confesión, tipificada específicamente en el canon 2368, los delitos de la especie que estudiamos estaban contemplados en los cánones 2358 (clérigos minoristas) y 2359 (clérigos *in sacris*).

El canon 2359 § 1³ se ocupaba de los “clérigos *in sacris* concubinarios, sean seculares o religiosos”. Afectaba, por tanto, a los que habían recibido el subdiaconado, el diaconado o el sacerdocio, y por razón del orden recibido, y no de la posible profesión religiosa.

El concepto común de concubinato hace referencia a la convivencia con una mujer *more maritali*. Sin embargo, cuando se trataba de un clérigo, el CIC 17 lo entendía en sentido lato, incluyendo en el tipo penal la situación

² “§ 1. Laici legitime damnati ob delicta contra sextum cum minoribus infra aetatem sexdecim annorum commisa, vel ob stuprum, sodomiam, incestum, lenocinium, ipso facto infames sunt, praeter alias poenas quas Ordinarius infligendas iudicaverit”.

“§ 2. Qui publicum adulterii delictum commiserint, vel in concubinato publice vivant, vel ob alia delicta contra sextum decalogi praeceptum legitime fuerint damnati, excludantur ab actibus ecclesiasticis, donec signa verae resipiscentiae dederint”.

El canon 2353 castigaba al que raptara a una mujer contra su voluntad, o a una menor de edad, aun consentiente, con intención de casarse o con el fin de satisfacer una pasión lujuriosa. El canon 2356 tipificaba el delito de bigamia, es decir, el atentado de matrimonio existiendo un vínculo conyugal previo que lo impedía.

³ “Clerici in sacris sive saeculares sive religiosi concubinarii, monitione inutiliter praemissa, cogantur ab illicito contubernio recedere et scandalum reparare suspensione a divinis, privatione fructuum officii, beneficii, dignitatis, servato praescripto can. 2176-2181”.

del clérigo que “tenga consigo a una mujer sospechosa o de cualquier modo frecuente su trato” (canon 2176). El juicio concreto sobre el grado de sospecha y escándalo que podía originar en trato con una mujer determinada, correspondía al ordinario local (canon 133 § 3). El clérigo contumaz que no se sometía a estas disposiciones, se presumía concubinario (canon 133 § 4). Elemento esencial configurador del delito era la continuidad o repetición de actos; es decir, se debía tratar de una verdadera y propia cohabitación,⁴ aunque no era necesario que ambos vivieran en la misma casa.⁵ El clérigo castigado debía romper inmediatamente la relación concubinaria, alejar a la mujer y reparar el escándalo (canon 2359 § 1). Como se ve por el texto del canon, no era necesario que el concubinato fuera público, como se exigía en el caso de los laicos.

El canon 2359 § 2⁶ incluía cualquier delito contra el sexto mandamiento del decálogo cometido con menores que no hubieran llegado a los dieciséis años de edad, así como los supuestos de adulterio, estupro, bestialidad, sodomía, lenocinio e incesto cometido con los propios consanguíneos o afines en primer grado.

En el texto del canon parece establecerse una distinción entre el delito contra el sexto mandamiento ejecutado a un menor de dieciséis años y los restantes supuestos enumerados tras partícula “vel”. En el primer caso, que se tipifica usando el verbo *admittere* (*si delictum admiserint contra sextum*), se haría referencia a quien cometiera algún delito (un acto sería suficiente) con menores. En los restantes casos, cuya descripción se construye sobre el verbo *exercere* (*vel adulterium, stuprum, exercuerint*), quizá se pensaba que debía tratarse de una conducta más habitual. Sea lo que fuere de ello, parece claro que, en el supuesto de menores, se consideraba suficiente cualquier pecado o abuso para incurrir en las penas correspondientes. El castigo para todos estos delitos era más severo que el establecido en el § 1. Como hemos visto, todas esas conductas eran consideradas delictivas también en el caso de los laicos (*cf.* canon 2357 § 1), excepto la bestialidad, que era castigada por muy pocos ordenamientos seculares, al considerarla un comportamiento calificable moralmente, pero no jurídicamente.⁷

⁴ *Cfr.* Della Rocca, F., *Istituzioni di diritto penale canonico*, Turín, 1961, vol. II, p. 208.

⁵ *Cfr.* García Barberena, T., *Comentario a los cc. 2350-2359*, en Varios autores, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1964, vol. IV, p. 518.

⁶ “§ 2. Si delictum admiserint contra sextum decalogi praeceptum cum minoribus infra aetatem sexdecim annorum, vel adulterium, stuprum, bestialitatem, sodomiam, lenocinium, incestum cum consanguineis aut affinibus in primo gradu exercuerint, suspendantur, infames declarentur, quolibet officio, beneficio, dignitate, munere, si quod habeant, priventur, et in casibus gravioribus deponantur”.

⁷ García Barberena, T., *Comentario a los...*, *cit.*, p. 521.

En el § 3^o del mismo canon se establecían penas, graduadas según la gravedad de la transgresión, para los que delinquieran de cualquier otra manera contra el sexto mandamiento del decálogo. Se entendía que aquí se incluía el delito simple de fornicación y cualquier otro pecado externo contra el sexto mandamiento, consumado en su género y probado en el fuero externo.⁹

Así, el significado de la expresión “delitos contra el sexto mandamiento” era bastante amplio. Según Salucci, en la expresión “clerici... rei alicuius delicti contra sextum decalogi praeceptum”, utilizada por el canon 2358, había que entender incluidos, aparte de los delitos enumerados en el canon 2357, toda clase de delitos que se puedan consumir contra la castidad¹⁰ (quizá se podría hacer mención aquí, por ejemplo, del “sacrilegio carnal”, que aparecía en todos los elencos de la tradición canónica anterior al CIC 17).

Muchos autores afirmaban que para que se pudiera hablar de un delito de esta especie, debía tratarse de un pecado mortal consumado, externo, realizado con otro o con escándalo público. No se consideraban relevantes a esos efectos, en cambio, los pecados internos o externo-ocultos, cuyo tratamiento se daba en el fuero interno sacramental.¹¹

3. Delito con un menor

A. Acciones incluidas en este tipo delictivo

La complejidad aumenta cuando nos referimos al delito con un menor de 16 años. Ni el Código ni los autores ofrecen una lista de acciones que encajarían en este delictivo de delitos. Cualquier delito contra el sexto mandamiento descrito anteriormente podría constituir un delito con un menor, pero sin limitarnos a ellos. Los autores, cuando se refieren a este tipo de delitos utilizan frases de contenido muy amplio. Chelodi habla de “corrupción de menores”¹² y Pistocchi¹³ emplea términos semejantes. Por su parte,

⁸ “Si aliter contra sextum decalogi praeceptum deliquerint, congruis poenis secundum casus gravitatem, coerceantur, non excepto officii vel beneficii privatione, maxime si curam animarum gerant”.

⁹ Cfr. Chelodi, Ioanne, *Ius poenale*, Tridenti, 1925, p. 115.

¹⁰ Cfr. Salucci, R., *Il diritto penale*, Subiaco, 1930, vol. II, núm. 289, pp. 257 y 258.

¹¹ Cfr. Wernz, F.X. y Vidal, P., *Ius canonicum*, Roma, 1937, vol. VII, pp. 543 y 544; Conte A Coronata, M., *Institutiones iuris canonici*, Roma, 1955, vol. IV, p. 525.

¹² Chelodi, Ioanne, *Ius Poenale et ordo Procedendi in Iudiciis Criminalibus Iuxta Codicem Iuris Canonici*, Tridentum, 1925, nota 2, p. 113.

¹³ Habla de cualquier crimen de lujuria dirigido a la corrupción de menores. Cfr. Provost, James H., “Offenses against the Sixth Commandment: toward a Canonical Analysis of Canon 1395”, *The Jurist* 55, 1955, p. 647.

Wernz-Vidal afirma que las acciones no se limitan a las enumeradas en el código, exista cópula o no.¹⁴

Para García Barberena, entraría dentro de esta categoría de delitos cualquier acto de inmodestia con personas menores de 16 años, incluyendo la palabra o tocamientos, si son motivados por la lujuria.¹⁵ El elemento clave desde el punto de vista subjetivo es la intención libidinosa.

Hay que tener en cuenta también el denominado *crimen pessimum*. Según Yanguas éste consiste en “quodcumque obscenum factum externum graviter peccaminosum quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum persona propii sexus”.¹⁶ A efectos penales, se incluían también en el delito ese mismo tipo de acciones cometidas con un impúber de uno u otro sexo y la bestialidad. De acuerdo con el canon 88 §2 del CIC de 1917, un varón era considerado impúber si aún no había cumplido los catorce años de edad, mientras que en el caso de la mujeres el límite era de doce años. Tales delitos estaban reservados al Santo Oficio. Si la víctima era un chico de entre 14 y 16 años, o una chica entre 12 y 16 años, la autoridad competente era el Ordinario.

La interpretación que el Santo Oficio hacía del delito era bastante amplia, en el sentido de que no se requería “un acto completo; una mera tentativa era suficiente y podría incluir acciones incluso consideradas en otro contexto inocentes, como besos o abrazos si no había una causa que los justificara”.¹⁷

Por lo tanto, el delito contra el sexto mandamiento cometido a un menor comprendía un amplio rango de acciones que no se limitaban a las recogidas por el Código Pío Benedictino ni a los elencos ofrecidos por sus comentadores, que no pretendían ser exhaustivos. Tales acciones no se limitaban a los actos con cópula, sino que podían incluir palabras, tocamientos o incluso simples miradas. Eran delitos de una naturaleza bastante imprecisa, los cuales debían ser juzgados caso por caso.

B. *Delimitación del delito contra el sexto mandamiento con un menor*

Para que la acción sea delictiva, el acto ha de ser obsceno, externo y grave. Se ha planteado la pregunta de ¿si la acción ha de constituir necesi-

¹⁴ Cfr. Wernz, F.X. y Vidal, P., *Ius poenale ecclesiasticum*, Roma, 1937, t. VII, p. 547.

¹⁵ García Barberena, T., *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1964, t. IV, p. 520.

¹⁶ Yanguas, A., *De crimine pessimo et de competentia Sancti Officii relate ad illud*, en REDC 1, 1946, p. 428.

¹⁷ Provost, James H., *op. cit.*, p. 648.

riamente un pecado mortal? Por lo que es necesario tener en cuenta que en materias referentes al sexto mandamiento, especialmente cuando está implicado un menor, cualquier violación directa ha de ser considerada grave.¹⁸ Podría decirse que cualquier pecado o acción contra el sexto mandamiento tal y como es entendido en el canon 2359 §2 sería suficiente para hacerse merecedor del castigo allí previsto cuando está involucrado un menor.¹⁹ El canon 2358 establece que “a los clérigos minoristas que sean reos de algún delito contra el sexto mandamiento del decálogo, debe castigárseles, en proporción a la gravedad de la culpa”. Así, la gravedad de la acción misma parece ser algo de poca relevancia. Esto parece reforzar la idea de que cualquier violación era considerada grave.

Cuando hablamos de una acción externa, lo hacemos en oposición a una interna, no a una oculta. Una acción puramente interna no posee relevancia penal. Un delito cometido con un menor no tiene, consecuentemente, que ser público (el canon se focaliza en castigar cualquier comportamiento tendente a la corrupción de menores).

Dentro de la categoría de lo obsceno, cualquier mirada, tocamiento o palabra queda incluido en el tipo delictivo. La acción externa bastaba para presumir la intención libidinosa; en acciones con posible doble interpretación o significado, como un saludo según las costumbres de la cultura y el lugar, por las que un clérigo era acusado de *crimen pessimum*, pesaba sobre éste la carga de la prueba de la ausencia de la intención libidinosa.²⁰

C. Sujeto activo del delito contra el sexto mandamiento con un menor

El Código Pío Benedictino distinguía tres grupos de delincuentes: laicos (canon 2357), clérigos de órdenes menores o minoristas (canon 2358; tonsurados, ostiarios, lectores, exorcistas y acólitos), y los clérigos in sacris (canon 2359; subdiáconos, diáconos y presbíteros). Para los laicos, el Código establecía que para poder imponerle las penas previstas habían de ser conde-

¹⁸ “Omnis directa violatio eiusdem ordinis (moralis sexualitatis) objective sit gravis”. CDF, *Declartio de quibusdam quaestionibus ad sexualem ethicam spectantibus*, 29 de diciembre de 1975, en AAS 68, 1976, pp. 77-96, núm. 10.

¹⁹ Bernal, J., “Regulación de los «delitos contra el sexto mandamiento». El c. 1395”, *Fidelium iura* 13, 2003, p. 55.

²⁰ Cuando hablamos de *crimen pessimum*, para la interpretación del código en lo relativo al dolo, es necesario entender según Yanguas que: “ex parte affectus, in foro externo, posito actu externo, voluntas libidinosa seu dolus praesumitur”. Cuando se trata de actos de doble interpretación “si de crimine pessimo denuntietur, se immunem fuisse a libidinosa affectu probare tenetur”; Yanguas, A., *op. cit.*, pp. 428 y 429.

nados previamente en un tribunal civil por ese delito, excepto en el caso del delito público de adulterio o concubinato. Los clérigos debían ser castigados con mayor severidad, pues este tipo de delitos producían gran escándalo.²¹ Esto era así porque los clérigos estaban obligados a una particular santidad de vida por su Estado²² y a una especial observancia de la castidad.²³ Los clérigos minoristas son tratados aparte de los clérigos in sacris porque no están todavía sujetos a la ley del celibato y están más cercanos a los laicos.²⁴

Al momento de la comisión del crimen, la condición del delincuente es un dato relevante. Como se puede deducir del canon 2207, que trata de circunstancias agravantes, la mayor gravedad del delito de un clérigo se puede deducir de su alta dignidad, del posible abuso de autoridad y del hecho de que la víctima es un menor.

D. *Codelicuentes*

No han faltado quienes han sugerido la posibilidad de tratar a algunos obispos como cooperadores en el delito de abuso de menores en virtud del canon 2209 §7,²⁵ que establece lo siguiente: “el hecho de alabar el delito cometido, participar en sus frutos, ocultar y encubrir al delincuente, y otros actos posteriores al delito plenamente realizado, pueden constituir nuevos delitos, si en la ley están castigados con alguna pena; pero no llevan consigo imputabilidad del delito cometido, a no ser que antes de cometerlo haya mediado acuerdo con el delincuente acerca de aquellos actos”.

Como es sabido, hubo obispos que movieron a otra parroquia a sacerdotes que habían abusado de menores, donde cometieron nuevos crímenes. Estos comportamientos encajarían dentro de las figuras de ocultamiento o encubrimiento, previstos por el citado canon si se demostrara un acuerdo previo entre el obispo y el sacerdote delincuente, pero es algo que parece difícil que ocurriera.

Probablemente tendría más fundamento apelar al canon 2209 §6, sobre los cooperadores negligentes. Dice así: “el que sólo coopera en el delito sien-

²¹ “Severior clericorum punitio quorum delicta in hac materia gravior scandalum inducunt”. Wernz, F. X. y Vidal, P., *Ius poenale...*, cit., p. 548.

²² Cfr. Salucci, R., *Il diritto penale secondo il Codice di Diritto Canonico*, Subiaco, 1930, vol. II, p. 257.

²³ Cfr. Chelodi, Ioanne, *Ius poenale et ordo...*, cit., p. 114.

²⁴ “Nondum imposita est lex coelibatus et quia etiam aliunde laicis viciniore sunt”. *Ibidem*, p. 115.

²⁵ Plante, Thomas (ed.), *Sin against the Innocents: Sexual Abuse by Priests and the Role of the Catholic Church*, Westport, 2004, p. 31.

do negligente en el cumplimiento de su oficio, contrae una imputabilidad proporcionada a la obligación que por razón de su oficio tenía de impedirlo”. El cómplice negligente (o negativo) es el que tiene obligación por el oficio que desempeña de prevenir el delito y no la cumple. Según Michiels, la obligación que impone el oficio en este sentido ha de ser de índole jurídica.²⁶ Tal obligación debe formar parte, al menos parcialmente, del oficio. Desde esta perspectiva, muchos podrían haber sido responsables bajo ese canon por haber sido negligentes en sus deberes, si se prueba que han descuidado su “supervisión” sobre los sacerdotes culpables de abusos de menores.²⁷ Frente a ello habría que hacer dos puntualizaciones. Por una parte hay que distinguir adecuadamente entre obligación moral y jurídica.²⁸ Por otra, el oficio de obispo no está establecido para la vigilancia de los sacerdotes. La perspectiva anterior podría reflejar una visión en la que el obispo es vigilante o inquisidor de toda la actividad de los clérigos. Difícilmente tal visión puede dar razón de la relación existente entre el obispo y sus sacerdotes.

E. *Sujeto pasivo del delito*

Cuando se trata del delito del canon 2359 §2, el sujeto pasivo es siempre el menor de dieciséis años. El que se dé el consentimiento por parte del menor, es algo penalmente irrelevante. El clérigo involucrado de un delito con un menor es culpable de corrupción, y por ello, ha de ser castigado, independientemente de que haya habido consentimiento del menor.

F. *Sanciones*

La pena por el delito del canon 2359 §2 es la más severa en comparación con los delitos contemplados por los cánones 2357 y 2359 §1, algo totalmente acorde con la gravedad del delito.

El laico que cometía este delito con un menor era automáticamente declarado infame por disposición del mismo derecho, pena que sólo podía remitir la Santa Sede (a no ser de que se tratara de un caso oculto, pues entonces también podía remitirla el ordinario para supuestos urgentes; *cf.* canon 2237 §2). El ordinario era legitimado para añadir otras penas (canon 2357 §1).

²⁶ *Cfr.* Michiels, G., *De delictis et poenis*, Parisiis-Tornaci-Romae-Neo Eboracy, 1961, vol. I, p. 361. Él pone el ejemplo de la custodia del tabernáculo por parte del párroco.

²⁷ *Cfr.* Wood, S., *A Practical Commentary on the Code of Canon Law*, Nueva York, 1957, p. 456.

²⁸ *Cfr.* García Barberena, T., *Comentarios al Código...*, *cit.*, p. 270.

A los clérigos de órdenes menores se les imponían penas indeterminadas *ferendae sententiae*, en proporción a la gravedad de la culpa, hasta la expulsión del estado clerical. Es lógico pensar que el delito con un menor sería considerado de la mayor gravedad.

Los clérigos *in sacris* debían ser castigados con suspensión, ser declarados infames, ser privados de cualquier oficio, beneficio, dignidad o cargo que pudieran tener, y en los casos más graves, debían ser depuestos (canon 2359 §2).

II. LA INSTRUCCIÓN *CRIMEN SOLLICITATIONIS* (1962)

En la historia reciente del derecho penal canónico, contemporánea a la crisis de los abusos de los menores en la Iglesia, este documento ha tenido un papel muy relevante por la polémica que ha suscitado. No es fácil hacerse cargo de este hecho, ya que la Instrucción, hasta hace muy poco, era escasamente conocida y comprendida. Su existencia era desconocida para muchos canonistas e incluso obispos. Efectivamente, la *Crimen sollicitationis* fue distribuida con base en la necesidad de ser conocida para su aplicación a casos concretos. El carácter secreto que siempre ha acompañado a este documento (la misma Instrucción era calificada como secreta, debía ser custodiada diligentemente en el archivo secreto de la curia para uso interno, no podía ser publicada y no podía elaborarse ningún comentario sobre ella; los implicados en el proceso por ella diseñado estaban sujetos al “secreto del Santo Oficio”)²⁹ ha sido, sin duda, uno de los factores que más han atraído el interés de estudiosos y curiosos.

Como afirma Coughlin, debido a una descuidada traducción inglesa de la Instrucción que circuló durante la estela de la crisis, algunos interpretaron erróneamente que se exigía el mismo nivel de confidencialidad para los casos del abuso sexual de menores que para los de sollicitación en confesión. Esto dio pie a una afirmación de que la Iglesia había adoptado un procedimiento para el encubrimiento de los abusos sexuales.³⁰

1. *El crimen pessimum*

A. *Definición*

La Instrucción *Crimen sollicitationis* (1962), en su artículo 71 definía el *crimen pessimum* como “quodcumque obscœnum factum externum graviter

²⁹ Sobre la citada Instrucción, *cf.*: Beal, John, “The 1962 Instruction *Crimen sollicitationis*: Caught Red-Handed or Handed a Red Herring?”, *Studia Canonica*, vol. 41, 2007, pp. 199-236.

³⁰ Coughlin, John, *Canon Law*, Nueva York, OUP, 2011, p. 61.

peccaminosum quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum persona propii sexus”. En el artículo 73 establecía que “crimini pessimo, pro effectibus poenalibus, aequiparatur quodvis obscenum factum externum, graviter peccaminosum, quomodocumque a clérigo patratum vel attentatum cum impuberibus eiusque sexus vel cum brutis animantibus (bestialitas)”.

El objeto primario de la definición de *crimen pessimum* era, por tanto, el acto homosexual. Esto ha llevado a algún autor en afirmar que sólo secundariamente y exclusivamente a efectos penales, se puede extender el concepto de *crimen pessimum* al delito de un clérigo contra el sexto mandamiento con un impúber de uno u otro sexo o a la bestialidad.³¹ Sin embargo, el Santo Oficio, en una nota a los Moderadores Supremos de Institutos de Perfección, acerca del modo de proceder contra el religioso reos de *crimen pessimum*, resolvía la cuestión en gran medida. Al ofrecer una definición del delito incluía en él los actos homosexuales y el delito contra el sexto mandamiento perpetrado por un clérigo con un impúber de uno u otro sexo; la bestialidad quedaba fuera.³² En cualquier caso, la discusión no tiene una gran trascendencia práctica, porque el delito entra claramente dentro de la categoría de los reservados a la CDF (antes, Santo Oficio).

B. Configuración del delito

De acuerdo con la praxis del Santo Oficio, desde el punto de vista objetivo, los actos constitutivos del *crimen pessimum* no eran los limitados a actos venéreos completos, sino que también se incluían los denominados “actos imperfectos”, como miradas, besos, abrazos, etcétera, fruto de una intención libidinosa. Desde el punto de vista subjetivo o afectivo, una vez puesto el acto externo, se presume el dolo en el fuero externo.³³

Yanguas hace una triple división de los actos, en la que juega un papel importante la interrelación entre el elemento objetivo y el afectivo-subjetivo. Hay actos que son en sí mismos indiferentes. Hay otros que son por su propia naturaleza libidinosos y excitan la libido. Otros actos no siendo necesariamente en sí mismos libidinosos, pueden excitar fácilmente la libi-

³¹ Beal, John, *op. cit.*, p. 222; *cfi*: Profesores de Salamanca, *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1976, p. 872. Antes de la promulgación de la Instrucción, Yanguas se planteó la misma cuestión, sin llegar a una respuesta clara. *Cfi*: Yanguas, A., *op. cit.*, pp. 429 y 430.

³² *Supremae Sacrae Congregationis Sancti Officii, Notificatio ad Supremos Moderadores Institutum Perfectionis de modo procedendi contra religiosos reos criminis pessimi*, 1 de agosto de 1962, en Ochoa, X., *Leges Ecclesiae*, vol. 3, núm. 3072.

³³ Yanguas, A., *op. cit.*, p. 428.

do, como puede ser un beso o un abrazo como saludo habitual. Un clérigo acusado de *crimen pessimum* en relación a uno de los dos últimos tipos de actos, tendría que probar que no había intención libidinosa o que había justa causa para hacerlos.³⁴

En relación con los actos libidinosos, una justa causa podría ser la necesidad (los realizados por un médico en el tratamiento de un paciente). También tendrían justa causa un apretón de manos, un beso o un abrazo como modo habitual de saludo en una cierta región del cuerpo; incluso un saludo afectuoso dado a un joven en presencia de sus padres. Consecuentemente, “ubi secundum sanum viri prudentis timorataeque conscientiae iudicium actus externus positus nullam fundatam suspicionem libidinosae voluntatis pandit ibi sermo de «delicto» commissio moveri nequit”.³⁵

Como hemos dicho, el acto no tenía que ser completo. El atentado era suficiente para constituirse como delito. Lo importante era el acto realizado por el clérigo, resultando irrelevante la complicidad de la víctima.

C. *Sujeto activo del delito*

El sujeto activo era el clérigo, independientemente de que fuera de órdenes menores o mayores, como queda claro en el artículo 73 de la Instrucción. Los laicos no son tratados como sujetos activos de ninguno de los delitos regulados por la *Crimen sollicitationis*.

D. *Sujeto pasivo del delito*

El sujeto pasivo era cualquier impúber, varón o mujer. Por lo tanto, la delimitación del sujeto pasivo era más estrecha que en el delito contra el sexto mandamiento de un clérigo con un menor de dieciséis años del canon 2359 §2. Como hemos visto, un chico era considerado impúber si no había cumplido los catorce años, una chica, si no tenía los doce años. En consecuencia, si el sujeto pasivo del delito era una chica de trece años o un chico de quince, no estábamos ante un *crimen pessimum*, y por ello, no quedaba reservado al Santo Oficio. Coherentemente con lo anterior, no podemos identificar el *crimen pessimum* con el delito del canon 2359 §2.

³⁴ *Ibidem*, p. 429.

³⁵ *Idem*.

E. Sanciones

Según el artículo 72 del *Crimen sollicitationis*, las penas para aplicar por el *crimen pessimum* eran las mismas que las previstas por el artículo 61 relativo al delito de sollicitación, que a su vez también remite al canon 2368 §1. El mismo artículo 72 establecía que a la hora de determinar las penas contra estos delincuentes había que tomar en consideración, igualmente, el canon 2359 §2.

Las penas contempladas por el artículo 61 eran:

- Suspensión.
- Privación de cualquier oficio, beneficio, dignidad que pudiera tener; privación de voz activa y pasiva.
- Sea declarado infame.
- Deposición.
- En los casos más graves, el clérigo podría ser castigado con la degradación.

Como se ve, el clérigo culpable del *crimen pessimum* podía ser castigado con las penas más graves.

El artículo 62, haciendo referencia al canon 2218 §1, ofrecía una serie de criterios para evaluar la gravedad del delito y proceder al castigo justo, y proporcionado. Recordemos que el artículo 72 declaraba que lo establecido para el *crimen pessimum* era aplicable *mutatis mutandis* en la Instrucción para el delito de sollicitación. Había que tener en cuenta los siguientes factores:

- La cantidad de personas solicitadas y su condición, como por ejemplo, si se trata de un menor o de una persona especialmente consagrada a Dios por votos religiosos.
- La forma de la sollicitación, especialmente si está conectada con falsas doctrinas o un falso misticismo.
- Torpeza no sólo formal, sino también material de los actos cometidos, sobre todo aquellas sollicitaciones con conexiones con otros crímenes.
- La duración de la conducta inmoral.
- Reiteración del crimen.
- Recidiva (recaída) después de una admonición.
- La malicia del solicitador.

Establecía el artículo 63 que a la pena máxima de degradación, que en el caso de los religiosos podía conmutarse por la reducción al estado de hermano laico (converso), sólo se debía acudir como último resorte cuando, consideradas todas las cosas, parezca evidente que el reo con su malicia, el abuso del sagrado ministerio, el grave escándalo para los fieles y daño para las almas, ha alcanzado tal grado de temeridad y de hábito que no parezca haber casi ninguna esperanza, humanamente hablando, de enmienda.

El artículo 64 preveía además algunas posibles sanciones suplementarias. Como puede observarse, no había una única solución para todos y cada uno de los casos de solicitación o *crimen pessimum*. Para llegar a una decisión justa, había que sopesar todos los elementos para que hicieran posible un fallo que garantizara la justicia de todas las partes implicadas. Una vez más se comprueba que la condición de menor era un agravante. Cuanto más joven era el menor, más grave se consideraba el delito, y más severa podría ser la pena. Era tarea del tribunal valorar prudentemente todos los elementos y las pruebas para ajustar lo más posible la justicia al caso concreto.

III. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL SEXTO MANDAMIENTO EN EL CIC DE 1983

1. *El canon 1395*

El código vigente regula estos delitos en el canon 1395, que reza lo siguiente:

Canon 1395 § 1. El clérigo concubinario, exceptuado el caso del que se trata en el can. 1394, y el clérigo que con escándalo permanece en otro pecado externo contra el sexto mandamiento del Decálogo, deben ser castigados con suspensión; si persiste el delito después de la amonestación, se pueden añadir gradualmente otras penas, hasta la expulsión del estado clerical.

§ 2. El clérigo que cometa de otro modo un delito contra el sexto mandamiento del Decálogo, cuando este delito haya sido cometido con violencia o amenazas, o públicamente o con un menor que no haya cumplido dieciséis años de edad, debe ser castigado con penas justas, sin excluir la expulsión del estado clerical, cuando el caso lo requiera.

La fuente reconocida de este canon es el 2359 del CIC de 1917. La primera gran diferencia que se observa con respecto al Código Pío Benedictino es la renuncia al tratamiento y castigo de estos delitos por parte de los laicos, como hacía el canon 2357 del anterior código. Tampoco hay ninguna referencia a los clérigos de órdenes menores, pues éstas fueron suprimidas por

Pablo VI. El canon no tipifica los diferentes delitos contra el sexto tal y como hacía su paralelo 2359 del CIC de 1917, dándose una gran relevancia a la genérica expresión “pecado externo (delito) contra el sexto mandamiento del Decálogo”. Tampoco tiene ya consideración delictiva la comisión de una (única) acción contra el sexto mandamiento, si no está involucrado un menor, o no se ha realizado públicamente o con fuerza o amenazas. El §3 del canon 2359 del CIC de 1917 no tiene una norma paralela en el código de 1983.

Para los autores, la materia de estos delitos sería un pecado contra el sexto mandamiento en tanto que sea externo y constituya un pecado mortal.³⁶ Muchos comentaristas concuerdan en que debe tratarse de un pecado grave.³⁷ De acuerdo con una respuesta del Santo Oficio de 1873, entre los actos externos que constituyen materia de pecado estaban incluidos meros tocamientos, palabras, abrazos, miradas, etcétera.³⁸

El canon está dividido en dos párrafos diferenciados. Todos los delitos que enumera son graves violaciones del sexto mandamiento. En algunos delitos (los del § 1) la gravedad se manifiesta en la prolongación en el tiempo de la situación gravemente ilícita creada (el concubinato, por ejemplo). En otros, la gravedad es valorada por el legislador en relación con una serie de circunstancias que agudizan seriamente el daño producido a otras personas (con un menor de edad, con violencia), a la comunidad (públicamente) y, siempre, al bien común de la Iglesia.

Los delitos castigados en el 1395 §1 son los siguientes:

- 1) El concubinato que consiste en la relación sexual estable, en este caso, de un clérigo con una mujer. El elemento sustancial definidor del delito es la estabilidad y continuidad en el trato carnal o sexual. Es indiferente que la mujer viva bajo el mismo techo que el clérigo o alejada de él. Por otra parte, el canon no exige que se trate de un hecho público. Por tanto, el concubinato oculto ya sería punible.
- 2) También se castiga cualquier otro pecado contra el sexto mandamiento del Decálogo que reúna las siguientes características: *a)* ha de tratarse de una violación externa, a efectos del canon 1321; *b)* una situación permanente, y *c)* escándalo.

³⁶ Núñez, G., *Tutela penal del sacramento de la penitencia*, Pamplona, 2000, p. 53.

³⁷ Arias, J., *Comentario al c. 1395*, en Varios autores, *Código de Derecho Canónico. Edición anotada*, 7a. ed., Pamplona, 2007, pp. 886 y 887.

³⁸ “In materia turpia... comprehendi nedum tactus, verum omnia peccata gravia et exterius commissa contra castitatem, etiam illa, quae constituent in meris colloquiis et adspectibus, qui complicitatem important”. SCISO, 28.V.1873. Tomado de Capello, F. M., *Tractatus canonico-moralis, cit.*, vol. II, núm. 417.

Estos delitos deben ser castigados con una suspensión. Si después de ser amonestado, el autor persiste en el delito, se pueden añadir gradualmente otras penas, hasta llegar a la expulsión del estado clerical.

En cuanto al §2, hay que decir que el texto legal parece contener implícita la consideración como delictiva de cualquier violación externa del sexto mandamiento del Decálogo,³⁹ aunque a efectos de punibilidad sólo sean relevantes las que reúnan las características enumeradas a continuación. En el §1 del canon es explícita la identificación entre delito y pecado. Se hace referencia al “clérigo que con escándalo permanece en otro pecado externo contra el sexto mandamiento del Decálogo”; luego añade: “si persiste el delito...”. En la redacción del §2 canon “se nota una cierta tensión: por una parte se califican como delito todas las violaciones externas del sexto mandamiento; por otra, se precisa que se debe tratar de violaciones con determinadas características”.⁴⁰

Para Nigro⁴¹ la materia del delito es la que cae dentro del sexto mandamiento del Decálogo, que abarca todos los actos graves consumados de lujuria, ya sean *iuxta natura* o *contra natura*.

Al determinar qué comportamientos puedan suponer, objetivamente hablando, una violación del sexto mandamiento del Decálogo puede no resultar fácil en algunos casos, especialmente si se hace una interpretación tan extensa como propugnan la mayoría de los autores. El catecismo de la Iglesia Católica afirma que la “tradición de la Iglesia ha entendido el sexto mandamiento como referido al conjunto de la sexualidad humana” (núm. 2336). El tratamiento penal de la cuestión probablemente reclame más matices, pues en un ámbito de límites tan amplios cualquier violación externa de la castidad podría tener la consideración de delito. En algunos periodos históricos, dentro del campo de la teología moral, la apelación al sexto mandamiento del Decálogo implicaba de modo directo y explícito al adulterio, y de modo indirecto o implícito a cualquier ofensa contra la castidad, y así lo expusieron algunos manualistas clásicos.⁴² Esto podría dar pie a una interpretación más estricta, quizá más acorde con la naturaleza del derecho

³⁹ Cfr. Borrás, A., *Les Sanctions dans l'Eglise*, París, 1990, p. 193; Benz, M., *Comentario al c. 1395*, en Benlloch, A., *Código de Derecho Canónico*, 10a. ed., Valencia, 2002, p. 614. Estos autores así parecen considerarlo. Se podrá estar de acuerdo o no, pero el texto da pie a ello.

⁴⁰ Cfr. De Paolis, V., “Delitti contro il sesto comandamento”, *Periodica*, vol. 82, 1993, pp. 305 y 306.

⁴¹ Nigro, F., “Comentario al c. 1395”, en Pinto, P. V., *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Roma, 1985, p. 819.

⁴² Para una discusión más amplia en torno a qué comportamientos podrían calificarse moralmente como violación del sexto mandamiento del Decálogo, cfr. Touhey, J., “The Correct Interpretation of Canon 1395: the Use of the Sixth Commandment in the Moral

penal. En cualquier caso, la expresión “delito contra el sexto mandamiento del Decálogo” resulta confusa y de difícil interpretación (y aplicación) en más de un caso.⁴³

Los delitos especificados en el §2 son acciones concretas y no comportamientos habituales o permanentes; acciones que son consideradas de una gravedad especial tanto por el derecho canónico como por la sociedad actual.

En el delito con un menor resulta irrelevante el consentimiento de éste. Si por una parte el código no castiga el pecado externo con un adulto que consiente, no se puede decir lo mismo en absoluto en el caso de un menor.

La palabra “públicamente” no parece referirse a que el hecho se haya divulgado o que por las circunstancias en las que se realizó se estime que se divulgará fácilmente (*cf.*: canon 2197 §1 CIC 17), sino al delito cometido públicamente, en un lugar público o abierto a la gente, aunque sólo lo vean unos pocos y, de hecho, no se divulgue.⁴⁴

El código no castiga explícitamente la relación esporádica que pudiera tener el clérigo con un adulto consintiente o un acto aislado de homosexualidad.⁴⁵

Las penas previstas por estos delitos son todas *ferendae sententiae* preceptivas (“debe ser castigado con penas justas”), sin excluir la expulsión del estado clerical.

2. *Delitos contra el sexto cometidos con un menor*

Cuando nos referimos a los delitos con un menor salen a relucir muchos y nuevos problemas, complejos en muchos casos. Piénsese en la asociación que en numerosos casos se establece entre estas conductas y alteraciones como la pedofilia o la efebofilia. A esto hay que añadir que los actos comprendidos en el tipo delictivo no tienen necesariamente que incluir contacto físico o un abuso directo. Basta con un abuso indirecto, como mostrar

Tradition from Trent to the Present Day”, *The Jurist*, vol. 55, 1995, pp. 592-631. Lüdicke, K., “Comentario al c. 1395”, *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen, 1985.

⁴³ Los obispos de Estados Unidos, en una instrucción de 1995, recomendaban a los tribunales en los casos dudosos, a acudir a los escritos de reconocidos moralistas o pedir orientación para el caso a especialistas. National Conference of Catholic Bishops, *Canonical Delicts Involving Sexual Misconduct and Dimissal from the Clerical State*, Washington, 1995, p. 6.

⁴⁴ *Cf.*: Chiappetta, L., *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, Roma, 1996, p. 686; De Paolis, V., *Delitti contro il sesto...*, *cit.*, pp. 305 y 306.

⁴⁵ Algunos autores se han planteado si dentro de los supuestos previstos en este §2 encajarían figuras como la del acoso sexual, simple manipulación o el engaño. *Cf.*: Provost, J. H., *op. cit.*, p. 662.

pornografía a un menor, la comisión de actos indecentes del clérigo en presencia de un menor, como podría ser el exhibicionismo. Parece que los elementos configuradores serían un “pecado externo” y la edad de la víctima.

El hecho de que el canon 1395 utilice la expresión “pecado externo contra el sexto mandamiento” como referencia a lo que es constitutivo de delito, hace que no se distingan adecuadamente los contornos morales y jurídico-penales del problema. Se comprende entonces que se empleen expresiones como “pecado-delito”⁴⁶ o se hable del pecado externo como equivalente a un delito. Todo delito es pecado, pero no todo pecado es delito sino sólo aquellas acciones que reúnan todos los elementos configuradores del delito.

Cuando nos acercamos a los límites del canon 1395 §2 adquiere sentido la pregunta ¿Son relevantes sólo los pecados mortales o también los veniales? Parecería lógico que la respuesta fuera que lo que hay que tomar en consideración son los pecados mortales. Pero como afirma Touhey,⁴⁷ los actos contra la castidad han sido entendidos por la tradición como objetivamente graves, más aun cuando son externos. Lo anterior es una afirmación que puede resultar iluminadora en el terreno moral, mas en el ámbito canónico-penal parece necesario de discriminación, para saber distinguir la diversa gravedad objetiva y subjetiva de la acción, con vistas, entre otras cosas, a determinar el castigo justo y proporcionado. Hay que tener en cuenta que el canon 1395 §2 habla de castigar al clérigo “con penas justas, sin excluir la expulsión del estado clerical, cuando el caso lo requiera”. El CIC de 1917 declaraba que “en los casos más graves, han de ser depuestos”. Por lo tanto, aun siendo todos los actos graves, algunos lo son más que otros. Un sacerdote que muestra imágenes impúdicas o tiene conversaciones imprudentes con un menor comete una acción grave. Lo mismo se podría decir del que tiene comportamientos exhibicionistas, o muestras desproporcionadas y/o injustificadas de afecto. Y, desde luego, es grave violar a una menor; sin embargo, es posible establecer una gradación entre ellas, más aun con vistas a la imposición de una pena. De no ser así, cualquier acción de este tipo podría ser castigada con la expulsión del estado clerical, basándose en la gravedad moral (genérica) de esas conductas. En la actuación penal hay que basarse en criterios más rigurosos y estrictos.

⁴⁶ Di Mattia, G., “Comentario al c. 1395”, en Marzoa, A. *et al.*, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, 3a. ed., Pamplona, 2002, vol. IV-1, p. 581.

⁴⁷ Touhey, J., *op. cit.*, p. 623.

3. *Sujeto activo del delito contra el sexto mandamiento con un menor*

El sujeto activo del delito del canon 1395 §2 es el clérigo que comete tales acciones. En general, los delitos del canon 1395 sólo parecen contemplar a un clérigo (diácono, sacerdote u obispo) como autor, ya sea secular o religioso, sin posibilidad de extensión a los laicos.⁴⁸ Algunos han afirmado que también encajaría en el canon 1395 el delito cometido por quien en el momento del crimen no era todavía clérigo. Esta teoría encuentra escaso o nulo apoyo en la mayoría de los comentadores del código. El propio texto del código parece ser un obstáculo claro a esa interpretación: “clericus qui aliter contra sextum Decalogi praeceptum deliquerit...”.

4. *Sujeto pasivo del delito contra el sexto mandamiento con un menor*

El sujeto pasivo del delito es el menor de 16 años, de uno u otro sexo. El canon reproduce el viejo canon 2359 §2 del CIC de 1917. Se han producido algunas modificaciones de relieve en la legislación de la Iglesia sobre este aspecto. En el ámbito de los Estados Unidos de América, el rescripto de 1994 amplió la edad a 18 años. En dicha jurisdicción, el sujeto pasivo es cualquier menor, según la norma del canon 97 §1 del Código, que establece: “la persona que ha cumplido dieciocho años es mayor; antes de esa edad, es menor”. La misma derogación se produjo en Irlanda en 1996. El M. P. *Sacramentorum Sacritatis Tutela* amplió la edad para toda la Iglesia a 18 años.

5. *Algunas cuestiones relevantes (I): algunas circunstancias eximentes y atenuantes*

Cuando tratamos el delito de abuso de menores habremos en detenernos, aunque sea brevemente, en algunos factores que pueden afectar a la imputabilidad de la acción criminosa que han jugado un papel importante a la hora de aplicar las penas correspondientes por el delito contra el sexto mandamiento con un menor.

⁴⁸ No opina lo mismo Chiappetta. Para él, entre los sujetos activos de los delitos del canon 1395 §1 habría que incluir el cómplice del clérigo (Chiappetta, L., *op. cit.*, p. 686). Sin embargo, esta no parece ser la opinión mayoritaria. De Paolis afirma que “le ipotesi delittuose riguardano solo le violazioni compiute da un chierico”. “Non si può pertanto dire che rei delle diverse figure di delitti di cui nel canone sone anche i cooperatori necessari, in forza del can. 1329” (*Delitti contro il sesto...*, *cit.*, p. 298). Profesores de Salamanca, *op. cit.*, p. 729: “el canon tipifica diferentes delitos cometidos por clérigos... El elemento común a todos ellos es que el autor debe ser un clérigo”.

Dentro de las circunstancias atenuantes y eximentes previstas por el Código, nos vamos a fijar sólo en aquéllas que nos parecen de mayor interés para nuestro propósito.

Establece el canon 1322: “se consideran incapaces de cometer un delito quienes carecen habitualmente de uso de razón, aunque hayan infringido una ley o precepto cuando parecían estar sanos”

De lo dispuesto por el canon 1323, nos interesa el núm. 6: “no queda sujeto a ninguna pena quien, cuando infringió una ley o precepto: 6o., carecía de uso de razón, sin perjuicio de lo que se prescribe en los cánones 1324 §1, 2o. y 1325”.

El canon 1324 regula las circunstancias atenuantes de la punibilidad, del que nos concierne lo siguiente: “§ 1 El infractor no queda eximido de la pena, pero se debe atenuar la pena establecida en la ley o en el precepto, o emplear una penitencia en su lugar, cuando el delito ha sido cometido: 1ro, por quien tenían sólo uso imperfecto de razón; 2do, por quien carecía de uso de razón a causa de embriaguez u otra perturbación semejante de la mente, de la que fuera culpable”.

A. *Pedofilia*

Es objeto de discusión el impacto que la pedofilia (un concepto todavía relativamente nuevo en la ciencia médica) pueda tener en las facultades intelectivas y volitivas de un sujeto. Sin embargo, la posibilidad de que ésta pueda disminuir la imputabilidad es un punto crítico en el estudio del delito del canon 1395 §2. Todo parece indicar que cada caso reclamará una delicadísima labor prudencial del juez que deberá tener en cuenta la situación y las circunstancias subjetivas del sujeto que padece estas alteraciones.

Es algo generalmente aceptado que quien sufre estas desviaciones es capaz de entender lo que está haciendo, por lo que, en principio no le sería aplicable el canon 1322.

Está la percepción general de que no son personas totalmente libres en su obrar y que la desviación que padecen podría constituir un genuino trastorno mental. Esto podría dar lugar a un efecto atenuante sobre la imputabilidad y, consecuentemente, sobre la punibilidad. Muchos tribunales son reticentes en aceptar un efecto eximente. Habría que recordar los conocidos casos de John Geoghan y James Porter, ambos condenados en tribunales civiles sin ninguna mitigación.

Parece importante determinar el estado mental de la persona en el momento de actuar. Las opiniones son muy variadas al respecto. Para algunos,

al verdadero pedófilo le resulta muy difícil y, en ocasiones, hasta imposible, resistir a la urgencia que siente de buscar satisfacción sexual. Debido a su escasa capacidad para el autocontrol, el trastorno que padece disminuiría la imputabilidad para un delito canónico.⁴⁹ En algunas parafilias, como por ejemplo el exhibicionismo —se piensa que en ocasiones— como consecuencia de un irresistible impulso que anula completamente las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto, sería posible apelar a una circunstancia eximente de la punibilidad que dejaría sin castigo al infractor.

En el caso de la pedofilia, la idea de una desviación como factor totalmente eximente, no es algo aceptado de modo general. La razón es que este tipo de delitos, por su propia naturaleza, generalmente requieren una cierta planificación y gasto de tiempo para buscar o crear la oportunidad para abusar, y el recurso a técnicas de *grooming*, que tienen lugar a lo largo de un periodo de tiempo.⁵⁰ Debido a las numerosas actuaciones que se realizan según un plan y el tiempo que implican, resulta difícil que se pueda apelar con éxito a la circunstancia de que uno estaba actuando bajo un fuerte impulso. Por ello, resulta complicado poder defenderse argumentando que la capacidad volitiva había sido anulada.

Podemos afirmar que en el derecho canónico es aceptado que la pedofilia constituye una grave desviación que puede disminuir, incluso seriamente, la imputabilidad, sin que esto conduzca a aceptar la no-imputabilidad por los delitos cometidos. Podemos encontrarnos con casos en los que un clérigo haya cometido uno o varios delitos con un menor y por lo cual adquiriera una responsabilidad penal ante la ley penal estatal y los tribunales civiles, y consecuentemente sea sancionado. Pero el derecho canónico no puede dejar de reconocer la influencia mitigadora de la imputabilidad de este tipo de trastornos, de modo que el castigo se deberá atenuar.⁵¹ En general, los autores reconocen la dificultad que entrañan estos casos, y por tanto aconsejan a las autoridades competentes que actúen con prudencia en esta área a la hora de

⁴⁹ Doyle, T., "The Canonical Rights of Priests Accused of Sexual Abuse", *Studia Canonica*, vol. 24, 1990, pp. 353 y 354.

⁵⁰ *Grooming* se refiere a un conjunto de comportamientos orientados a atraer a las víctimas para participar en la conducta abusiva, a través del ofrecimiento de regalos o haciendo especiales favores, como ir a eventos deportivos, campamento de vacaciones, estar durante la noche con el sacerdote, permitir o enseñar a conducir a la víctima, dando dinero a la víctima, alcohol o drogas. Por otra parte, muchos crean esas oportunidades e incluso construyen relaciones con la familia de la víctima para ganarse su confianza. Cfr. John Jay College of Criminal Justice, *Causes and Context of Sexual Abuse of Minors by Catholic Priests in the United States, 1950-2010*, p. 102.

⁵¹ The Canon Law Society of Great Britain and Ireland, *The Canon Law Letter and Spirit*, London, 1996, p. 805.

crear modelos de praxis de actuación, y se consulten con psicólogos y otros especialistas antes de actuar penal o disciplinalmente.⁵²

B. *Uso de alcohol y drogas en el abuso de menores*

Dentro del proceso de *grooming*, los sacerdotes abusadores han utilizado una variada serie de elementos “seductivos”, incluyendo drogas y alcohol. En el estudio realizado por el John Jay College se encontró que el uso de alcohol y drogas por los sacerdotes abusadores se incrementó significativamente en los años más álgidos de la crisis de abusos en Estados Unidos (los años setenta y ochenta), mas sólo para las víctimas varones. El aumento del uso de alcohol y drogas por los abusadores fue consistente con el incremento del abuso de varones, y éste era consistente con el incremento de abusos de menores.⁵³

Un dato significativo es que el alcohol y las drogas eran un recurso frecuente no en los pedófilos “fijados”,⁵⁴ que se sienten primariamente atraídos por los niños, sino en los abusadores situacionales o “regressed”.⁵⁵ Donde ha habido uso de alcohol por parte de ambos, sacerdote y menor, como una incitación (incentivo) al menor, es más improbable que la apelación a la intoxicación como atenuante o eximente en la defensa pueda ser usada. No obstante, hay una gran evidencia de que el alcohol es comúnmente usado como desinhibidor. Algunos estudios muestran que entre el 45% y el 50% de los pederastas tenían historias de abuso de alcohol. Muchos estudios dan noticia de la frecuencia de la implicación del alcohol en los pedófilos durante la comisión de sus crímenes. Parece claro que el alcohol sirve como medio de desinhibición para el pedófilo.⁵⁶ En tal caso el uso del alcohol entraría dentro de la que denominaríamos planificación del delito y podría mostrar evidencias de la *mens rea* o mente culpable. Por lo tanto, en muchos casos no resulta fácil considerar la intoxicación alcohólica como un factor totalmente

⁵² Coriden, James *et al.*, *New Commentary on the Code of Canon Law*, Nueva York, 2000, p. 1599.

⁵³ John Jay College, *Causes and Context Report...*, *cit.*, p. 103.

⁵⁴ Son pedófilos fijados aquellos que tienen un exclusivo interés en niños y no en adultos. El “regressed” y situacional tienen interés en niños, y en adultos y generalmente sólo vuelven a los niños en momentos de estrés o ansiedad. *Cfr.* Keller, G., “Sexual Abuse of Minors”, *Human Development*, vol. 7, 1986, p. 30. Citado en Paulson, Jerome, “The Clinical Considerations of Pedofilia: The Bishops Role”, *Studia Canonica*, vol. 22, 1988, p. 112.

⁵⁵ John Jay College, *Causes and Context Report...*, *cit.*, p. 103.

⁵⁶ Keller, G., *op. cit.*, p. 33. Citado en Paulson, Jerome, “The Clinical Considerations...”, *op. cit.*, p. 93.

eximente o excusante. Sin embargo, es cierto que no se puede pasar por alto la posibilidad de la concurrencia de pedofilia con dependencia alcohólica. También en estos supuestos habría que estudiar los diferentes factores caso por caso. Ahora bien, el uso de alcohol no nos podría llevar inmediatamente a la consideración de una causa atenuante, sino que bien podría suponer, por el contrario, una evidencia de un patrón de conducta típico de abuso.

En cualquier caso, hay que ser cautelosos. El comportamiento con un niño en sí mismo no es suficiente para llegar a un diagnóstico de pedofilia, al igual que un incidente o de intoxicación no constituye una prueba clínica de alcoholismo.⁵⁷ Sólo en un 4% de los abusos podemos hablar de verdaderos pedófilos. No se trataba propiamente de una crisis de pedofilia, y por tanto, una defensa basándose en una enfermedad (trastorno) consecuencia de la pedofilia era realmente posible en un número muy limitado de personas. Da la impresión que el abuso de alcohol y drogas ha supuesto un problema mucho más real y, a lo mejor, hubiera merecido una mayor atención.

Dada la gravedad y la mala reputación de estos casos, es difícil que estas circunstancias puedan tener posibilidades de éxito como eximentes. De hecho, en muchos casos, el mero hecho de cometer un delito contra el sexto mandamiento con un menor ha sido considerado como un agravante por la inocencia y la corta edad de la víctima, la dignidad de la que está investido el sacerdote (que demanda de él una particular santidad de vida) y el abuso de poder involucrado. Igualmente, hay que tener en cuenta el grave escándalo que estos crímenes producen en la comunidad y su repercusión en la pérdida de la fe de tantos.

6. Sanciones

Podemos observar un cambio en las penas previstas en el canon 1395, con respecto a aquellas otras del canon 2359 del CIC de 1917. El código vigente parece castigar con más contundencia los delitos del canon 1395 §1 que los del §2. Si bien es cierto que en ambos casos se puede llegar a la pena máxima de expulsión del Estado clerical, en el §1 está prevista una pena de suspensión preceptiva, cosa que no ocurre en el §2, que sólo habla de penas justas. Da la impresión de que el foco de atención se centra al posible escándalo que acarrearían los delitos de concubinato o la permanencia (con escándalo) en un pecado externo contra el sexto mandamiento.

⁵⁷ Doyle, T., "The Canonical Rights of Priests Accused of Sexual Abuse", *Studia Canonica*, vol. 24, 1990, pp. 350 y 351.

Por lo tanto, en una primera aproximación, parecen haberse invertido las prioridades. El concubinato y otros delitos permanentes han pasado a un puesto central, mientras que los otros delitos, sin ser relegados, pierden la prominencia que les atribuía el Código de 1917. El delito contra un menor aparece como último en la enumeración que hace el §2, mientras que en el canon 2359 §2 era mencionado en primer lugar.

Podemos encontrar algún dato de interés en el proceso de redacción del Código de 1983. En realidad, el único debate serio que se dio fue acerca del canon precedente del actual 1395 §1. Algunos de los peritos propusieron que se castigara el concubinato con la pena de excomunión, mientras que otros proponían la pena de suspensión *latae sententiae* si el caso era notorio. Al final quedó más o menos como aparece en el canon 1395 §1. Con respecto al canon 1395 §2 (entonces canon 69 §2), no consta ningún comentario.⁵⁸

Aunque el castigo parezca ser más severo en el canon 1395 §1 que en el canon 1395 §2, hay que dejar claro que la posibilidad de imponer la máxima pena queda en las manos del juez en ambos casos. Algunos han afirmado que las diferentes circunstancias agravantes de los delitos del §2 (públicamente, con violencia, amenazas, con menores) necesitan ser valoradas en cada caso por el juez, y por ello no se prevé una pena determinada *a priori*,⁵⁹ dejando al juez un mayor margen de actuación.

El cambio en la relevancia dada a tales delitos pudo ser causado por el comportamiento inmoral de algunos sacerdotes que proliferó en el periodo posconciliar del Vaticano II. Se produjo un declive general de la moralidad y, quizá, el legislador se vio urgido por la necesidad de corregir esos abusos de una parte del clero, que públicamente parecía hacer desdén del celibato.⁶⁰

Puede resultar extraño que precisamente durante el periodo en que el abuso de menores en su punto álgido, no se tomara ninguna medida para atajar la situación en una ocasión tan propicia, como era la reforma del código. Pero hay que tener en cuenta que estos delitos no fueron denunciados en su mayoría y pasaron, en gran medida, desapercibidos para muchas conferencias episcopales. Consecuentemente, estos delitos pasaron inadvertidos para los redactores del CIC. La evidencia de tales delitos sólo fue plenamente apreciada alrededor de una década después. Por tal motivo, no

⁵⁸ Cfr. "Communicaciones" 9, 1977, p. 316.

⁵⁹ Cfr. Di Mattia, G., *op. cit.*, p. 582; Bernal, J., *Regulación de los delitos...*, *cit.*, p. 64.

⁶⁰ Para Di Mattia, la razón bien pudo ser la protección del consejo evangélico más vulnerable, la castidad, la "perla del sacerdocio católico", que en la época de los trabajos de redacción del nuevo código parecía ser el más severamente amenazado con el surgimiento de la revolución sexual. Cfr. Di Mattia, G., *op. cit.*, p. 580.

debemos ser injustos a la hora de valorar el trabajo que entonces realizaron los redactores.⁶¹

También opinan algunos que el canon 1395 §1 fue dejado más abierto porque el juez tenía que tomar en consideración el eventual castigo de la autoridad civil, tal y como está previsto por el canon 1344, 2, pues los delitos del canon 1395 §2 tienen frecuentemente la consideración de delito civil, al contrario de lo que ocurre generalmente con los del canon 1395 §1.⁶² La ley civil castiga habitualmente todo lo relacionado con la corrupción de menores, pero no la violación de las obligaciones especiales por parte de los clérigos.

En cualquier caso, el texto del canon 1395 parece sugerir que el delito contra los menores ha perdido la prominencia que tenía en el CIC de 1917.

IV. EL *M. P. SACRAMENTORUM SANCTITATIS* *TUTELA*, VERSIÓN MODIFICADA DE 2010

Como es sabido, el *m. p. Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, que contiene las *Normae de gravioribus delictis*, fue modificado por decisión del Romano Pontífice el 21 de mayo de 2010, y contiene importantes novedades en la materia que a nosotros nos interesa.

Concretamente, el artículo 6o. dice así:

§ 1. Los delitos más graves contra la moral, reservados al juicio de la Congregación para la Doctrina de la Fe, son:

1o. El delito contra el sexto mandamiento del Decálogo cometido por un clérigo con un menor de 18 años. En este número se equipara al menor la persona que habitualmente tiene un uso imperfecto de la razón.

2o. La adquisición, retención o divulgación, con un fin libidinoso, de imágenes pornográficas de menores, de edad inferior a 14 años por parte de un clérigo en cualquier forma y con cualquier instrumento.

§ 2. El clérigo que comete los delitos de los que se trata en el § 1 debe ser castigado según la gravedad del crimen sin excluir la dimisión o la deposición.

⁶¹ “One must remember that the code was drafted and promulgated in the early in the 70’s and early 80’s somewhat prior to the notable emergence of the scandal of clerical abuse of minors in the United States and elsewhere. At that time, church authorities and canonists were much less aware than today or the broad and complex implications of this tragic development”. Coriden, James *et al.*, *op. cit.*, nota 295, p. 1600.

⁶² De Paolis, V. y Cito, D., *Le sanzioni nella Chiesa*, Ciudad del Vaticano, 2000, p. 361.

1. *El delito contra el sexto mandamiento del Decálogo cometido por un clérigo con un menor de 18 años*

Este delito es el del canon 1395 §2, aunque allí se habla de menores de 16 años. El documento ha introducido modificaciones de relieve.

A. *Sujeto activo*

El sujeto activo es, sin duda, el clérigo, es decir el que ha recibido el sacramento del orden, independientemente de que sea secular o religioso. Si el delito es cometido por un religioso que no ha recibido las órdenes, entonces no estamos ante un delito reservado. Probablemente debido a que hubo a quienes les causó perplejidad tal distinción en materia tan grave, Mons. Scicluna declaró que se estaba estudiando la cuestión de incluir bajo la ley a los religiosos no clérigos.⁶³

En el caso del artículo 6o., §2, el sujeto activo es el clérigo involucrado en la adquisición, distribución o retención de imágenes pornográficas de menores de 14 años para gratificación sexual.

Al hablar de clérigos incluimos tanto obispos como sacerdotes o diáconos. El artículo 1o., §2 establece que: “la Congregación para la Doctrina de la Fe tiene el derecho de juzgar a los Padres Cardenales, a los Patriarcas, a los legados de la Sede Apostólica, a los Obispos y, asimismo, a las otras personas físicas de que se trata en el can. 1405 § 3 del Código de Derecho Canónico”.⁶⁴

B. *Sujeto pasivo*

Hay dos elementos que distinguen este delito del previsto en el canon 1395 §2.

La edad del menor ha sido elevada de 16 a 18 años. Como es sabido, el rescripto de 1994 dado por Juan Pablo II para el territorio de la Conferen-

⁶³ Scicluna, C.J., *Procedure and Praxis of the CDF*, en Dugan, Patricia (ed.), *The Penal Process and the Protection of Rights in Canon Law*, Montreal, 2005, p. 20. No parece haber tenido consecuencias esa preocupación.

⁶⁴ Canon 1405 §3: “está reservado a la Rota Romana juzgar: 1°. a los Obispos en causas contenciosas, quedando firme lo prescrito en el can. 1419, § 2; 2°. al Abad primado, al Abad superior de una Congregación monástica y al Superior General de los Institutos religiosos de derecho pontificio; 3°. a las diócesis o a otras personas eclesíásticas, tanto físicas como jurídicas, que no tienen Superior por debajo del Romano Pontífice”.

cia episcopal de los Estados Unidos, ya había hecho lo propio. La gravedad del delito ha podido motivar el aumento de la edad para toda la Iglesia. La nueva edad ahora incluye a todos los menores sin distinción, pues la mayoría de edad está fijada en ambos códigos eclesiales en 18 años. La nueva legislación está igualmente más en línea con la normativa civil, en la que la edad para el consentimiento, que suele coincidir con la mayoría de edad, es en la mayor parte de los casos de 18 años.

Por tanto, han desaparecido las distinciones que se hacían por edades según las diferentes configuraciones del delito. El *crimen pessimum* contemplaba el delito con un impúber y estaba reservado al Santo Oficio por la *Crimen sollicitationis*. Cuando el menor era un púber por debajo de 16 años (canon 2359 §2 del CIC de 1917 y canon 1395 §2 del CIC de 1983), el delito no quedaba reservado al Santo Oficio (o CDF). Antes de la promulgación de SST, algunos casos de abusos de menores entre 16 y 18 años eran tratados bajo el canon 1399.⁶⁵ Sin embargo, el juez no podía imponer la pena de expulsión del estado clerical u otra pena perpetua, pues el canon 1349 prohíbe la imposición de tales penas cuando la pena prevista es indeterminada.

Una segunda novedad importante es que la persona que habitualmente tiene una carencia de uso de razón, de modo que es habitualmente imperfecto, se equipara al menor. Por lo tanto, bajo este nuevo delito, se puede castigar a una persona con más de 18 años de edad, pero con esa merma del uso de razón. La norma considera que tales delitos cometidos con personas que tienen semejante hándicap mental o psicológico son igual de graves que los cometidos con un menor de 18 años, cuando se trata de ofensas contra el sexto mandamiento. Se entiende que la norma trata de proteger a personas vulnerables frente a abusos en materias en las que su capacidad para el consentimiento está muy afectada.⁶⁶ Resulta razonable y lógica la extensión del delito con un menor a estos casos.

Hay quien ha sugerido que este nuevo delito podría estar incluido en el canon 1395 §2, que castiga los delitos contra el sexto mandamiento cometidos con violencia, independientemente de la edad de la víctima. Según esta interpretación, el delito de abuso de una persona que tiene una carencia de uso de razón entraría dentro de esta categoría.⁶⁷

⁶⁵ “Aparte de los casos establecidos en esta u otras leyes, la infracción externa de una ley divina o canónica sólo puede ser castigada con una pena ciertamente justa cuando así lo requiere la especial gravedad de la infracción y urge la necesidad de prevenir o de reparar escándalos”.

⁶⁶ Cf. Sánchez, J. L. y Girón, Renedo, “Delitos contemplados en las normas «*De Gravioribus Delictis*» del año 2010”, *Estudios Eclesiásticos*, vol. 85, 2010, pp. 731-767 (735).

⁶⁷ Cf. Cito, D., “Las nuevas normas sobre los «delicta graviora»”, *Ius canonicum*, vol. 50, 2010, p. 654.

El canon 99 dispone que “quien carece habitualmente de uso de razón se considera que no es dueño de sí mismo y se equipara a los infantes”. El supuesto que contempla el canon no es el mismo que el de las normas *De Gravioribus Delictis*. El canon habla de quien carece habitualmente de uso de razón, mientras que las normas hablan de quién habitualmente tiene uso imperfecto de razón. No es necesario, por tanto, que la víctima carezca de uso de razón, sino que basta con que tenga un uso imperfecto para que la acción sea constitutiva de delito. Por otra parte, el canon equipara a los que carecen de uso de razón como los infantes, mientras que las normas los equipara al menor. Digamos que el canon va más allá.

Es posible que una víctima que habitualmente tiene uso imperfecto de razón pase por momentos de lucidez o de normal funcionamiento de las facultades intelectivas. No se podría apelar como excusante al hecho de que la acción tuvo lugar en unos de esos momentos lúcidos. Lo determinante no es que la víctima pueda tener momentos de lucidez, sino que su estado es de habitual uso imperfecto de razón. Los casos en los que el uso de la razón ha sido temporal o parcialmente dañado por ingesta de alcohol o drogas no son contemplados por la norma que considera a los que habitualmente tienen uso imperfecto de razón, *a fortiori*, a los que carecen de él. Las causas que conducen a ese uso imperfecto de razón pueden ser variadas. Puede tratarse de una enfermedad psíquica, en sentido estricto. También puede darse el caso de un abuso reiterado de alcohol o drogas que conduzca a una disminución de las facultades intelectivas médicamente demostrable.

En los casos de personas con adicción al alcohol u otras sustancias, pero sin una alteración objetivamente demostrable de las facultades intelectivas, no se puede hablar propiamente de momentos lúcidos para referirse a las situaciones en las que no está bajo el efecto del alcohol, sino simplemente de recuperación o retorno a la normalidad. Estas personas no pueden considerarse incluidas dentro de los sujetos pasivos previstos por la norma.⁶⁸

También podría darse el caso de personas que sufren de senilidad puedan incluirse dentro del sujeto pasivo de este delito.⁶⁹

2. *El delito de adquisición, retención o distribución de imágenes pornográficas de menores de 14 años con un fin libidinoso (o de gratificación sexual)*

Este delito, en su tipificación, es nuevo, pues no estaba contemplado previamente por el CIC de 1917, ni en la Instrucción *Crimen sollicitationis* ni otra

⁶⁸ Papale, Claudio, “I delitti contro la morale”, *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Ciudad del Vaticano, Librería Editorial Vaticana, 2012, p. 56.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

norma canónica. Hoy día constituye un fenómeno sin precedentes la masiva producción y distribución de imágenes pornográficas, alimentadas en gran parte por el fuerte desarrollo de todo lo relacionado con internet, que hace tan fácil el acceso a estas imágenes. Este delito puede ser cometido en el confortable ambiente del despacho o habitación personal, totalmente en secreto y sin ningún tipo de contacto con el menor. Este hecho podía ser contemplado por el CIC de 1917 y probablemente tampoco por el CIC vigente en el momento de su promulgación.

La pornografía, en cuanto tal, no es mencionada en el CIC vigente, pero constituye una grave ofensa (delito) contra el sexto mandamiento, como se recoge en el catecismo de la Iglesia católica (núm. 2354).

El delito hace referencia a la adquisición, retención o distribución de imágenes pornográficas, mediante cualquier medio o tecnología.⁷⁰

La edad de 14 años que delimita el delito nos sugiere que se pretende perseguir es la verdadera pornografía pedófila. La norma no distingue entre chicos(as). El material pornográfico al que se refiere la norma no se limita al obtenido a través de descargas de internet (que probablemente será el caso más frecuente hoy en día), sino que incluiría cualquier tipo de fotos, videos, DVD's, etcétera.

La doctrina y la praxis reciente eran pacíficas a la hora de aceptar que no era necesario el contacto físico para que el comportamiento resultara punible. Cualquier violación externa del sexto mandamiento en la que esté involucrado un menor es relevante, lo que incluye abusos indirectos o sin contacto, como mostrar a menores pornografía o actos indecentes. Antes de las modificaciones al *m. p. Sacramentorum Sanctitatis tutela*, la praxis de la CDF había establecido que la descarga (downloading), como opuesta a la visita o navegación (browsing), de imágenes pornográficas de internet caía bajo el *delictum gravius*.⁷¹ Mientras que la visita (browsing) a un sitio web con contenido pornográfico puede resultar involuntaria, es difícil aceptar que la descarga (downloading) también lo sea, pues no solamente implica elegir una determinada opción sino que frecuentemente supone un pago mediante tarjeta de

⁷⁰ Consecuentemente, libros o literatura pornográfica que no contenga explícitas imágenes pornográficas no están incluidos en esta categoría. Adquisición, posesión o distribución de dicha literatura no caerían dentro de los delicta graviora. Cfr. Varuvel, G. Dhas, "Modifiche introdotte nelle Norme riguardanti I «Graviora Delicta»", *Apollinaris*, vol. LXXXIV, 2011, p. 362. Ahora bien, nada impide que tales acciones sean punibles por el canon 1395 §2.

⁷¹ Scicluna, C. J., "Sexual Abuse of Children and Young People by Catholic Priests and Religius: Description of the Problem from a Church Perspective", en Pontificia Academia Pro Vita, *Sexual Abuse in the Catholic Church. Scientific and legal Perspectives*, Ciudad del Vaticano, 2004, p. 19.

crédito y el suministro de información personal por el comprador, de modo que deja un rastro que puede conducir de nuevo a él.⁷²

A. Elemento objetivo del delito (I): adquisición de imágenes pornográficas

Implica la adquisición de imágenes pornográficas por cualquier medio. En el caso de posesión de material en soporte informático (“hard copies”), no hay mucha duda al respecto, pues implica fotos, videos, reportajes (DVD’s, CD’s, etcétera). Cuando hablamos de internet nos referimos a la descarga de material pornográfico en el propio ordenador o en cualquier otro dispositivo de almacenamiento (CD, DVD, pendrives). Navegar sin más, no entra dentro del tipo delictivo que nos ocupa, incluso aunque se pruebe que fue intencional (a menos que el clérigo esté mostrando abiertamente el contenido a un menor, en cuyo caso el delito sería tratado bajo el artículo 6o., §1, 1°).

Las imágenes descargadas han de ser pornográficas para que la acción constituya delito. No es suficiente con que el clérigo tenga imágenes de menores de 14 años. Hay casos muy claros, como cuando se ha descargado tales imágenes de una web claramente pornográfica en el propio ordenador. Hay otros casos más dudosos, como podría ser fotos de menores, por ejemplo, de excursión o en la playa, tomadas por el propio clérigo. Por ello, los expertos han establecido una “tipología de imágenes pornográficas de menores”.⁷³ El elemento clave es que estas imágenes involucren a niños en actividades sexuales o en poses o actitudes sexualizadas o sexualizantes. Cuando un clérigo es encontrado con imágenes no explícitamente obscenas (aunque puedan resultar subjetivamente pornográficas para ciertas personas), como, por ejemplo, imágenes de menores en bañador, la certeza moral de la existencia de delito hay que extraerla del conjunto de todos los elementos presentes en el caso. Si hay varias imágenes de niños en bañador, algunas tomadas por el clérigo, otras descargadas de lugares legítimos de internet (equipos de niños nadadores, tiendas de deporte, tiendas de ropa), el clérigo debe dar una razón legítima que explique por qué tiene esas fotos. Aunque en sí mismas no constituyan una prueba de pornografía infantil, tomadas en conjunto y teniendo en cuenta otros elementos, podrían constituir una prueba de la comisión del delito.

⁷² Scicluna, C. J., *The Procedure and Praxis...*, *cit.*, p. 238.

⁷³ Barchak, M., “Child Pornography and the Delict of an Offence against the Sixth Commandment of the Decalogue Committed by a Cleric with a Minor”, *Periodica*, vol. 99, 2011, p. 293.

En el supuesto de descarga de material pornográfico de internet es necesario tener en cuenta algunas circunstancias que pueden presentarse. Pueden darse casos en que lo que se ha querido descargar no es lo que en realidad se ha descargado (sería el caso no tan raro de falsos archivos puestos intencionadamente en internet).⁷⁴ En este caso no hay ningún dolo en la acción, pues no era intención del sujeto bajar de la red lo que realmente se descargó.

La eliminación del material pornográfico que se ha descargado intencionalmente no hace desaparecer el delito. La descarga con pleno conocimiento del contenido es suficiente para constituir el delito, aunque no se haga uso de él y se borre. Es cierto que la eliminación de ese material podrá ser tenida en cuenta como prueba del arrepentimiento.

B. Elemento objetivo del delito (II): la posesión (retención) de imágenes pornográficas de menores

Muchas veces se trata de una necesaria consecuencia de lo anterior: el clérigo que ha descargado el material constitutivo de delito lo tiene o guarda en su posesión.

En el caso de una descarga involuntaria, si el clérigo se percató del carácter pornográfico del material, que no quiso adquirir pero decide conservarlo, entonces se hace culpable del presente delito. Estaremos ante un supuesto de delito de posesión y no de adquisición de pornografía de menores.

Se puede plantear el problema de la posibilidad de acceder a abundantes imágenes en internet a través de programas que comparten archivos (Emule, por ejemplo), galerías de miniaturas, sitios de chat, o sitios legítimos como Facebook o Youtube. Efectivamente, en esos sitios se pueden ver imágenes o videos sin descargarlos. Eso es un desafío a la hora de discriminar si estamos ante un elemento de posesión de pornografía infantil.

También se puede plantear el caso de que una visita no intencionada a un sitio web con imágenes pornográficas deje imágenes en los archivos caché (para una rápida entrada en una posterior visita) del ordenador, aunque no se haya hecho ninguna descarga intencionada. Parece que la culpabilidad surgiría cuando conscientemente se observan esas imágenes almacenadas en los archivos caché.⁷⁵

⁷⁴ Cfr. Papale, Claudio, *op. cit.*, p. 60. El autor cuenta el caso de alguien que quiso bajar un video clásico de Walt Disney, pero accidentalmente se descarga una película pornográfica que tiene nombre falso.

⁷⁵ Barchak, M., *op. cit.*, pp. 336 y 337.

C. *Elemento objetivo del delito (III): la distribución de imágenes pornográficas de menores*

Esta figura incluye dos supuestos: la distribución y la comercialización. El elemento configurativo es que el delincuente posee el material delictuoso y lo pone a disposición de otros, mediante pago o gratuitamente. Algunos opinan que la distribución o divulgación se debe hacer a un número indeterminado de personas o a un número muy amplio.⁷⁶ Sin embargo, ese parece ser el caso de la legislación civil de algunos países, más preocupados por la comercialización, como algo distinto de la mera distribución (lo cual no tiene por qué ser el caso de la legislación canónica).

La presencia de factores comerciales no es rara, ya que muchas veces el pedófilo gasta dinero para adquirir las imágenes que en reiteradas ocasiones él vende de nuevo para compensar su gasto. La distribución, por otra parte, hace referencia al hecho de distribuir estas imágenes con otras personas a través de mail o archivos compartidos. Tanto la comercialización como la distribución son constitutivas de delito.

En los tres casos (adquisición, posesión y distribución) ha de ser probada la intención libidinosa. No obstante, el tercero introduce variantes que lo hacen un tanto peculiar. En el improbable caso de que un clérigo se involucre en la venta de pornografía únicamente por fines comerciales, ¿la comisión del delito dependería de la presencia o no de intención libidinosa por su parte?

Un clérigo que adquiera material pedo-pornográfico para terceros, si se hace con intención libidinosa, cometería delito. Como el lenocinio (o alcahuetear), esa actividad implica servir a la gratificación sexual de otros y supone un grave atentado contra la dignidad del niño.

Algún canonista opina que la adquisición, posesión o distribución de pornografía de menores “virtual” caería fuera del tipo delictivo. Siendo desde luego una acción moralmente reprochable y punible bajo el canon 1395 §2, no encajaría dentro de los *delicta graviora*, ya que no hay un niño real involucrado. De todos modos, habría que estar atento a la legislación estatal, que sí podría considerarlo delito, pudiéndose originar un conflicto entre ambos fueros.

Probablemente, el aspecto más oscuro de este tipo de comportamientos (sobre todo la posesión y distribución) es que se participa en el mercado de la pedofilia (mejor, pederastia) y se ayuda al desarrollo de este mercado creando demanda.

⁷⁶ Cfr. Dhas, Varuvel G., *op. cit.*, p. 364.

D. *Elemento subjetivo*

El elemento subjetivo de este delito hay que delimitarlo en la intención libidinosa por parte del clérigo. En caso de la distribución no parece necesario que el clérigo mismo tenga la intención libidinosa. Es suficiente que distribuya las imágenes a terceras personas como material pornográfico.

En los supuestos de adquisición o posesión, dado que es necesaria la presencia de intención libidinosa, no hay lugar a hablar de falta de la debida diligencia por parte del clérigo. Donde no hay intención, no hay delito. Por lo tanto, la descarga accidental de material pornográfico o la posesión de una película o imágenes desconociendo que el contenido es pornográfico, no son considerados actos delictivos. La posesión de imágenes pornográficas por razón del oficio, merece la misma consideración (por ejemplo, un rector de un seminario que confisca tales imágenes; o un ordinario que maneja material de ese tipo como evidencias para un posterior proceso, dentro del curso de una investigación preliminar por una conducta presuntamente delictuosa de un sacerdote de su diócesis; etcétera).

3. *Sanciones*

El artículo 6o., §2 dispone que el que cometa uno de los *delicta graviora* contra la moral ha de “ser castigado según la gravedad del crimen, sin excluir la dimisión o la deposición”.

El juez tiene un ámbito de amplia discreción para decidir el castigo adecuado en el caso concreto, teniendo siempre abierta la posibilidad de la expulsión del estado clerical.

Los casos pueden ser muy variados y los factores a tener en cuenta, muy diversos. La motivación puede ser pedofílica o efebofílica, atracción homosexual o heterosexual. Es muy distinto el delito cometido con un menor de 12 años que con otro de 17.

En los casos de pornografía por internet, puede ser más difícil la adquisición de pruebas y se hace necesaria la colaboración con las autoridades civiles, dadas las sofisticadas técnicas que se emplean para la detección y persecución de los indicios que se presenten. En cualquier caso, también habrá que distinguir entre el clérigo que tiene pocas imágenes y el que tiene cientos o miles; el que guarda las imágenes para sí o el que las distribuye; el que descarga las imágenes o el que toma las fotos.

LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

Héctor FRANCESCHI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La noción de la familia*. III. *La dimensión familiar de la persona humana*. IV. *La relación jurídica familiar*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Premisa*

La familia es aquel ambiente en el que se forja el ser personal que es el hombre. En efecto, las relaciones que forman el tejido de la sociedad no son simples ligámenes funcionales y estereotipados que vincularían en forma homogénea a los individuos perfectamente “iguales” entre sí y ante la ley del Estado, como si entre la persona y el Estado no existieran instancias intermedias. La válida constitución y el eficaz desarrollo de las primeras relaciones familiares son condición del correcto y pacífico establecimiento de las demás relaciones sociales, en los más diversos niveles.

Por ello, para entender qué es la familia desde el punto de vista antropológico, se debe tomar en consideración la intrínseca dependencia existente entre las nociones de familia y de persona. La familia es una comunidad de personas. La persona es un ser que sólo puede alcanzar su perfección ética en el interior de una comunidad familiar. La antropología jurídica del matrimonio y la familia pretende adentrarse en la verdad de cada una de las relaciones interpersonales que constituyen el entramado de estas realidades, poniendo el acento en la dimensión jurídica de dichas relaciones.

* Catedrático de Derecho matrimonial en la Universidad Pontificia de la Santa Cruz, Roma.

La finalidad de esta contribución es replantear los fundamentos de la familia y del matrimonio desde una visión que se podría definir como “realismo jurídico”, según la cual estas realidades no son meras construcciones culturales o de los sistemas jurídicos vigentes en cada Estado sino que tienen una dimensión de justicia intrínseca que debe ser descubierta para que la sociedad y el Estado puedan elaborar un sistema de leyes que sea verdaderamente justo, en cuanto defiende y promueve la dignidad de la persona, que no puede ser entendida como individuo aislado sino como “ser en relación”, que sólo podrá encontrar su propia realización en el respeto de su verdad y bien intrínsecos.

Entre los temas centrales de la antropología jurídica del matrimonio y la familia podemos indicar los siguientes: *a)* la relación entre realidad familiar y sistemas jurídicos; *b)* la noción de familia como comunidad en la que se forja la dimensión relacional básica de la persona humana; *c)* la noción antropológica de persona, poniendo en evidencia la función esencial de las relaciones familiares en la elaboración de aquella noción. De la familia adquieren las primeras “relaciones humanas” su naturaleza familiar, de ahí que se intente formular una noción jurídica de “relación familiar” que siendo común a todas las relaciones del consorcio familiar, permita una caracterización general de ellas; *d)* las diversas relaciones familiares: conyugalidad, paternidad-maternidad, relación fraterna: su origen, características, exigencias jurídicas que dimanen de su misma esencia. Dados los límites de espacio y tiempo, en este escrito me limitaré a una presentación de la antropología jurídica, para luego hacer una breve mención a los temas centrales apenas mencionados.¹

2. *La dimensión jurídica del matrimonio y de la familia*

A. *El matrimonio y la familia tienen una dimensión jurídica intrínseca*

El matrimonio y la familia tienen una dimensión jurídica intrínseca que precede a la actividad jurisdiccional de las autoridades sociales o eclesiales. Al constituir una institución que pertenece al orden de la realidad, la juridicidad del matrimonio y de la familia se manifiesta en tres dimensiones esenciales: la interpersonal, la social y, en el caso de los bautizados, la eclesial.

¹ Para un estudio detallado de la materia, *cf.* Franceschi, H. y Carreras, J., *Antropología jurídica de la sexualidad: fundamentos para un derecho de familia*, Caracas, 2000.

De las tres dimensiones la más importante es la primera —es decir, la interpersonal—, puesto que el consentimiento de los cónyuges constituye la causa *eficiente* de la comunidad familiar. En efecto, si faltara el consentimiento matrimonial, el reconocimiento efectuado por la sociedad y por la Iglesia —que corresponde a las otras dos dimensiones mencionadas— perdería sentido y quedaría suspendido en el vacío, precisamente porque no tiene carácter constitutivo, sino de “simple reconocimiento”. Ni la Iglesia ni la sociedad tienen el poder de crear la familia. Gozan de la potestad de regular el ejercicio del *derecho al matrimonio*, no tanto para limitarlo, sino más bien para que en sus respectivos ordenamientos jurídicos puedan ser “reconocidos” por los fieles y los ciudadanos, los elementos esenciales de la comunidad familiar, de forma tal que a través de las normas del ordenamiento jurídico puedan distinguir qué es la familia y cuáles son las agregaciones humanas, en cambio, que no pueden recibir tal denominación.²

En las circunstancias históricas en que nos encontramos, parece que la cultura occidental se está perdiendo a sí misma en las arenas movedizas de una visión individualista y antifamiliar de la persona humana, de forma tal que las rápidas y profundas transformaciones del derecho civil de la familia muestran una triste realidad: las autoridades sociales de estas naciones ya no poseen un modelo de familia. Mediante los ordenamientos jurídicos estatales la familia no está siendo “reconocida”, sino más bien “desconocida”. Esto no significa que dichos ordenamientos carezcan de vigor, ya que la jurisdicción de la sociedad sobre el matrimonio y la familia continuará siendo de todos modos una necesidad y siempre existirán muchas normas justas que obliguen en conciencia a los ciudadanos. Sin embargo, tales normas legales gozan de juridicidad en la medida en que respondan y sean compatibles con las intrínsecas exigencias jurídicas del consorcio familiar. He aquí lo que siempre se ha querido subrayar con la clásica expresión “instituto natural” referida tanto al matrimonio como a la familia. Como esta expresión ha ido perdiendo todo significado en el contexto actual, parece que es necesario probar otros caminos para defender las mismas ideas y principios.³

Ante esta pérdida de orientación de la cultura occidental, la Iglesia ha realizado un notable esfuerzo de comprensión de la realidad familiar, iluminando su verdad intrínseca ante la mirada de la sociedad y sobre todo de sus propios fieles, siendo intérprete auténtico del derecho natural. Son centenares, si no millares, las páginas que el magisterio de la Iglesia ha dedicado

² Franceschi, H, “Ius connubii y sistema matrimonial”, *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona, 2000, pp. 471-508; *Riconoscimento e tutela dello “ius connubii” nel sistema matrimoniale canonico*, Milán, 2004.

³ Viladrich, P.J., “La familia «soberana»”, *Ius Ecclesiae*, 7, 1995, pp. 539-550.

al esclarecimiento de los diversos aspectos relativos a la constitución y a la vida de la familia. Sin embargo, está muy difundida entre quienes se dedican al estudio del derecho de la Iglesia la idea según la cual —hablando en términos estrictamente jurídicos— la Iglesia extendería su jurisdicción sobre el matrimonio pero no, en cambio, sobre la familia.⁴ Mientras el matrimonio sería un contrato elevado a la dignidad sacramental, y esto explicaría el origen de la jurisdicción eclesial sobre el mismo, la familia constituiría una realidad que gozaría de dimensión jurídica, pero no “canónica”. La familia se convertiría obviamente en objeto y término de la actividad pastoral, y del magisterio de la Iglesia. Mas desde el punto de vista estrictamente jurídico, tendría poco que ver con el ordenamiento jurídico de la Iglesia. Prueba de ello sería el decaimiento de los estudios de derecho canónico de familia, aparecidos en los años próximos a la promulgación del Código de Derecho Canónico. Con relativo entusiasmo, en distintos ambientes y en congresos científicos se preconizaba el nacimiento de esta nueva disciplina canónica. Hoy se puede decir que hemos llegado al ocaso de aquella tan prometedor floración de artículos y estudios sobre la naciente disciplina jurídica. Aunque también hay excepciones de notable valor, nos parece que el derecho canónico de familia todavía no se ha desarrollado suficientemente.⁵ No es el momento de analizar cuáles son las causas profundas que han impedido llevar a término aquellos deseos de construir un derecho canónico de familia. Entre ellas, no obstante, se encuentra sin duda un prejuicio muy difundido en Occidente según el cual la realidad “jurídica” se identificaría más o menos con la actividad de las autoridades (sociales o eclesiales), es decir, con la “ley positiva”. De este modo, siendo muy escasas las normas “positivas” del Código de Derecho Canónico que afectan a la familia, faltarían los presupuestos o condiciones materiales para construir una disciplina autónoma, la cual podría, incluso, resultar ridícula si se intentara parangonar con el sistema de derecho matrimonial canónico o más aún con los sistemas civiles del derecho de familia.

Si retomamos de nuevo la idea con que hemos iniciado nuestra reflexión —el matrimonio y la familia tienen una intrínseca dimensión jurídica— por lo que es posible comprender cómo puede existir un “derecho de familia” que no es ni canónico ni civil, precisamente porque es el ordenamiento jurídico intrínseco de esta comunidad de personas, “antes” de ser reconocida por una concreta sociedad o comunidad eclesial. En efecto, no existe en

⁴ Cfr. Navarrete, U., *Diritto canonico e tutela del matrimonio e della famiglia*, en VARIOS AUTORES, *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Ciudad del Vaticano, 1994, p. 988.

⁵ Arrieta, J. I., “La posizione giuridica della famiglia nell’ordinamento canonico”, *Ius Ecclesiae*, 7, 1995, pp. 551-560.

realidad ni una “familia canónica” ni una “familia civil”, en cuanto resulta más importante saber en qué consiste en sí misma, antes que conocer todas las leyes (canónicas o estatales) a ella relativas. En otros términos, el derecho de familia no puede agotarse con el estudio de las normas positivas de un ordenamiento considerado. Es necesario reconocer la existencia de un ámbito de reflexión que tome como objeto de estudio la juridicidad intrínseca de la familia.

B. *El matrimonio y la familia poseen una dimensión jurídica que no sólo es intrínseca, sino también común a ambos institutos naturales*

“¿Qué espera de la sociedad la familia como institución? —se preguntaba Juan Pablo II en su *Carta a las familias*— antes que nada ser reconocida en su identidad y aceptada en su subjetividad social. Esta subjetividad está ligada a la identidad del matrimonio y de la familia”.⁶

Tan importante como admitir la intrínseca dimensión jurídica del matrimonio y de la familia es aceptar que ambos poseen la misma naturaleza jurídica. Inspirándonos en las palabras de Juan Pablo II podemos sostener que la identidad de la familia está ligada al matrimonio, de la misma manera en que la identidad de éste está vinculada a la familia. En otras palabras, la familia está fundada por el pacto conyugal (es decir, por el matrimonio *in fieri*) y será verdaderamente matrimonial solamente aquel pacto que goce de la necesaria apertura vital hacia la familia. Esta apertura está contenida en el tradicional bien de la prole o, en terminología escolástica, en el fin primario de la procreación y educación de la prole.

En otros términos: no puede haber matrimonio si contemporáneamente no existe la familia. En el momento mismo del pacto nupcial no sólo se constituye la primera relación familiar sino también y necesariamente la comunidad familiar. No son los hijos efectivos los que constituyen la familia sino la apertura y la ordenación hacia los mismos que existe en la recíproca entrega de los cónyuges.

Estas afirmaciones podrán ser consideradas incluso banales. Sin embargo, si se las toma en serio llevan consigo importantes consecuencias en la comprensión tanto del matrimonio como de la familia. Desde el momento que la familia encuentra su inicio en el pacto conyugal, la primera consecuencia consiste en la purificación de visiones reductoras que desearían confinar a la familia en los ámbitos biológico o sociológico. Es, en efecto, el consentimiento de los esposos el que crea la familia. El matrimonio, por

⁶ Juan Pablo II, *Carta a las familias*, 2 de febrero de 1994, núm. 17.

lo tanto, nos ilumina el camino que introduce a la naturaleza jurídica de la familia, precisamente porque la causa eficiente del uno y de la otra es la misma: el consentimiento matrimonial.

Por otro lado, no es sólo la comprensión de la familia la que resulta enriquecida gracias a la consideración de su origen en el pacto conyugal. Sucede exactamente lo mismo con el matrimonio, cuya comprensión resulta enormemente más penetrante y profunda desde el momento en que pasa a ser considerada su naturaleza “familiar”. En lo sucesivo, veremos cómo la afirmación acerca de la común naturaleza jurídica del matrimonio y de la familia es determinante tanto para entender la unitariedad de todo posible ordenamiento jurídico relativo a estos institutos como para la mejor comprensión de ambos tomados por separado.

*C. La común naturaleza jurídica del matrimonio y de la familia
como fundamento de la “antropología jurídica de la sexualidad”*

Entre las características más relevantes de los sistemas de los derechos de familia contemporáneos destaca la falta de criterios que permitirían una coherente interpretación de las normas relativas a las diversas instituciones. Habiendo sido, en sus orígenes históricos, deudores del ordenamiento matrimonial y familiar canónicos, hoy estos sistemas parecen como los despojos cadavéricos de cuerpos que carecen ahora de la vida que tiempo atrás los animaba. El ordenamiento canónico, en efecto, está edificado sobre una noción implícita de persona humana (es la criatura que no puede encontrarse a sí misma sino a través del don sincero de sí) y de familia, como comunidad de personas. En esta comunidad coexisten diversas relaciones interpersonales que constituyen vías de perfección, llamadas permanentes a la donación de sí de cada uno de los miembros de la familia. El consentimiento matrimonial es el acto de voluntad con que el varón y la mujer se entregan y aceptan recíprocamente y, de este modo, constituyen también la familia, comunicándole la lógica del don.

Estos conceptos antropológicos, elementales para entender el sistema matrimonial de la Iglesia, están en cambio absolutamente ausentes en muchos de los ordenamientos de derecho de familia contemporáneos. La familia, en ellos, sería una comunidad de individuos que asumen o desempeñan determinadas funciones o “roles parentales”: sujetos que “hacen las veces” de padres, de maridos, de mujeres, de hijos. ¿Qué significan estos términos? Los expertos en derecho de familia ya no sabrían decirlo. Un ejemplo elocuente de esto se puede encontrar en un documento de trabajo elaborado por el Comité de Expertos sobre el Derecho de Familia del Consejo de Eu-

ropa, el cual afirma que “a los efectos del presente documento, no se ha considerado necesario el definir los términos de «padres», puesto que se considera que un niño tiene una sola madre y un solo padre. Los términos de «madre» y de «padre» designan por lo tanto (salvo indicación contraria) a las personas reconocidas como padres por la ley”.⁷ Se prefiere que sea cada legislación nacional la que establezca qué es lo que se deberá entender por cada uno de estos “roles familiares”. Desde el momento que los expertos en derecho de familia renuncian a definir qué significan los conceptos fundamentales —familia, matrimonio, filiación, paternidad, etcétera— y dejan esta tarea a las diversas legislaciones positivas, esto equivale, en mi opinión, a renunciar en hacer ciencia jurídica, llevándonos al más radical positivismo jurídico y relativismo cultural, donde ya no habría ninguna “realidad” que debe ser regulada en modo justo, sino donde la realidad sería “construida” por la voluntad del legislador, por una mayoría o, cosa que también ocurre, por grupos ideológicos que en un determinado momento tengan una gran influencia.

El verdadero problema es que la mayoría de estas nociones no han sido definidas hasta ahora, puesto que se encontraban implícitas o presupuestas en el ordenamiento jurídico tanto de las naciones occidentales como de la Iglesia. En efecto, tanto el derecho matrimonial canónico como los derechos de familia de los Estados occidentales han sido edificados sobre la estructura de un concreto sistema de parentesco que les servía de base: el sistema propio de la cultura occidental, cuyos orígenes más remotos pueden encontrarse en los sistemas de parentesco de los pueblos indoeuropeos; aunque las características más interesantes hayan sido debidas a las transformaciones sociales producidas por la cultura cristiana a lo largo del medioevo y de la edad moderna. Mientras los antiguos sistemas de parentesco giraban en torno a la figura del “padre”, el del Occidente cristiano se construyó sobre la noción de *una caro*. Los esposos, en esta bíblica expresión, constituyen una unidad y en el árbol del sistema genealógico ocupan el puesto de un único sujeto social: marido y mujer ya no son dos sino uno solo (a los efectos parentales, lógicamente). Todos los otros elementos del sistema estaban presupuestos y, no siendo particularmente problemáticos, no se veía la necesidad de definirlos y conceptualizarlos.

Los sistemas contemporáneos se han ido separando de esta tradición jurídica a partir del momento en que se concede al divorcio vincular el mismo

⁷ “Groupe de travail sur les statut juridique des enfants”, CF-FA-GT2, (98) 5, Annexe III, *Rapport sur les principes relatifs a la etablisement et aux consequences juridiques de la filiation*, núm. 11. La traducción es mía.

valor del que goza el reconocimiento del *ius connubii* (derecho al matrimonio). Marido y mujer ya no serían una unidad parental, ya que sus identidades —la de marido y mujer— habrían dejado de hacer referencia a “modos de ser” o “identidades personales”, sino que se limitarían a reflejar funciones sociales creadas por el ordenamiento jurídico. Tanto en la celebración del matrimonio como en su disolución sería el Estado quien respectivamente atribuiría o suprimiría el legítimo uso de aquellas funciones por parte de los ciudadanos.

En las últimas décadas estamos asistiendo a una progresiva evolución que consiste en aplicar a las restantes identidades y relaciones familiares los mismos esquemas jurídicos que —como acabamos de ver— habían sido previamente atribuidos a la relación conyugal. Ni las identidades y las relaciones familiares constituirían “modos de ser” de las personas, sino que serían definidos y atribuidos por cada ordenamiento jurídico. Si en la cultura jurídica occidental se han impuesto los términos “ex mujer” o “ex marido”, no parece que falte mucho tiempo para que lleguen a ser frecuentes expresiones parecidas, aplicándolas a las restantes identidades familiares: “ex hijos”, “ex padres” o “ex hermanos”.

Los juristas del inicio de milenio que creen en el carácter originario del matrimonio y la familia están llamados a contribuir de manera determinante a la cultura jurídica, mostrando cómo los sistemas del derecho de familia de las naciones contemporáneas se están separando peligrosamente del sistema de parentesco que les sirve de fundamento. En él, las nociones básicas están fundadas sobre la naturaleza interpersonal y sexual de las relaciones familiares. En cambio, aquellos sistemas jurídicos hoy pretenden edificarse sobre una visión espiritualista del sujeto humano, entendido éste como “una libertad que se auto-proyecta”,⁸ libertad ilimitada en la medida en que la técnica y el progreso científico le consientan autoproyectarse a su gusto. En los sistemas occidentales del derecho de familia de este tipo, cuando llegan al reconocimiento de un “derecho” al cambio de sexo, quien había constituido una familia con el papel de “marido”, podría construirse otra más tarde con las funciones de “mujer”. La misma preocupante dinámica es también patente en el ámbito de la filiación, como resulta evidente en las técnicas de fecundación artificial, en la posible clonación de embriones, etcétera. Cuando las relaciones familiares son vaciadas de cualquier contenido objetivo, entonces cualquier cosa podría ser considerada como matrimonio o filiación.

⁸ Juan Pablo II, Enc. *Veritatis splendor*, 6 de agosto de 1993, núm. 48.

El elemento característico de todas estas transformaciones es la asunción de una antropología individualista y, en consecuencia, el abandono del sistema de parentesco que regía hasta ahora a la sociedad y a la cultura occidentales. Según esta visión antropológica, las relaciones familiares no serían más que relaciones contractuales socialmente significativas que no existirían en lo jurídico hasta que no fueran reconocidas por el Estado. Las relaciones familiares, por tanto, subsistirían sólo en la medida en que los intereses y los afectos que justificaron el contrato que fue causa del negocio jurídico-familiar siguieran en vigor. Una vez satisfecha o cumplida la función social, los sujetos podrían liberarse del vínculo contractual, pidiendo la disolución del mismo a las autoridades del Estado.

No hay sistema de parentesco que pueda resistir una transformación tan profunda y un vaciamiento de valores tan radical. Para frenar este proceso de constante descomposición, es oportuno subrayar la importancia de los estudios antropológicos. El problema, en la actualidad, estriba en el hecho que los antropólogos no son juristas: ellos no dicen cómo debería ser un determinado sistema de parentesco, sino más bien lo describen y lo estudian, tal cual es (o tal como aparece). Sería muy deseable y recomendable el desarrollo de una “antropología jurídica de la sexualidad y de la familia” que tuviera como fin el estudio de los sistemas de parentesco a la luz de la dignidad de la persona. No se trata de crear un sistema artificial, hecho en el laboratorio, sino más bien de analizar la lógica y la dinámica de las identidades y de las relaciones familiares, en cuanto a los aspectos ontológicamente ligados a la persona (en cuanto ser en relación). Así, estaría a disposición de la cultura jurídica el fundamento sobre el cual construir los diversos ordenamientos de familia, puesto que las nociones y conceptos elementales no habrían sido elaborados en modo “apriorístico” por cada Estado, sino que estarían definidos por la comunidad científica (con tal que dicha comunidad esté abierta al estudio de la realidad y no se limite a secundar ciegamente los dictados del Estado o de grupos ideológicos de presión).

Por lo tanto, la antropología jurídica de la sexualidad y de la familia debería servir de fundamento jurídico natural que diera razón de los límites del poder del Estado, el cual no es artífice de la realidad familiar y debe limitarse a “reconocerla”. Más aún, es su deber que a través de las leyes se refleje y no se enturbie la identidad de la familia, así como cada una de las identidades y de las relaciones familiares. Al mismo tiempo, en el ámbito del derecho de la Iglesia, la antropología jurídica debería servir para explicitar las nociones básicas del ordenamiento canónico de la familia. Precisamente porque en él están hoy sólo implícitamente contenidas, el estudio y la aplicación del derecho matrimonial de la Iglesia no siempre es coherente con

los presupuestos antropológicos cristianos. La causa cabe encontrarla en el enorme influjo de la cultura individualista occidental que —en las actuales circunstancias— también repercute sobre quienes se dedican al estudio de la ciencia jurídica de la Iglesia.

Por lo tanto, en este esfuerzo para recuperar la unidad de la comprensión jurídica del matrimonio y de la familia es necesario: *a)* redescubrir la dimensión jurídica intrínseca del matrimonio y la familia, y *b)* desarrollar la antropología jurídica de la sexualidad, que no sólo describe lo que es sino que trata de definir el deber ser y la dimensión de justicia en los diversos ámbitos de la sexualidad humana.

Una vez mostrado cuán necesaria sea una vuelta a una visión unitaria del matrimonio y de la familia parecida a la que predominó en el periodo clásico del derecho canónico, cuando en Europa estaba vigente un derecho común, ahora entraremos en los diversos temas que son objeto de estudio por parte de la antropología jurídica del matrimonio y de la familia.

II. LA NOCIÓN DE FAMILIA

1. *La definición de familia*

A. Primera aproximación: aplicación del principio o norma personalista

En una primera aproximación puede decirse que la familia es la primera comunidad de personas. El hombre no es sólo un ser esencialmente social sino que de modo más radical aún puede definirse como un ser esencialmente familiar, es decir, una persona cuya perfección ética sólo puede alcanzarse en el interior de una comunidad de amistad, en la que los sujetos que la componen se encuentran unidos en su valor de persona.⁹ En todas las culturas la familia ha cumplido la misión de transmitir no sólo los valores socialmente dominantes sino también la de consentir el crecimiento ético de la persona. Aunque es verdad que ni todos los sistemas de parentesco aseguran el perfecto progreso personal de los miembros de la familia ni tampoco la conciencia de la misión educativa de la familia ha sido siempre completa. Más aún, han existido sistemas de parentesco que no permiten un mínimo desarrollo de la vida personal buena. Pero ni la imperfección del sistema ni la clara conciencia de la propia misión son óbice para que la familia haya constituido siempre una comunidad de personas encargada de realizar lo que algunos sociólogos

⁹ Cfr. Chalmeta, G., *Ética especial*, Pamplona, 1996, p. 109.

llaman la “primera socialización”, la necesaria introducción de la persona en las comunidades sociales más amplias: el municipio, la nación y la Iglesia.

La confirmación de ello podría encontrarse en la convicción, existente por lo menos en la tradición occidental, de que la familia constituya la “célula de la sociedad” o “seminario de la *res publica*” y, en el ámbito canónico, la “Iglesia doméstica”.

A esta convicción, que podemos calificar de “tradicional”, se debe añadir otra a la que se ha llegado en el ámbito o corriente de pensamiento conocido como “personalismo”. En esta corriente de pensamiento, muy difundida en el ámbito católico desde la primera mitad del siglo XX, la persona es contemplada en su dimensión relacional, hasta el punto que no puede encontrar ni su propia felicidad ni a sí misma, sino es a través de la entrega de sí misma a los demás.¹⁰ El bien personal sólo puede realizarse mediante la búsqueda del bien de amistad, es decir, del “bien personal” de los demás, porque la amistad, que es amor de dilección, implica querer el bien del otro. No es posible que el sujeto alcance su perfección de manera insolidaria, con desprecio o despreocupación de la perfección ajena.

Este principio personalista tiene una inmediata aplicación al derecho de familia, ya que la familia es el camino y el ámbito natural en el que la persona adquiere las virtudes y las capacidades necesarias para que pueda vivir la norma personalista, para que pueda superar el egoísmo mediante la entrega positiva a los demás.

B. *La familia es la “intima comunidad de vida y de amor, fundada por el pacto conyugal”*

En la definición aquí propuesta, de manifiesta inspiración conciliar,¹¹ pueden destacarse dos elementos, ambos específicos: por una parte, el ser una “comunidad” caracterizada por la intimidad de los vínculos de comunión personal y, por otra, el encontrar su origen o momento fundacional en el pacto conyugal.

a. La “comunidad” familiar es una agrupación de personas fundada en la naturaleza humana

La sociología suele distinguir diversos tipos de agregaciones humanas. En primer lugar, se contarían los distintos tipos de “comunidades”, caracteri-

¹⁰ Cfr. Concilio Vaticano II, Const. Past. *Gaudium et spes*, 7 de diciembre de 1965, núm. 24.

¹¹ *Ibidem*, núm. 48.

zadas por el carácter espontáneo y natural con que sus miembros se unirían: en virtud de la sangre, de la lengua común, de las tradiciones, de la religión, etcétera. Frente a esta noción, en la que se subrayan los elementos que producen la cohesión del grupo, se opondrían los distintos tipos de “sociedades”, de grupos humanos cuyo principal aglutinante es la convención y la libre voluntad de sus miembros.

Desde este punto de vista, la familia suele situarse en el género de las “comunidades”, pues sus contenidos estarían fijados por la naturaleza, serían espontáneos y no del fruto de la convención humana.

Siendo esto verdad, como ya señaló Madinier, la familia encuentra su especificidad en el concepto de “intimidad” —“la familia es el órgano de la intimidad”—,¹² puesto que, no limitándose a cumplir una función social, llega a incidir en aquellos aspectos más profundos de la persona, a otorgarle las principales y más básicas “identidades”, es decir, aquellos aspectos que le permiten tomar conciencia de sí misma y del grupo familiar y social al que pertenece. En la familia se encuentra lo que Juan Pablo II en su *Carta a las familias*, ha denominado la “genealogía de la persona”.¹³

Lo “íntimo”, en efecto, es el superlativo de “interior”. La verdad de la persona, su identidad, se encuentra vinculada a la función de la familia. En ella, la persona puede descubrir la confianza, la gratuidad, la entrega de sí, el ser amado por sí mismo y su identidad más profunda: la de ser hijo de Dios. Cada miembro de la familia ocupa un lugar preciso y determinado que constituye diversos aspectos del ser personal: el ser hijo(a), el ser hermano(a), el ser esposo(a), el ser padre o madre. Estas identidades son básicamente las mismas en todas las culturas, aunque cambien ciertamente los modos de estructurarse que suelen llamarse “sistemas de parentesco”. Por esta razón, existe un modelo ideal y universal de familia que “consiste en el marido, en la mujer y en los hijos nacidos de su unión”,¹⁴ incluso como reconocen los antropólogos que en muchos aspectos siguen una antropología relativista o meramente cultural. Luego veremos que esta afirmación no se basa sólo en la constatación de la realidad cultural, sino que tiene su fundamento más radical en la verdad de la persona, realidad que Levi-Strauss no reconoce claramente.

La familia es y debe ser la “íntima comunidad de vida y de amor”, porque en ella se revela a la persona del ser en comunión en que consiste la vida humana. Para el ser humano, “vivir” es un término que no se limita a

¹² Madinier, G., *Nature et mystère de la famille*, Tournai, 1961, p. 98.

¹³ Juan Pablo II, *Carta...*, cit., núm. 9.

¹⁴ Levi-Strauss, C., *Razza e storia ed altri studi di antropologia*, Turín, 1979, p. 154.

la mera existencia fáctica y biológica de un organismo, sino que trasciende esas dimensiones y señala el modo de ponerse en la existencia que caracteriza a los entes personales, es decir, a los “seres en relación”. Vivir es coexistir en comunión. En este sentido, la familia es “el santuario de la vida”¹⁵ en el que la persona aprende a amar y a ser amada.

b. La familia está fundada por un acto de naturaleza jurídica: el pacto conyugal

Tan importante como el hecho de constituir contenidos determinados por la naturaleza y no, en cambio, el ser fruto de una convención, es este segundo elemento definidor de la familia. El acto fundacional de la familia es un acto de naturaleza pacticia, en el que el hombre y la mujer se entregan el uno al otro —precisamente en su masculinidad y feminidad— para constituir la familia.

La familia es, por consiguiente, una realidad de naturaleza jurídica: su ser está vinculado al poder verdaderamente “constituyente” encerrado en la pareja heterosexual, única capaz de realizar tal pacto. Por esta razón, la noción de “familia de hecho” es en sí misma contradictoria, puesto que el ser familiar comienza a existir en un acto jurídico y no en un mero hecho —social o biológico— aunque éste haya sido reconocido por las autoridades estatales. Por otra parte, subrayo que la familia es en realidad de naturaleza jurídica porque mediante el pacto no se establece simplemente una “vida matrimonial”, sino que se funda un vínculo jurídico del cual derivan derechos y obligaciones que comprometen a quienes la componen. Es lo que la tradición jurídica occidental ha llamado el “vínculo matrimonial”.

2. La familia, entre naturaleza y cultura

A. La dignidad de la persona, fundamento del derecho natural

La dignidad de la persona, es decir, el hecho de ser “la única criatura sobre la tierra que Dios ha querido por sí misma y que no puede encontrarse a sí misma si no es a través de la entrega sincera de sí”,¹⁶ es la gran verdad al mismo tiempo contenida y revelada por la familia. Esta verdad que no

¹⁵ Juan Pablo II, Enc. *Centesimus Annus*, 1o. de mayo de 1991, núm. 53.

¹⁶ Concilio Vaticano II, *op. cit.*, núm. 24.

difiere básicamente del núcleo del Evangelio —más aún, puede también ser llamada la Buena Nueva—,¹⁷ recapitula la esencia del diseño de Dios sobre el matrimonio y la familia en el orden de la creación. La familia fundada sobre el pacto conyugal es una institución divina,¹⁸ llamada a constituir el sacramento primordial¹⁹ o misterio íntimo de Dios, a lo largo de los siglos.

Esta verdad, que también ha sido expresada con la fórmula bíblica repetida por Jesucristo —“lo que Dios ha unido no lo separe el hombre” (Mt. 19, 5)—, constituye un principio de derecho natural, al cual pueden tener y, de hecho, han tenido acceso los cristianos de todos los tiempos para inculturar la verdad revelada y transformar paulatina, pero eficazmente, las culturas en las que ellos han vivido. De igual forma, a ella pueden tener acceso todos aquellos hombres que contemplan la realidad del matrimonio y de la familia movidos por un amor sincero y verdadero. Por esta razón, afirmo que se trata de una verdad que al mismo tiempo se encuentra en el interior de la familia y es revelada por ésta a los hombres.

El matrimonio y la familia son “naturales” en el sentido de custodiar y revelar la verdad del principio. Todas las civilizaciones —en la medida en que verdaderamente son tales— reconocen en mayor o menor grado dicha verdad del principio, que está de alguna manera presente en las culturas edificadas por los hombres y las mujeres de todos los tiempos, iluminándolas desde dentro y, al mismo tiempo, trascendiéndolas. En estas páginas, debemos entender por “natural” no tanto lo que surge espontáneamente como fruto de las tendencias humanas hacia los bienes básicos, ni tampoco aquello que es vivido por todos los hombres de todas las épocas y continentes, sino más bien lo que es digno de la naturaleza personal del hombre. Este vínculo entre la “naturaleza” y lo que es “digno de la persona” es la que nos permite descubrir el modo en que se relacionan los conceptos de la naturaleza y la cultura, de derecho natural y derecho positivo.

¹⁷ Juan Pablo II, Enc. *Redemptor Hominis*, 4 de marzo de 1979, núm. 10.

¹⁸ Concilio Vaticano II, *op. cit.*, núm. 48.

¹⁹ La unión de Adán y Eva constituía ya “desde el principio” un signo de la unión de Dios con el hombre. En este sentido, se podría hablar del matrimonio en general como “sacramento” o signo del amor de Dios por los hombres. Sin embargo, por lo general el término “sacramento” suele ser reservado sólo para la unión de los esposos bautizados, por ser éste uno de los siete sacramentos de la Nueva Alianza instituidos por Cristo. Por eso, cuando me refiera a la “sacramentalidad” de la unión de los no bautizados usando también la expresión sacramento, ésta será siempre acompañada del adjetivo “primordial” u “originario” o “del principio”, para distinguirla del matrimonio de los bautizados como sacramento de la Nueva Alianza.

B. *Modo en que se relacionan la naturaleza y la cultura*

El jurista debe descubrir las luces que la “verdad del principio” proyecta sobre las diversas culturas en que vive. Como decía con anterioridad, el hombre no es sólo un ser social sino que es también esencialmente familiar. El organizarse en modo familiar no ha sido un simple momento de la evolución humana, de forma tal que —llegados a un cierto punto— los hombres pudieran prescindir de la familia. Quizás los diversos intentos históricos de eliminar la familia como instituto natural, así como las transformaciones enormes que aquélla ha sufrido en Occidente, han contribuido a delimitar, mejor que antes, qué se debe entender por el “carácter natural” de la familia.

Naturaleza y cultura son dos conceptos íntimamente relacionados, hasta el punto de que no pueden darse aisladamente. La vida del hombre se desarrolla necesariamente en una cultura, pero no se agota en ella, puesto que el mismo progreso de las culturas demuestra que en el hombre hay “algo” que las trasciende. Ese “algo” es precisamente la naturaleza del hombre, “la cual es justamente la medida de la cultura y la condición para que el hombre no resulte prisionero de ninguna de sus culturas, sino que afirme su dignidad personal en el vivir de modo conforme a la verdad profunda de su ser”.²⁰ Esta relación, tan bien precisada por Juan Pablo II, permite explicar:

- Que ninguna cultura pueda agotar la verdad del principio relativa a la familia. En el mismo momento en que el jurista quisiera afirmar la validez universal de una concreta realización histórica de la familia, por muy excelsa y conveniente que haya sido, se haría culpable de haber “enjaulado” la naturaleza humana en un concreto contexto cultural. Todos los intentos habidos en este sentido en la historia han resultado un fracaso, puesto que la naturaleza consigue siempre “vengarse” de estas injustas pretensiones de las culturas en decadencia, y lo hace trascendiéndolas.
- Al mismo tiempo, es igualmente importante afirmar que el derecho de familia no puede prescindir del vehículo cultural en el que ha de expresarse: “es propio de la persona humana el que no pueda alcanzar un nivel de vida verdadera y plenamente humano sino a través de la cultura, es decir, cultivando los bienes y los valores de la naturaleza. Por esta razón, siempre que se trata de la vida humana, naturaleza y cultura están íntimamente relacionadas”.²¹ Suele ponerse

²⁰ Cf. Juan Pablo II, Enc. *Veritatis splendor*, 6 de agosto de 1993, núm. 53.

²¹ Concilio Vaticano II, *op. cit.*, núm. 53.

como ejemplo de esta correlación el hecho de que el “hablar” humano se realiza en una multitud de “lenguajes” o idiomas, es decir, de sistemas culturales, sin que ninguno de ellos agote la capacidad comunicativa del hombre.

Esta doble correlación entre naturaleza y cultura, permite comprender que es la primera de estas realidades la que llena de sentido y significado los valores culturales, hasta el punto de que su “valor” está medido por su mayor o menor adecuación a la naturaleza humana.

Esta correlación tiene su influjo directo en la comprensión del derecho natural y positivo, como elementos que están necesariamente presentes en todo sistema u ordenamiento jurídico.²² No existen dos ordenamientos —el natural y el positivo—, sino un único sistema jurídico en el que las exigencias de justicia “originarias” de la familia (naturaleza) se integran con las necesarias determinaciones históricas derivantes del derecho positivo (cultura). Esta relación es predicable de todo ordenamiento jurídico y, por lo tanto, también del ordenamiento de la Iglesia.²³ Más aún, el ordenamiento canónico tiene una mayor sensibilidad hacia aquellos elementos pertenecientes al derecho natural, concibiendo la misión del ordenamiento positivo como un servicio ofrecido a las familias de los fieles católicos, con el fin de que éstos y aquéllas puedan desempeñar su función evangelizadora.

C. *Los sistemas de parentesco*

Los sistemas de parentesco constituyen una concreta e importante manifestación del modo como la naturaleza proyecta su luz sobre las culturas. Un sistema de parentesco es el conjunto unitario en el que una determinada cultura presenta, a través del lenguaje, las relaciones interpersonales (derivadas de la condición sexuada) que un sujeto concreto mantiene con el resto de parientes.²⁴ El auge de la antropología estructural y de la etnología ha permitido un conocimiento muy amplio y profundo de la realidad familiar y, en concreto, de los modos históricos y actuales en que ésta ha sido organizada en las diversas culturas. Aunque se ha puesto de relieve la multiplicidad de formas de organización, se ha reconocido que éstas no son infinitas y que pueden ser clasificadas y analizadas racionalmente.

²² Hervada, J., *Introduzione critica al diritto naturale*, Milán, 1990, p. 179.

²³ Franceschi, H., “*Ius divinum*” e “*ius humanum*” nella disciplina matrimoniale. *La verità del matrimonio come fondamento del sistema matrimoniale canonico*, en Arrieta, J. I. (ed.), *Ius divinum*, Venecia, 2010, pp. 773-817.

²⁴ Moreno, A., *Sangre y libertad*, Madrid, 1994, pp. 11-42.

El estudio de los sistemas de parentesco ha llevado a reafirmar la existencia de normas transculturales, es decir, universales, que están en la base y sirven de fundamento de todos los sistemas existentes. Suele reconocerse, entre los antropólogos, que la norma fundante del sistema de parentesco y condición de posibilidad de la familia está constituida por la prohibición del incesto, por aquella norma presente en todas las culturas en cuya virtud a un sujeto le está impedido contraer nupcias con otro miembro de la propia familia.

La prohibición del incesto produce importantes efectos y consecuencias jurídicas que serán estudiadas más adelante, así, por ejemplo, la posibilidad de que en los sujetos de una familia existan identidades y relaciones que son irreductibles e inconfundibles.

Los cristianos han vivido las exigencias de su fe y de la verdad revelada en contextos culturales y tradiciones jurídicas muy distintas entre sí. La toma de conciencia de la novedad de la doctrina cristiana, sobre todo por lo que respecta a la verdad relativa a la indisolubilidad del matrimonio, ha consentido que se produjera, de un modo lento pero eficaz, una transformación de los sistemas de parentesco propios de las civilizaciones en los que aquellos cristianos vivieron.

3. La noción de familia implícita en el ordenamiento de la Iglesia

El ordenamiento jurídico de la Iglesia en el que se regulan el matrimonio y la familia contiene una noción implícita de familia, que se deriva de la comprensión que la tradición canónica de la Iglesia ha logrado precisar a lo largo de los siglos.

A. Principios canónicos que delimitan una precisa noción de familia

Por razones de orden histórico, el derecho canónico no ha ofrecido a la cultura occidental una noción explícita de familia, sino que más bien ha ido manifestando una noción implícita de la misma a través de las normas que regulan el instituto matrimonial. Para la tradición canónica, en efecto, el matrimonio no es una relación privada, cerrada en el egoísmo de la pareja, sino una unión estructuralmente ordenada a la familia. Tal ordenación intrínseca del matrimonio a la familia se pone de manifiesto en los siguientes elementos o principios canónicos: 1) hay familia únicamente allí donde existe matrimonio; 2) sólo existe matrimonio allí donde se da una ordenación intrínseca a la más grande comunidad familiar; 3) el matrimonio es una

relación familiar, y 4) tanto el matrimonio como la familia encuentran su origen en el pacto conyugal.

a. Hay familia únicamente allí donde existe matrimonio

El derecho canónico continúa manteniendo una distinción que está paulatinamente desapareciendo de los ordenamientos civiles estatales. Nos referimos a la diferencia radical entre la filiación legítima y la ilegítima. El canon 1137 del Código de Derecho Canónico de 1983 (en adelante CIC) establece, en efecto, que “son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo”. La razón estriba en que, para la tradición canónica, la familia —y con ella todas las relaciones parentales— encuentra su fundamento en el matrimonio legítimo.

b. Sólo existe matrimonio allí donde se da una ordenación intrínseca a la más amplia comunidad familiar

El canon 1055 CIC establece que “la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”. Una de las características del ordenamiento canónico ha sido la de vincular como realidades inseparables la relación conyugal con el fin primario de la procreación y educación de la prole. Durante siglos, la doctrina ha definido este fin con el término de “fin primario”, queriendo indicar precisamente esta ordenación estructural del matrimonio a la familia. Esto es así hasta el punto que si los cónyuges en el momento del pacto conyugal, mediante un acto positivo de voluntad excluyeran radicalmente la ordenación del matrimonio al *bonum prolis*, el consentimiento sería nulo (canon 1101, CIC).

c. El matrimonio es esencialmente una relación familiar

A pesar de que este aspecto ha quedado bastante oscurecido en la cultura jurídica occidental de los últimos siglos, lo cierto es que el ordenamiento canónico sigue considerando al matrimonio como una relación familiar. No podía ser de otro modo, si se considera que en la Biblia y en la tradición canónica la unión conyugal es considerada desde la perspectiva de la *una caro*, es decir, de la unidad en la naturaleza o principio generativo humano. El

hombre y la mujer, al entregarse mutuamente el uno al otro, no se limitan a crear un vínculo jurídico de naturaleza contractual, sino que constituyen la primera relación jurídico-familiar, ya que son los primeros parientes o consanguíneos. Esta afirmación queda perfectamente corroborada por la característica de la defensa canónica de la indisolubilidad del vínculo, puesto que éste conserva las propiedades de la indisolubilidad y de la unidad incluso a pesar de que los esposos no puedan tener hijos (canon 1056, CIC).

d. En el pacto conyugal no sólo se constituye el vínculo, sino también la comunidad familiar

“La familia encuentra su inicio a partir de la comunión conyugal, que el Concilio Vaticano II califica de «alianza» en la que el hombre y la mujer se entregan y se aceptan «mutuamente»”.²⁵ El hecho de que el matrimonio esté ordenado para los hijos, no significa que sean éstos los que confieran la naturaleza familiar al matrimonio. La unión conyugal es familiar por naturaleza. La familia no comienza a existir con la concepción o el nacimiento del hijo, sino a partir del momento mismo en que los esposos se entregan el uno al otro para constituir la primera relación familiar, siempre que consideren esta unión ordenada a la más amplia comunidad familiar.

Esto no significa que se confundan los conceptos de matrimonio y de familia, los cuales siguen conservando su propia autonomía. Como veremos más adelante, el hecho de que en el momento del pacto conyugal coincidan la comunidad conyugal y la familiar no significa que se deban confundir ambos conceptos.

B. *Ni el matrimonio ni la familia son realidades exclusivamente biológicas*

Aunque esta característica de la noción canónica de familia merece una especial atención —a ella dedicaré el próximo epígrafe—, es necesario advertir que —contra lo que se suele pensar— el ordenamiento canónico no considera la dimensión biológica como realidad definitoria del matrimonio y de la familia. En efecto, si por “esencial” se entiende aquel elemento que no puede faltar en el ente, porque pertenece a su definición, la dimensión “biológica” no puede ser considerada como tal. Por lo que siendo aspectos que serán desarrollados en su momento, me limitaré a señalar que:

²⁵ Juan Pablo II, *Carta...*, *cit.*, núm. 7.

- El ordenamiento canónico ha defendido siempre la validez de las uniones matrimoniales que, por motivos legítimos, no hayan sido consumadas mediante la primera cópula conyugal, aunque haya exigido la necesidad de que ésta sea posible, pues el matrimonio se funda en la diversidad y complementariedad entre varón y mujer (canon 1061§1 CIC).
- El ordenamiento canónico, siguiendo una tradición radicada en el derecho romano, equipara la filiación surgida por la adopción a la filiación con fundamento biológico.

Podría suceder que en una familia legítima establecida por fieles católicos, las diversas personas que la constituyeran estuvieran unidas por vínculos o relaciones familiares sin fundamento alguno en la dimensión biológica. Así sucedería, por ejemplo, en el supuesto de que los esposos —por motivos legítimos que no comportaran una exclusión de algún elemento esencial del matrimonio— no hubieran querido consumir su unión mediante el acto conyugal. Entre ellos existiría una relación válida, interpersonal que, no obstante, no habría alcanzado el ámbito de la comunión sexual entre marido y mujer en su vertiente física. Al mismo tiempo, estos mismos esposos habrían podido adoptar a lo largo de sus vidas varios hijos. En este caso, podrían coexistir diversas relaciones familiares, sin que entre los sujetos que las constituyen hubiera ligámenes de naturaleza biológica más allá de la realidad de ser varón y mujer que se han donado en cuanto a tales.

La constatación de que la dimensión biológica no constituye el único elemento definitorio de la noción canónica de familia —puesto que puede existir la familia sin que exista dicha dimensión— nos plantea el problema de la relevancia jurídica de la dimensión biológica de la misma, porque esta dimensión está llamada a cumplir una función fundamental en cualquier ordenamiento jurídico que regule la familia.

4. *La dimensión biológica de la familia*

A. *La visión prevalentemente jurídica de la familia*

En el derecho romano, la familia era un concepto exclusivamente jurídico, sin fundamento biológico. Era la comunidad constituida por el conjunto de personas sometidas a la potestad del *paterfamilias*. Esta noción meramente jurídica permite explicar algunas características muy marcadas del derecho romano antiguo:

- El *paterfamilias* podría no ser padre desde el punto de vista biológico, tanto porque no tuviera hijos propios como por no haberse casado. En ese caso, la familia estaría constituida sólo por los esclavos y servidores. Incluso en el supuesto de que se hubiera casado y tenido hijos, el *paterfamilias* no pertenecía nunca a la familia, precisamente porque estaba “encima” de ella.
- La mujer pasaba a formar parte de la familia sólo en el caso de que interviniera un preciso acto jurídico: el llamado *matrimonium cum manu*. En el matrimonio *sine manu*, en cambio, la mujer seguía formando parte de la familia de origen, es decir, era sometida a la potestad de su propio *paterfamilias*.
- Los hijos no pasaban a formar parte de la familia ni por la concepción ni por el nacimiento. La filiación constituía también un acto jurídico realizado por el *paterfamilias* que, al aceptar al hijo alzándolo en alto, lo introducía en la sociedad y lo convertía en *filius*, y en ciudadano romano.

En el derecho romano, en efecto, las familias “naturales” de los esclavos no eran conocidas como tales. La familia era una institución romana, propia de los ciudadanos romanos. Lo cual no significa que se desconociera la realidad familiar de los demás pueblos, organizada según el *ius gentium*.

Esta visión exclusivamente jurídica de la familia —como veremos más adelante— ha sido superada gracias a la evangelización cristiana, que ha sabido descubrir una dimensión intrínsecamente jurídica y ética en el ejercicio de la sexualidad. No obstante, en los últimos decenios se está produciendo una vuelta cultural a planteamientos parecidos a los existentes en el derecho romano. El ser familiar no constituiría una realidad estructurada por el derecho natural y por la dimensión jurídica de la sexualidad humana, sino que sería fruto de la convención realizada por las personas. No existirían más normas que las que cada uno quisiera establecer mediante su libertad: los Estados tendrían que limitarse a garantizar el más amplio margen de libertad de los individuos, como hemos visto en el reconocimiento, por parte de muchos países, de otro tipo de uniones, que no responden a lo que por su naturaleza “es” el matrimonio, llamándolas, sin embargo, matrimonio.²⁶

Tanto la visión jurídica propia del mundo romano como la visión totalmente convencional —sin los límites propios de la naturaleza— tendrían un elemento positivo, que es el haber entendido que la esencia de la familia no está exclusivamente en la dimensión biológica de la sexualidad. Sin embar-

²⁶ Cfr. Llanes, M. I., *Del sexo al género. La nueva revolución social*, Pamplona, 2010.

go, tanto una como otra visión incurren en un desprecio de las exigencias jurídicas intrínsecas de la sexualidad humana.

Entre los antropólogos y los etnólogos de los últimos decenios, quienes adoptan una visión jurídica de la familia se sitúan en lo que se ha calificado de “sector horizontalista” de la doctrina antropológica. En el fundamento de la familia existiría una alianza entre familias y, por lo tanto, un acto de libertad.

B. *La visión “biologista” de la familia*

Como decía con anterioridad, la evangelización cristiana logró superar la visión exclusivamente jurídica de la familia, consiguiendo que con el paso de los siglos se llegara a una noción de familia sustancialmente idéntica a la que nos hemos referido en los epígrafes anteriores.²⁷ La familia está básicamente constituida por la comunidad formada por los esposos junto con los hijos tenidos por ellos, fruto de sus relaciones conyugales.

No obstante, de un modo paulatino, la cultura occidental ha caído en lo que se puede llamar visión *biologista* de la familia. Según esta visión, la esencia de la familia y de cada una de las relaciones familiares estaría constituida por “ser hechos de naturaleza biológica”, hechos relativos a la “sangre”. La relación familiar por excelencia sería precisamente la filiación, porque en ella el ser mismo de la persona estaría vinculado a la aportación propia de los gametos masculino y femenino de los progenitores biológicos. La filiación no nacería de un acto sino de un hecho: para unos, la concepción; para otros, el nacimiento. En todo caso, la filiación sería una realidad exclusivamente biológica, cuya realidad permanecería siempre idéntica a sí misma. El ordenamiento podría sólo “reconocerla” o “no reconocerla”, o modificarla a su antojo, pero siempre quedaría la evidencia de su existencia como hecho biológico.

Esta visión biologista, que se ha afirmado en la cultura jurídica occidental desde hace siglos, estaría presente en un esquema muy difundido en la sociedad actual: los esposos al casarse sólo crearían un vínculo de naturaleza contractual, pero que no tendría carácter familiar. La familia comenzaría a existir a partir del nacimiento del primer hijo.

Siguiendo la división a la que hacíamos referencia entre “horizontalistas” y “verticalistas”, se podría decir que la otra mitad de los antropólogos y etnólogos opuesta a la “visión jurídica” horizontalista, se sitúan en la categoría de los “verticalistas”, quienes ven a la sociedad como una agregación

²⁷ Cfr. Herlihy, D., *La famiglia nel medioevo*, Bari, 1987.

de familias elementales, cada una de las cuales estaría formada por un hombre, una mujer y sus hijos. Esta familia tendría un fundamento biológico y psicológico. Por ello, la familia elemental sería el fundamento de toda la organización social.

Más aún, las relaciones de “sangre” serían las más naturales de todas. De ahí que en la segunda mitad de siglo XX se haya intentado construir una nueva ciencia, la *sociobiología*, que estaría basada en la idea de que el fundamento de las relaciones de parentesco se encontraría en la biología.

La polémica entre la sociobiología y la antropología social en torno al parentesco —han escrito Arregui y Rodríguez Lluesma— resulta muy ilustrativa de sus conceptos de naturaleza y cultura. Para los primeros, la naturaleza humana es meramente un conjunto de hechos biológicos; para los segundos, la cultura es un sistema de símbolos que sobrevuela los elementos “naturales”. No hay conexión entre una y otra. La cultura no desvela un significado que se encuentra de algún modo implícito en la naturaleza biológica, sino que el orden simbólico se construye *frente* al de los hechos biológicos. Como biología y cultura se comportan como el agua y el aceite, no parece haber relación entre un hecho biológico y su significado cultural.²⁸

C. *La función de la dimensión “biológica” de la familia desde una perspectiva antropológica de signo personalista*

Así, podemos afirmar que la dimensión biológica, aunque no sea “esencial” desde el punto de vista que hemos expuesto, cumple una función insustituible en el derecho de familia, pues no se puede olvidar que se trata de una dimensión constitutiva de la persona y de la sexualidad humana. La persona humana es una unidad, “un alma encarnada en un cuerpo o un cuerpo animado por un alma”.²⁹

Los actos de la persona humana no son una mera decisión de un espíritu libre que se autoproyectaría hacia el futuro, a partir de presupuestos físicos o materiales; tampoco estamos ante una mera asunción consciente por parte de la libertad de impulsos instintivos, en los cuales habría que encontrar la esencia de la conducta humana. Como luego veremos, la persona es “sujeto” de los actos jurídicos desde su compleja condición corpórea, sexuada y familiar, es decir, desde las identidades personales desde las que actúa con eficacia moral y jurídica. La dimensión biológica no es esencial

²⁸ Arregui, J. V. y Rodríguez Lluesma, C., *Inventar la sexualidad*, Madrid, 1995, p. 28.

²⁹ Juan Pablo II, Enc. *Veritatis...*, cit., núm. 48.

en los actos humanos, puesto que es la voluntad la causa eficiente de aquéllos, pero de todos modos es parte constitutiva de los mismos. Es por esta razón que la comunidad familiar cuyos miembros están unidos por puras relaciones interpersonales, sin fundamento biológico —que es el ejemplo que hemos puesto en el epígrafe anterior para mostrar la no exclusividad de la dimensión biológica en la noción canónica de la familia— no puede ser puesta como modelo o paradigma de familia, ya que deberá tener siempre un carácter excepcional.

En otros términos, la dimensión biológica no puede ser entronizada como eje de la ética y del derecho natural, mas tampoco puede desecharse como si no tuviera ningún valor en la comprensión de las realidades humanas. Una visión monista que considera la unidad espiritual y corpórea de la persona humana, permite no caer en ninguno de los extremos a los que llevan las posturas dualistas.

Por ello, concluyo afirmando la necesidad de recuperar una visión unitaria de la persona humana, en la que el cuerpo y el alma no son dos realidades unidas accidentalmente, sino dos componentes inseparables de la realidad “una” que llamamos persona humana.

III. LA DIMENSIÓN FAMILIAR DE LA PERSONA HUMANA

1. *Planteamiento del tema*

En los últimos decenios se ha producido una gran floración de estudios sobre la familia, la cual ha sido contemplada desde casi todos los puntos de vista posibles. Entre ellos, puede también contarse el punto de vista filosófico-metafísico. Uno de los puntos generalmente más señalado por los diversos estudiosos es el de acceder a la familia desde una nueva noción metafísica de la persona, puesto que desde las nociones antropológicas clásicas difícilmente se podía alcanzar la noción de familia y las derivadas de aquélla (relación familiar, identidad familiar, condición sexuada, etcétera).

La metafísica y la antropología clásicas, en líneas generales, no tomaban en consideración directa a la familia, sino que —como vimos antes, al examinar la noción implícita de familia en el ordenamiento canónico— ésta era estudiada en modo indirecto a través de algunos principios mediante los que quedaba suficientemente asegurado el ligamen profundo existente entre estas dos instituciones: de modo que la familia está fundada sobre el matrimonio y es desarrollo vital del mismo.

Pero tanto en el ordenamiento jurídico clásico que ha heredado la tradición jurídica de la Iglesia como en los tratados metafísicos y antropológicos, no había una reflexión *in recto* sobre la familia. Existían, eso sí, unos presupuestos previamente aceptados acerca del derecho natural y el acuerdo de que el primer paso para la constitución de la familia estaba dominado por la libertad, puesto que el vínculo matrimonial —eje de todo el derecho matrimonial y familiar— sólo puede ser constituido por el acto libérrimo del consentimiento bilateral de los esposos.

El contexto actual del derecho canónico de familia se encuentra dominado por dos líneas de fuerza:

- La existencia de un ordenamiento jurídico —el derecho canónico matrimonial— que está construido sobre una noción implícita de familia.
- La descomposición más absoluta del modelo clásico en la generalidad de los ordenamientos civiles de familia. Después de las abundantes reformas en este ámbito es ya imposible entrever siquiera las nociones básicas que habían estado en la base y en los fundamentos del sistema de familia clásico vigente hasta mediados del siglo XX.

En este contexto, el jurista puede intentar la vía de explicitar los fundamentos últimos de su propio sistema, mas al hacerlo se encontrará con la necesidad de emplear nuevos instrumentos conceptuales, que necesita tomar prestados de otras ciencias. Una de esas nociones básicas que junto a la de “familia” tiene que constituir el centro y el eje de todo el sistema, consiste en la noción de persona.

La gran descomposición del sistema familiar clásico, que ha sido sustituido por legislaciones civiles en las que falta claramente una noción de familia, parece haberse efectuado bajo la bandera de la libertad individual.³⁰ Los derechos del “individuo” han ocupado el centro de los sistemas jurídicos. El derecho de familia que han producido es un derecho de signo “individualista” o “egoísta”, es decir, antifamiliar, puesto que la familia es comunidad de personas (llamadas a la donación de sí) y de relaciones. En los actuales ordenamientos estatales existe una antropología implícita en la que el individuo, entendido como libertad, sería tanto más perfecto cuanto menos limitaciones tuviera. Los vínculos familiares —desde esta visión— constituirían pesos insoportables para la autoafirmación y la autodeterminación personales y, por esta razón, habrían sido sacrificados en el altar de la libertad individual.

³⁰ Cfr. Martínez de Aguirre, J. G., *El matrimonio invertido*, Madrid, 2012.

El derecho de familia de la Iglesia, que puede otorgar muchas luces en la construcción de un verdadero derecho de familia en los ordenamientos estatales, debe explicitar las nociones básicas del ordenamiento canónico, con la precisa intención de proponerlo a la sociedad como punto de referencia cultural. En este apartado, que tiene por objeto el estudio de la dimensión familiar de la persona, no intentaré definir qué es la persona humana sino que me limitaré a exponer aquellos elementos que la metafísica personalista emplea para comprender que la persona humana no es “una libertad que se autoproyecta desde sí misma”, sino un sujeto que sólo puede actuar con eficacia y responsabilidad desde la autoconciencia de su identidad personal y familiar.

Siendo este el objetivo —examinaré— en primer lugar, cuáles son las principales fases del proceso de autorrealización personal por las que el sujeto pasa hasta llegar a una satisfactoria autoconciencia de sí mismo, de su identidad y de su vocación. Sucesivamente, expondré de forma breve tanto la dimensión comunal de la persona como la noción y explicitación de las principales “identidades familiares”.

2. Las principales fases del proceso de autorrealización personal

La persona es siempre “la” misma desde su concepción hasta su muerte, pero no siempre es “lo” mismo. En este epígrafe pretendo mostrar lo que podría llamarse el esquema básico necesario para poder entender qué son y en qué momento se adquieren las distintas “identidades” personales de naturaleza familiar. Para ello partiremos de un concepto metafísico de persona —el sujeto subsistente o “yo” puntual— que es el supuesto o “sustancia individual” en el que se da la vida humana. Este “yo”, que es sustancialmente idéntico a sí mismo desde la concepción hasta la muerte, atraviesa por fases de crecimiento constante, entre las cuales cabe destacar principalmente aquéllas directamente relacionadas con la familia: la fase embrionaria, la fase de aprendizaje cultural, la autodeterminación de la libertad.

A. El “yo” puntual

De la cultura clásica y cristiana procede un concepto de persona que puede expresarse según la definición célebre de Boecio: “sustancia individual de naturaleza racional”. El término “sustancia” indica que la persona es el supuesto que “está debajo” de todos los accidentes, de su historia y biografía

personal. Por ser de naturaleza racional y gozar de la libertad, la persona es también responsable, es decir, puede “comprometerse” y puede “responder” de sus actos y compromisos. Mediante su actuación libre y responsable, la persona humana es, en cierto modo, “progenitora de sí misma”,³¹ es decir, se convierte en un ser bueno o malo, según su conducta sea respectivamente buena o mala. Es el “yo” puntual quien conduce su propia existencia: en las primeras fases, de modo inconsciente a través de dinamismos físicos y psicoafectivos; más tarde, también y sobre todo a través de su libertad o capacidad de autodeterminación.

No cabe duda de que la determinación última de la persona está confiada a su conciencia y a su libertad, las cuales pueden ser ejercidas desde que ésta llega al uso de la razón y alcanza la debida discreción de juicio. Sin embargo, eso no significa que sólo exista la persona allí donde haya capacidad de autodeterminación o autoconciencia. Una afirmación, muy difundida hoy en día, denotaría una clara carencia en el conocimiento de la metafísica: el concepto de persona reclama un sujeto metafísico, antes que jurídico o moral. Es en virtud de este concepto metafísico que se puede hablar de la personalidad a partir de la concepción misma del embrión, sin importar que éste pueda sufrir una enfermedad o malformación que le impedirán ejercer las facultades superiores y construirse su propio proyecto autobiográfico. En este sentido, este “yo” puntual goza de derechos inviolables por el hecho de ser persona, por gozar de una dignidad en virtud de la cual debe ser siempre amado y respetado.³²

El concepto de dignidad sería ininteligible si el valor de la persona quedara subordinado a la necesidad de un reconocimiento ajeno. Spaemann ha demostrado racionalmente que “sólo el valor del hombre «en sí» —no únicamente para los hombres— hace de su vida algo sagrado y confiere al concepto de dignidad esa dimensión ontológica sin la cual no puede pensarse siquiera lo que con ese concepto se quiere expresar. El concepto de dignidad significa algo sagrado”.³³ En última instancia, la dignidad de la persona encuentra su fundamento en Dios:

...el reconocimiento de Dios no se opone en modo alguno a la dignidad humana, ya que esta dignidad tiene en el mismo Dios su fundamento y perfección. Es Dios creador el que constituye al hombre inteligente y libre en la

³¹ Juan Pablo II, Enc. *Veritatis...*, cit., núm. 71.

³² Cfr. Giovanni Paolo II, Enc. *Evangelium Vitae*, 25 de marzo de 1995, p. 71; Massini Correias, C., *El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos*, en Varios autores, *Evangelium vitae e diritto. Acta Symposii Internationalis in Civitate Vaticana celebrati, 23-25 maii 1996*, Ciudad del Vaticano, 1997, pp. 140-146.

³³ Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, Madrid, 1989, p. 102.

sociedad. Y, sobre todo, el hombre es llamado, como hijo, a la unión con Dios y a la participación de su felicidad.³⁴

El “yo” puntual, metafísico, está llamado a autorrealizarse o determinarse en diversos planos:

La infinitud del intelecto pertenece al yo y, por tanto, el yo puntual que es el sujeto metafísico es abierto e indeterminado, y tal indeterminación debe ser vencida en la existencia concreta. La determinación del yo acontece en la vida, en su biografía. En cuanto que el yo no es todavía lo que puede ser, aparece la distensión temporal que pertenece intrínsecamente al ser humano, y con ella una cierta no identidad consigo mismo: el yo que es siempre el mismo no es siempre lo mismo. La indeterminación que el yo es aparece en varios planos: en el de la conciencia, donde la indeterminación se vence mediante el saber; en el de la existencia, donde se salva mediante las decisiones; en el psicológico, donde se salva mediante el temperamento; y en el sociocultural, donde se vence mediante la formación y el proceso educativo. El yo tiene que autodeterminarse o realizarse en los cuatro planos, y autodeterminarse significa aquí individuarse.³⁵

B. *El proceso de formación de la personalidad: el ser humano es un “ser confiado a los demás”*

La primera etapa en el camino de formación de la personalidad suele denominarse “proceso embrionario”, porque el “yo” puntual —que es un viviente que contiene en sí mismo la ley de su desarrollo— no recibe un cuerpo desde fuera sino que más bien lo construye a partir de un material genético. Sería, de todos modos, un error pensar que este proceso tenga exclusivamente naturaleza biológica.

En la fase embrionaria el “yo” puntual construye su propio organismo como cuerpo de varón o de mujer —lo cual se conoce con el nombre de sexo biológico (genotípico y fenotípico)—, aunque dicha “construcción” desde el punto de vista psíquico no hace más que empezar, puesto que las experiencias futuras del niño y del adolescente adquieren una importancia fundamental para el reconocimiento de la propia condición sexual.

También presenta una importancia y un significado antropológico, y jurídico de primer orden el momento del nacimiento. No debe olvidarse que en la tradición jurídica europea la noción misma de la persona estaba ligada al nacimiento. En ese momento el niño es —debe ser— recibido por los pa-

³⁴ Concilio Vaticano II, *op. cit.*, núm. 21.

³⁵ Arregui, J. V. y Choza, J., *Filosofía del hombre*, Madrid, 1991, p. 434.

dres, por la familia y por la sociedad. En esa tradición, el nacimiento conlleva la necesidad de que el recién nacido sea acogido por sus padres —se trata de un deber moral y jurídico— y, por parte de la sociedad, surge también la necesidad jurídica de “reconocerlo” como persona, y un sujeto de derechos y deberes. De todos modos, como ya vimos en el epígrafe precedente, el mayor conocimiento de la fase embrionaria y el principio de la dignidad de la persona obligan a reconocer el carácter de ésta —en sentido metafísico— al embrión desde su concepción.

En la primera infancia —los primeros años de vida del “yo” puntual— son también determinantes desde el punto de vista de la formación de la personalidad. A diferencia de la gran mayoría de los animales, el hombre nace muy incompleto y es mucho lo que tiene que aprender para poderse construir un cuerpo plenamente “humano” y poder valerse por sí mismo en la sociedad. En el caso de ser abandonado a sí mismo, no sólo no podría aprender ningún idioma ni tan siquiera caminar, sino que pasados unos años perdería incluso de modo irreversible la capacidad de aprender. Lo mismo puede decirse para la vida afectiva: hay carencias o heridas recibidas en la tierna infancia que dejan una huella impercedera en la vida de la persona.

Siempre que cumpla con su misión, la familia es quien asegura que la persona recibirá los cuidados necesarios para que pueda constituirse como un sujeto capaz de establecer relaciones interpersonales. De un modo inconsciente quizá, las familias cumplen con esa misión de “acoger” o recibir a la persona. El primer contacto con la realidad no es —no debe ser— la sensación de haber sido arrojado a la existencia, sino de sentirse acogido por la mirada amorosa y por las caricias de la madre. Esa que debería ser la primera impresión existencial después del nacimiento, corresponde a la misión recibida por la familia: la de acoger la vida humana que ha sido confiada a la comunidad familiar. En esa acogida están todos los miembros de la familia igualmente obligados, aunque lógicamente cada uno con las responsabilidades propias derivadas de la específica relación familiar que respectivamente le una al recién nacido.

C. La cultura como principio de integración de la personalidad

Es mérito de la antropología y de la sociología actuales el haber profundizado en esta fase del desarrollo de la persona, que ha recibido diversos nombres: proceso de inculturación, fase de socialización primaria, etcétera. Con estas expresiones se quiere indicar que la persona no puede llegar a sí mismo si no es mediante la asunción de:

...pautas, valores y roles culturales, que son los que, por otra parte, abren al hombre a la universalidad... Al terminar el proceso, al asimilar la formación, el hombre se ha construido existencialmente como *humano*. Es un miembro de determinada familia y determinada sociedad; habla un idioma concreto (o varios); su temperamento se ha modulado en un carácter más o menos preciso; mantiene singulares normas de conducta; rigen para él unos valores, ideales o arquetipos morales y no otros; vive una religión y en un modo específico; ha asumido determinados gustos críticos y le resultan atractivos y le son posibles unos precisos proyectos profesionales. Es decir, cuando el proceso de formación ha concluido, el hombre tiene ya una personalidad, es “alguien” para sí y para los demás, su humanidad tiene ya un contenido concreto. Y si la formación se ha asimilado satisfactoriamente, el resultado es una personalidad integrada que a su vez se integra en una familia y una sociedad, de lo que resulta una mejor integración de la familia y la sociedad mismas.³⁶

Es preciso subrayar que en el proceso de adquisición de una personalidad es quizá mucho más lo que se recibe que lo que activa y conscientemente el sujeto elige para sí. Como veremos más adelante, el concepto de “identidad” le dice relación a todos aquellos aspectos que el sujeto tiene en común con otros miembros de la familia y de la sociedad, y en virtud de los cuales él puede adquirir conciencia de sí mismo. Así, ocurre también con otras identidades recibidas normalmente en las primeras semanas de vida —como la identidad de cristiano, a raíz del bautismo— que son “donadas” a la persona, pero de las que ésta no tendrá plena conciencia hasta que alcance la madurez.³⁷ Y, sin embargo, algunas de estas identidades son tan fundamentales para el desarrollo futuro de la persona, que se constituyen antes de que pueda haber un acto de autoconciencia. Eso no significa que dichas “identidades” se constituyan al margen de la libertad: el adecuado desarrollo de las mismas exige que el sujeto se reconozca a sí mismo en la concreta identidad de que se trate.

D. *La acción libre como principio de integración de la personalidad*

Como se ha podido intuir, las anteriores fases son, en cierto sentido, “previas” y no tendrían ningún sentido “humano” si no tendieran a posibilitar esta última fase que se puede calificar como la de la “autorrealización” en sentido estricto. El hombre es capaz de fijarse sus propios fines y puede prometer, porque al ser inteligente y libre puede anticipar el futuro. Todo

³⁶ *Ibidem*, p. 441.

³⁷ *Cfr.* Juan Pablo II, Enc. *Fides et Ratio*, 14 de septiembre de 1998, núm. 32.

hombre fija para sí mismo, de modo más o menos consciente, un proyecto de vida. Todas sus actividades se articulan —no siempre de modo coherente y armónico— en torno al fin último elegido, en el que el sujeto cifra su felicidad.

Debe tenerse en cuenta que las diversas fases se solapan. El proceso, a nivel biológico, corre paralelo a las diversas fases de desarrollo de la propia identidad personal. Un momento particularmente importante de la vida de la persona es el de la adolescencia, puesto que se experimentan algunos cambios tanto corporales y fisiológicos como de carácter psíquico y espiritual. El problema estriba en que este momento del desarrollo biológico de la persona no siempre corresponde perfectamente con el proceso de inculturación o de socialización. Así, mientras durante siglos y en casi todas las culturas la pubertad indicaba el momento propio para contraer matrimonio (sobre todo para las mujeres), en la actualidad el proceso de formación cultural es mucho más largo y complicado. De este modo, los procesos de orden fisiológico o biológico no van siempre acompañados por un correlativo desarrollo o madurez psíquica. Por otra parte, los posibles desfases e incongruencias entre una fase y otra tienen repercusiones inmediatas en el ámbito de la autorrealización ética de la persona. Muchas desviaciones y trastornos sociales, y afectivos, que se manifiestan especialmente en la adolescencia y la juventud, tienen su origen tantas veces en perturbaciones producidas en las fases anteriores.

El proceso de formación de la personalidad, que ha sido descrito en términos generales, nos deberá servir de cuadro o marco de referencia para el desarrollo de las diversas identidades personales y familiares. Antes de ocuparnos del estudio de algunas de estas identidades, las que parecen más importantes a los efectos de explicitar la dimensión familiar de la persona, hago una breve referencia a la cuestión de la identidad sexual, pues considero que esta condición es fundamental para entender adecuadamente cada una de las identidades familiares. En primer lugar, examinaremos la identidad sexual, cuyo estudio se revela enseguida como una cuestión previa al análisis de las identidades familiares propiamente dichas, es decir, aquellas que constituyen los términos subjetivos de las relaciones familiares.

Al respecto, sostengo que el hecho de que la persona no “elija” su condición sexual, sino que sólo pueda aceptarla —o rechazarla— no supone una quiebra de la libertad personal. Lo sería para quien concibiera la libertad como la mera capacidad de elegir. Muy al contrario, la condición sexual constituye un “don” que la persona recibe y que —lejos de limitar la libertad— la posibilita, puesto que la persona que asume la verdad de su condición sexuada puede ejercitar el principal derecho que deriva de la misma:

el *derecho al matrimonio*. Y, al revés, la obstinada refutación de la propia condición, cualquiera que sea la causa, culpable o inculpable, puede incidir muy negativamente en el crecimiento integral de la persona, llegando a originar incluso una incapacidad psíquica para constituir el matrimonio y la familia.

Esta característica de la condición sexual como “don” es propia, como veremos inmediatamente, de la realidad familiar. En los primeros años de la vida familiar es mucho más lo que se recibe que lo que efectivamente la persona humana está en condiciones de dar. Pero todos estos dones e identidades recibidos juegan a favor de la libertad real de la persona, es decir, de aquella que le hace capaz de adquirir la perfección propia de su condición personal y convertir la propia existencia en un don para los demás. En los próximos epígrafes examinaremos, en primer lugar, la apertura de la persona a la comunión con los demás y, seguidamente, las principales identidades familiares que perfeccionan a la persona como fruto de dicha apertura, a través de la donación personal, propia y de los demás.

3. *La persona humana: ser llamado a la comunión*

“El hombre no puede vivir sin amor. El permanece para sí mismo un ser incomprendible, su vida está privada de sentido si no se revela el amor, si no se encuentra con el amor, si no lo experimenta y lo hace propio, si no participa en él vivamente”.³⁸

Dios ha creado al hombre a su imagen y semejanza: llamándolo a la existencia *por amor*, lo ha llamado al mismo tiempo *al amor*. Dios es amor y vive en sí mismo un misterio de comunión personal de amor. Creándola a su imagen y conservándola continuamente en el ser, Dios inscribe en la humanidad del hombre y de la mujer la vocación y consiguientemente la capacidad y la responsabilidad del amor y de la comunión. El amor es por tanto la vocación fundamental e innata de todo ser humano.³⁹

Estos dos conocidos textos del magisterio de Juan Pablo II pueden servir para concluir el estudio de la dimensión familiar de la persona e introducirlos en los de “relación familiar” y “comunión de personas”. El hábitat humano en el que la persona suele descubrir el amor, el misterio de la comunión de personas, es la familia de fundación matrimonial. En ella la persona puede descubrir, aunque no sea consciente de ello, el valor de la entrega

³⁸ Juan Pablo II, Enc. *Redemptor...*, *cit.*, núm. 10.

³⁹ Juan Pablo II, Ex. Ap. *Familiaris Consortio*, núm. 11.

personal en la que se perfecciona y culmina el amor. “La familia recibe *la misión de custodiar, revelar y comunicar el amor*, como reflejo vivo y participación real del amor de Dios por la humanidad y del amor de Cristo Señor por la Iglesia su esposa”.⁴⁰

En la familia este amor no es pasajero o transeúnte, sino que adquiere un carácter estable como la persona misma. Más aún, desde una perspectiva estrictamente jurídica, puede decirse que el amor de familia conserva todas las características del amor de benevolencia o de amistad, añadiendo una característica propia y específica: es un amor debido en justicia, precisamente porque tiene como base una relación familiar, con profundas exigencias de justicia.⁴¹ En efecto, la norma o principio personalista —cuyo ámbito propio de vigencia suele ser el mundo ético— adquiere en el caso de la familia una dimensión jurídica. Los padres deben amar a sus hijos, y ese deber es no sólo moral sino también jurídico: no importa que el cumplimiento de tal deber no pueda ser constreñido por la fuerza pública ni que sea difícilmente medible desde el punto de vista práctico. El caso es que el amor paterno es debido en justicia y su incumplimiento genera consecuencias jurídicas en el ordenamiento canónico.

El principio personalista que responde a “la exigencia moral originaria de amar y respetar a la persona como un fin y nunca como un simple medio”,⁴² debe cumplir un papel directivo en el ordenamiento jurídico familiar, puesto que —como hemos visto repetidamente— la familia se edifica sobre el pacto conyugal, en cuya virtud los esposos se entregan el uno al otro constituyendo el vínculo matrimonial. El acto fundacional de la familia y, en última instancia, también de cada relación familiar, es un acto de entrega, en cuya virtud lo que antes podía ser gratuito a partir de la existencia de la relación familiar comienza a ser “debido en justicia”.

Conviene tener en cuenta que es preciso purificar el concepto de justicia para poderlo aplicar correctamente al derecho de familia. Mientras en la concepción bíblica la justicia era sinónimo de “santidad”, la reflexión posterior filosófico-jurídica ha llegado a reducir el campo semántico de la palabra, incluso en el uso vulgar. No sólo no se entiende la justicia como “lo que se debe al otro”, sino que se reduce a la distribución de las cosas mediante los contratos. La justicia campea en las relaciones externas de los hombres y suele ir referida a las cosas (en sentido lato) u objetos de los pactos y contratos. De este concepto *reducido* de justicia queda necesariamente excluido el amor o respeto debido a la persona por el mero hecho de serlo. Estaríamos,

⁴⁰ *Ibidem*, núm. 15.

⁴¹ Cf. Hervada, J., *Una caro. Estudios sobre el matrimonio*, Pamplona, 2000.

⁴² Juan Pablo II, Enc. *Veritatis...*, cit., núm. 48.

más bien, en el campo de la ética. Por esta razón, la norma personalista no ha tenido hasta el momento relevancia en el ámbito jurídico.⁴³

Son aplicables estas palabras de Juan Pablo II, que se transcriben a continuación, hablando de la reducción del concepto de justicia y de su insuficiencia para regular la sociedad: “la experiencia del pasado y de nuestros tiempos demuestra que la justicia por sí sola no es suficiente y que, más aún, puede conducir a la negación y al aniquilamiento de sí misma, si no se le permite *a esa forma más profunda que es el amor* plasmar la vida humana en sus diversas dimensiones”.⁴⁴ Esta necesidad de superar la estricta justicia, con más razón aquella que deriva de los contratos, en la que impera la norma utilitarista, es todavía más sentida en el ámbito del derecho de familia. En este sentido, la adecuada comprensión de la justicia y del amor, su distinción y al mismo tiempo su entrelazamiento profundo, muy peculiar en el matrimonio y en la familia, nos ayudará a entender cómo se puede hablar de un amor “debido en justicia” en cada una de las relaciones familiares.

El principio personalista, como ya se ha dicho, puede ser formulado según una acepción positiva o según una fórmula negativa. En el primer sentido, la persona debe amar el bien del otro o, si se quiere, debe amar al otro como bien en sí mismo, comprometiéndose en la búsqueda de su perfección personal íntegra, material y espiritual. En el segundo sentido, en cambio, la persona no debe ser instrumentalizada o utilizada como un objeto y con desprecio de su dignidad personal. Tanto en un caso como en el otro, el respeto del principio personalista permite que subsista la comunión de personas, precisamente porque existe respeto entre ellas. No obstante, la formulación positiva es necesaria para que la comunión sea cada vez mayor y más perfecta; mientras que la formulación negativa reduce la comunión al mínimo posible entre las personas. Esta formulación, en efecto, podría quizá ser suficiente en ámbitos sociales más amplios, pero —en condiciones normales— es claramente insuficiente en el ámbito del derecho de familia, donde sus miembros tienen el deber de amarse entre sí. Decimos en condiciones normales, porque puede haber situaciones en las que circunstancias familiares obligan a establecer disposiciones que regulen los derechos y deberes de una concreta comunidad familiar en crisis, de manera que se puede llegar a interrumpir la convivencia. De todos modos, sigue siempre en pie el deber de respetarse, por lo menos en cumplimiento de la formulación negativa de la norma personalista. También en estos casos sigue habiendo

⁴³ Sobre la noción de derecho y la relación entre derecho positivo y derecho natural, *cfr.* Hervada, J., *Síntesis de historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, 2007; *Che cosa è il diritto?*, Roma, 2013.

⁴⁴ Juan Pablo II, Enc. *Dives in Misericordia*, 30 de noviembre de 1980, núm. 11.

un deber positivo de amar, aunque trascienda el ámbito jurídico: perdonar y buscar la reconciliación, tratar de recuperar la unión cuando se ha producido una separación, etcétera.

Muy vinculada a la norma personalista se encuentra la distinción entre amor de dilección (de benevolencia o de amistad) y amor de concupiscencia. En este último, las personas son considerados como un bien “para” quien les ama. Si el amor se queda en este ámbito sin buscar el bien del otro, se convierte en amor egoísta. En cambio, el amor auténticamente personal suele recibir diversos nombres, todos ellos destinados a mostrar que el objeto del amor es el bien que el amado constituye en sí mismo. El amor que es debido entre los miembros de la familia es el amor de dilección: deben quererse, es decir, buscar la perfección del otro y no quererse en la medida en que se sienten útiles los unos para los otros.⁴⁵

4. *Las identidades familiares*

El estudio de la identidad sexual de la persona nos ha introducido en un concepto íntimamente ligado a aquélla: el de identidad familiar. Se trata de un concepto abstracto con el que se puede abarcar un conjunto de concretas identidades de la persona que tienen como característica común la de provenir de la familia. Con otras palabras, al pertenecer a una concreta familia, la persona encuentra en sí misma aspectos o cualidades que le relacionan con los otros miembros de ella.

El concepto de identidad familiar es accesible desde la antropología personalista, en cuya virtud se concibe a la persona humana como un ser llamado al amor y a la comunión de personas.⁴⁶ Desde esta perspectiva, la vida de la persona —cuando ésta se desarrolla normalmente en el seno de una familia corriente— se puede considerar como el proceso por el que el humano descubre en su ser el fruto de la entrega de otras personas y aprende a contemplar su propia vida como una llamada a la entrega de sí mismo. En la familia se encuentra la genealogía de la persona: creado por el amor de Dios, gracias también a la generosidad de sus padres, la persona recibe la primera identidad familiar (en el orden personal), que es la filiación.

No obstante, en absolutos términos la primera identidad familiar es la conyugal, puesto que es de la relación conyugal de la que derivan tanto la comunidad familiar como todas y cada una de las relaciones familiares. En

⁴⁵ Sobre los diversos tipos de amor y la relación que existe entre ellos, *efr.* Benedicto XVI, Enc. *Deus Caritas est*, 25 de diciembre de 2005, núms. 3-8; Lewis, C. S., *Los cuatro amores*, Madrid, 1991.

⁴⁶ Juan Pablo II, Enc. *Redemptor...*, *cit.*, núm. 10 y Ex. Ap. *Familiaris...*, *cit.*, núm. 11.

efecto, la identidad filial es un “don” que recibe el ser humano por parte de sus padres o, si se prefiere, es un “fruto” de la entrega generosa de los esposos entre sí y a la nueva vida que ellos han generado. En todo caso, la filiación sólo se explica desde la relación conyugal, puesto que es una identidad relacional.

En las ciencias sociales se distingue la “familia de orientación” de la “familia de procreación”; en la primera, son los hijos (y los hermanos) quienes ocupan el centro de atención, puesto que en ella encuentran su “orientación” o formación humana, desarrollando un papel aparentemente pasivo. Su identidad es, en efecto, recibida como don por parte de otros. En cambio, en la familia de procreación el centro es ocupado por los cónyuges, porque son ellos quienes con un acto de libertad y de donación de sí mismos han constituido la familia y las relaciones que en ella surgen. Pero familia no hay más que una, la constituida por padres e hijos. De lo que se deduce que el centro o columna vertebral de la familia es la relación conyugal: de ella derivan todas las identidades familiares.

Por tanto, desde el punto de vista antropológico, el tema de la familia está íntimamente relacionado con la noción de persona, quien es el ser llamado a efectuar el don de sí mismo, para lo cual requiere necesariamente la posesión libre de sí mismo. La libertad no es un valor absoluto sino relativo a la entrega. Pues bien, la familia otorga a la persona desde su nacimiento las identidades necesarias (filiación y fraternidad, entre otras) para que pueda gozar de una libertad que le capacite para la entrega de sí mismo y para la creación de nuevas identidades personales, y familiares (la conyugal y la paterna/materna, entre otras).⁴⁷

En este epígrafe interesa destacar la unidad que forman todas las identidades familiares, en torno al concepto de entrega de la persona.⁴⁸ Ninguna de ellas puede tomarse por separado, haciendo abstracción de las demás. Así ocurriría si se concibiera la filiación como una propiedad derivada del mismo hecho de existir a causa de unos “progenitores biológicos”. En términos propios, coherentes con la noción canónica de familia, no hay filiación en sentido pleno sin conyugalidad: la unidad de los padres es un principio generativo respecto al hijo. Son padres porque son *una caro*. La relación filial es una sola, precisamente porque en el otro término hay la unidad de naturaleza (en el sentido de *una caro*) constituida por sus padres. Tal unidad consentirá al niño(a) el poder alcanzar su madurez psíquica: por esta razón, entre otras, sería una radical injusticia el que el niño no pudiera encontrar en dicha unidad generativa su “genealogía”, que en definitiva procede de Dios.

⁴⁷ Cfr. Viladrich, P. J., *El valor de los amores familiares*, Madrid, 2005.

⁴⁸ Cfr. Concilio Vaticano II, *op. cit.*, núm. 24.

Otro problema distinto es el del “reconocimiento” de estas identidades familiares, es decir, el de la validez social o eclesial de las mismas. Esta es una cuestión que debe ser estudiada al efectuar el análisis de cada una de las relaciones en particular. Ahora nos estamos moviendo en un nivel de teoría fundamental de la familia, con la intención de subrayar lo que tienen en común las distintas identidades familiares.

IV. LA RELACIÓN JURÍDICA FAMILIAR

1. *La noción jurídica de relación familiar*

A. *Definición de la relación jurídica familiar*

La relación familiar es aquella relación que, por una parte, une a dos personas en virtud de alguna de las líneas originales y primordiales de identidad personal que, al derivar de su respectiva condición sexuada, son irreductibles, inconfundibles y excluyentes, y por otra parte, determina las exigencias de justicia necesarias para que pueda existir entre ellas una comunión de personas.

En el derecho de familia es necesario precisar el significado de algunas nociones, que están íntimamente ligadas a la noción que acabamos de exponer.

a. *La comunidad es una noción jurídica, social e institucional*

Mientras el término “relación familiar” será referido siempre a dos personas que se encuentran unidas en una determinada línea de identidad familiar, la comunidad es una noción que permite referirse a una pluralidad de sujetos que se relacionan con un “tercero” que los considera formando una unidad, basada en alguna característica que les acomuna y define.⁴⁹ Lo mismo puede decirse cuando son los sujetos de la comunidad quienes reafirman su pertenencia a ella a través del pronombre “nosotros”, que les constituye en unidad respecto a los terceros.

Reciben aquí el nombre de “comunidad de personas” aquéllas, como la familia, “cuyo modo propio de existir y de vivir juntas es la comunión: *com-*

⁴⁹ Esta visión de la familia como comunidad de personas y a la vez como unidad ante el Estado, la Iglesia y otros sujetos sociales, se refleja muy bien en la “Carta dei diritti della famiglia”, *Enchiridion Vaticanum* 9, pp. 468 y ss.

munio personarum".⁵⁰ No todas las comunidades tienen como finalidad propia la *comunidad personal*, puesto que ello es propio de las comunidades de amistad, es decir, aquellas que fomentan el crecimiento y desarrollo del bien personal de los sujetos que la componen. La familia constituye el paradigma de estas comunidades de personas, ya que es una comunidad esencialmente educativa.

- b. La comunión, como realidad existencial que es, está ligada al "reconocimiento" o amor personal de los sujetos de la comunidad

Mientras la comunidad es una noción social y jurídica, la comunión, en cambio, es una realidad eminentemente interpersonal y difícilmente medible con criterios jurídicos externos. En efecto, la comunión es fruto del amor de amistad: existe en la medida en que los sujetos de una determinada relación se reconocen como un "yo" y un "tú" dignos de ser amados en sí mismos. La comunión puede alcanzar infinitos grados, yendo desde el mínimo respeto y reconocimiento mutuo de la dignidad de las personas unidas por los vínculos de amistad, hasta el amor de donación recíproca en virtud del cual cada uno de los sujetos es capaz de limitar su propia libertad en beneficio del progreso material y espiritual del otro, llegando hasta su manifestación más perfecta que sería el dar la vida por el bien de la persona amada.

Mientras la comunidad es una realidad que existe o no existe, sin que quepa término medio, la comunión admite muchos grados, pues depende del respeto real de la dignidad de la persona en las relaciones interpersonales. Por esta razón, una vez constituida válidamente una comunidad —ejemplo paradigmático es el matrimonio— ésta no deja de existir por el hecho de que los miembros de ella, en este caso los esposos, dejen de quererse o lleguen a odiarse. La comunidad de personas está llamada por su misma naturaleza a generar la comunión entre sus miembros, pero ello no significa que tal comunión se produzca siempre. Lo normal será que la vida en común pase por momentos de crisis, que normalmente serán crisis de crecimiento, pero que pueden suponer también graves heridas y pecados contra la comunión.

Para que exista comunión entre los sujetos de la relación o de la comunidad de personas, basta que —por lo menos— cada uno de ellos respete y promueva el fin personal o perfeccionamiento propio de los otros miembros de dicha comunidad.⁵¹

⁵⁰ Juan Pablo II, *Carta...*, *cit.*, núm. 7.

⁵¹ Chalmeta, G., *op. cit.*, pp. 34 y 35.

- c. La esencia y la misión de la familia son definidos por la “comunidad” (por el amor), pero tanto la “comunidad” como la “familia” son estructuradas por las relaciones familiares

Como ya se ha dicho, los conceptos de comunidad y de comunión están íntimamente ligados, “pero no son idénticos: la «comunidad» se refiere a la relación personal entre el «yo» y el «tú». La «familia», en cambio, supera este esquema en la dirección de una «sociedad», de un «nosotros»”.⁵² En el interior de la comunidad familiar se encuentran diversos tipos de comunión de personas. Tal diversidad se debe al hecho de que la familia está estructurada por las relaciones familiares. Cada uno de ellos no son un “yo” o un “tú” cualesquiera, sino que se encuentran en los extremos o términos de una concreta relación familiar. Es más, la relación les hace distintos entre sí. Ni la familia es una comunidad de iguales, ni las *communiones personarum* que se producen en su interior tienen la misma densidad antropológica, jurídica y ética.

B. *Análisis de la definición de relación familiar*

1) *Las relaciones familiares coinciden con las principales líneas de identidad de la persona: por esta razón, son en cierto sentido “intrapersonales”.*

La familia es aquella comunidad que desempeña la importante función de constituir el tejido relacional de la persona humana y lo hace a través de las identidades personales más básicas y primordiales. Las relaciones familiares son aquellas “que unen a dos personas en virtud de alguna de las líneas de identidad originales y primordiales”. Es interesante comprobar que la mayoría de los sistemas de parentesco conocen tipos individualizados para designar las primeras y nucleares relaciones familiares. Con los términos “padre”, “madre”, “marido”, “mujer”, “hijo”, “hija”, “hermano” y “hermana” se designa a una serie de personas que están emparentados con el sujeto de referencia —“yo”— en una determinada y precisa posición antropológica. Para los demás grados y ámbitos de la escala del parentesco se usan términos y métodos descriptivos.⁵³ Estas líneas de identidad son “naturales” no sólo y exclusivamente porque tengan un fundamento biológico —como entende-

⁵² Juan Pablo II, *Carta...*, cit., núm. 7.

⁵³ Moreno, A., *op. cit.*

rían los sociobiólogos o quienes estuvieran inmersos en una visión biológica de la familia—, sino porque se trata de las identidades personales primordiales y básicas.

Como afirma Juan Pablo II: “en el matrimonio y en la familia se constituye un complejo de relaciones interpersonales —nupcialidad, paternidad-maternidad, filiación, fraternidad— mediante las cuales cada persona humana es introducida en la «familia humana» y en la «familia de Dios»”.⁵⁴ El ingreso en la sociedad y en la Iglesia se realiza a través de la toma de conciencia de la persona de su “identidad” personal, que está constituida por un conjunto de “identidades familiares”. En un sentido metafísico, la familia realiza la primera socialización de la persona no tanto a través de la educación, sino —más profundamente aún— a través de las relaciones familiares que genera en la persona, por las que ésta se abre a la sociedad.

Cada uno de esos nombres familiares que la persona recibe en el familia constituyen aspectos indelebles de su propio ser, ámbitos que no son meramente funcionales, sino que se sitúan en un nivel metafísico u ontológico. La persona “es” hijo, hermano, cónyuge, padre, en la medida en que en momentos precisos de su vida ha “recibido” o generado las respectivas relaciones familiares, en cuya virtud está vinculado respectivamente a sus padres, a sus hermanos y hermanas, a su cónyuge, a sus hijos.

En su momento “generativo” no es posible que exista una identidad personal sin la correlativa relación que la sustenta. Las identidades, una vez forjadas, permanecen en el sujeto, como elementos de su propia biografía. Pero no pueden forjarse sin la intervención del otro término de la relación, como veremos más adelante, al examinar el fundamento de las relaciones familiares. Esta propiedad de las identidades y de las relaciones familiares —su enraizamiento en el ser de la persona— puede calificarse como “intrapersonalidad”. La relación familiar, en efecto, no se limita a vincular a los dos sujetos en sus actuaciones, funciones sociales o ámbitos existenciales, sino que toca un aspecto esencial del ser personal.

Esta propiedad será examinada más adelante, cuando estudiaremos las características principales de toda relación familiar. Ahora es suficiente señalar que a través del desarrollo dinámico de las principales relaciones familiares, el sujeto personal adquiere la conciencia de sí, de su origen y de su destino, de su identidad personal. Eso, lógicamente, no significa que el proceso vital de adquisición y de maduración de la propia identidad personal tenga que pasar necesariamente por la vía de la familia. Lo que sí parece ser imprescindible es la existencia de un ambiente en que la persona se sepa y se

⁵⁴ Juan Pablo II, Ex. Ap. *Familiaris...*, cit., núm. 15.

sienta amada por sí misma. A mayor carencia afectiva de la persona —sobre todo en sus primeros años de vida— mayor dificultad encontrará ésta en su desarrollo personal. Al fin y al cabo, la principal identidad personal del ser humano es la filiación divina, puesto que ésta es la dimensión más profunda de su ser. Sin Dios, en efecto, no es posible ni una ética ni una vida relacional auténticamente personal y familiar.

2) *Las relaciones familiares están siempre mediadas por la condición sexual de los sujetos de las mismas.*

Ya hemos visto precedentemente cómo en el proceso de formación de la persona cumple un papel importantísimo su condición sexuada, no sólo porque en atención a ella la persona será educada como varón o como mujer en todas las facetas de la vida sino también y principalmente porque las relaciones familiares no son simples relaciones interpersonales sino que están mediadas por la sexualidad. La comunidad familiar está estructurada tanto por las exigencias del principio personalista —la dimensión de entrega y amor que constituye su esencia— como por las normas culturales que rigen el sistema de parentesco de la sociedad en la que aquélla se inserta. Si la condición sexuada no constituyera una dimensión esencial de las relaciones familiares, los sistemas de parentesco podrían construirse prescindiendo de ella. Sin embargo, no es así: las relaciones familiares de un sistema de parentesco forman un entramado extenso, en el que se evidencia la condición sexuada de todos sus miembros.

En una visión personalista de la sexualidad, ésta es constitutiva de la persona humana. A su vez, el ejercicio de la sexualidad no necesita de una norma externa —proveniente del Estado o de la Iglesia— que sirva de expediente legitimador. La legitimación de tal ejercicio se encuentra en el significado verdadero de los actos realizados por los amantes. Los actos conyugales son los actos propios de los esposos. Si los amantes no son esposos, los actos sexuales son ilegítimos no porque infrinjan una norma externa, sino porque son actos intrínsecamente falsos: expresan una realidad, la mutua entrega, que no es real ni verdadera. Por ello, la diferencia entre las relaciones matrimoniales y aquellas que se tienen fuera del matrimonio no es sólo formal sino sustancial.

La condición sexuada es presupuesto esencial de cada relación familiar, entre otras razones porque es la misma familia la que tiene que contribuir poderosamente en la adquisición de una recta conciencia de la propia condición sexual de la persona, lo cual se logra mediante el necesario respeto de los roles y de las prohibiciones sexuales que rigen la vida familiar.

3) *Toda relación familiar determina concretas exigencias de justicia, sin el respeto de las cuales no puede subsistir una verdadera comunión de personas. Por lo tanto, cada tipo de amor (de comunión) familiar es especificado por la relación que le sirve de fundamento.*

Los conceptos de comunión y de relación son análogos, y pueden ser usados como sinónimos. Es frecuente, por ejemplo, que se hable indistintamente de la comunión o de la relación conyugal, queriendo en ambos casos referirse al matrimonio. No obstante, ambos conceptos son distintos y es importante no confundirlos cuando se quiere hablar con precisión. La comunión presupone la relación y a su vez, ésta es estructuralmente llamada a crear la comunión.

Aunque se trate de un aspecto ya subrayado anteriormente, no estará de más señalar que los sujetos de una relación familiar no son un “yo” y un “tú” cualesquiera, sino que cada uno de ellos tienen un nombre específico —padre, madre, hijo(a), hermano(a), marido, mujer, tío(a), sobrino(a), nieto(a), etcétera— que indica concretos y determinados contenidos de justicia. El primer deber entre los miembros de la familia es el de “honrarse”: “Honra” quiere decir: ¡reconoce! Déjate guiar por el convencido reconocimiento de la persona, de la del padre y de la madre antes que nada, y después de los restantes miembros de la familia”.⁵⁵ Es decir, además de honrar y respetar la persona —en eso, la relación familiar no difiere de las demás relaciones personales— los sujetos de la relación tienen que respetar la posición que cada uno de ellos ocupa en el interior de la familia. Cuando un “yo” dice “tú”, el “tú” del padre no puede ser tratado como el del hijo o del hermano. Para un sujeto “yo-varón”, el tú de la madre, de la hermana, de la hija y de la esposa son esencialmente diversos. Lo mismo puede decirse respecto de un sujeto “yo-mujer”, frente al tú de su padre, del hijo, del hermano y del marido. En todos estos casos, la comunión de personas puede y debe ser particularmente íntima y eso se pondrá de manifiesto a través de los gestos del cuerpo y de la afectividad. Sin embargo, la comunión —y toda la comunicación tanto oral como gestual de los sujetos— resulta estructurada sobre la concreta relación que sustenta el amor personal. Los gestos de pura y auténtica pertenencia del otro en cuanto a “varón o mujer” son específicos de la relación conyugal y son, en cambio, excluidos de las otras relaciones.

Lógicamente hay deberes que pertenecen a la justicia en general, en cuanto exigencias de la dignidad de la persona humana, que debe ser amada por sí misma. No obstante, indudablemente, la relación familiar aporta ele-

⁵⁵ Juan Pablo II, *Carta...*, *cit.*, núm. 15.

mentos específicos que nos permiten precisar la noción de amor y de comunión familiar. En el interior de la familia, en cuanto comunidad de personas, se advierten diversos tipos de amor —tantos cuantas son las relaciones en ella existentes— que tienen en común la característica de ser familiares, de basarse sobre el hecho de ser vividos y sentidos por personas que guardan entre sí peculiares y excluyentes vínculos parentales. Las relaciones familiares se distinguen de todas las demás relaciones interpersonales por el hecho de ser familiares, es decir, de surgir en el interior de una comunidad de personas que tiene como fin el “originar o generar” la persona en cuanto ser llamado a la comunión. Las formas primordiales de comunión de personas son las constituidas por las relaciones familiares. Por eso se puede decir que los tipos de comunión a los que son llamadas las personas ligadas por relaciones familiares son “originales y primordiales”.

Si tres son las relaciones familiares fundamentales —conyugalidad, paternidad-filiación y fraternidad— serán también tres los principales amores de naturaleza familiar: el amor conyugal, el amor paterno-filial y el amor fraterno. El amor familiar es, en realidad, una abstracción, con la que nos podemos referir al conjunto de estos amores, individuando la mutua dependencia entre ellos. En efecto si ninguna relación familiar puede ser entendida aisladamente, porque sólo es plenamente comprensible en relación a las otras, lo mismo debe decirse respecto al amor familiar.

El amor entre un hombre y una mujer en el matrimonio y, en forma derivada y ampliada, el amor entre los miembros de una misma familia —entre padres e hijos, entre hermanos y hermanas, entre parientes y familiares— está animado por un dinamismo interior e incesante que conduce a la familia hacia una comunión cada vez más profunda e intensa, fundamento y alma de la comunidad conyugal y familiar.⁵⁶

Para saber cuáles son los contenidos concretos de justicia que derivan de las relaciones familiares sería necesario considerarlas una a una, individualmente, considerándolas primero en sí mismas para individuar las obligaciones de derecho natural y, luego, en el concreto contexto familiar y social en la que se desarrolla, tema que supera el objeto de estas reflexiones y que he tratado en otras ocasiones.⁵⁷

⁵⁶ Juan Pablo II, Ex. Ap. *Familiaris...*, *cit.*, núm. 18.

⁵⁷ Franceschi, H. y Carreras, J., *op. cit.*

2. *Las características de las relaciones familiares*

A. *Carácter “interpersonal”*

Que las relaciones familiares son “interpersonales” significa no sólo que puedan establecerse únicamente entre personas —y en ese sentido, quedarían excluidas las relaciones entre seres humanos y animales, a pesar de que éstas puedan ser vividas con gran intensidad afectiva—, sino más precisamente que la plena realización o establecimiento de la relación exige que entre los sujetos se respete el principio personalista en su acepción positiva. La acepción positiva del principio personalista postula la necesidad de amor de amistad entre los sujetos de la relación, es decir, que cada uno de ellos debe amar al otro como un bien en sí mismo, buscando y promoviendo su perfección personal.

La acepción negativa del principio o norma personalista, en cambio, se limita a prohibir —por estimarlo contrario a la dignidad de las personas— que los sujetos de la relación se instrumentalicen recíproca o unilateralmente, lo cual sucedería siempre que alguna o ambas partes de la relación quisieran a la persona del otro como un medio para obtener un fin ajeno a las mismas, de forma tal que convirtiera a la persona no en un bien sino un medio o instrumento para otros fines.

La relación interpersonal —si la contemplamos en sí misma y no en cuanto es reconocida por el ordenamiento jurídico social o eclesial— no puede surgir sino hay un acto bilateral de entrega-aceptación de las personas. Si una o ambas partes son movidas únicamente por el llamado amor de concupiscencia, no es posible que surja la relación interpersonal.

A la afirmación del principio se podrían objetar algunas dificultades:

a) Podría parecer que para que surja una relación familiar no sería necesaria la cooperación de la voluntad de las dos partes. Por ejemplo, la relación fraterna surge de modo automático en el momento en que al hermano “le” nace un hermano o hermana. Esta relación parece nacer como una consecuencia o “hecho” jurídico indirecto y subordinado al nacimiento o generación de dos filiaciones. La fraternidad sería entonces un “hecho” que se impondría fatalmente a la voluntad de los hermanos, sin que ellos pudieran hacer nada en un sentido o en otro.

Tal objeción, además de ser fruto del prejuicio biólogo del que se ha hablado anteriormente, confundiría el hecho de que las primeras “identidades” familiares —como son precisamente la filiación y la fraternidad— se impongan por necesidad jurídica al sujeto, puesto que forman parte de él

mismo y no puede rechazarlas, como no puede despreciar su condición y forma corpóreas ni su condición sexuada, con el hecho de que tales identidades sean producidas al margen de la voluntad de las partes. En cierto modo, como ya se ha visto al examinar la generación de las identidades personales y familiares, algunas de ellas (las que pertenecen a la llamada “familia de orientación”) “forman parte” del sujeto “antes” (ontológicamente) de que él se constituya como sujeto de elecciones libres. No obstante, al sujeto le cabe siempre la posibilidad de rechazar la “identidad” recibida (y con ella la relación) en el primer acto de libertad consciente y, en ese caso, la relación no alcanzaría la perfección a la que está llamada, pues siendo interpersonal se exige la respuesta libre del sujeto para que se alcance esa perfección.

b) Otra objeción podría provenir del hecho de que las relaciones familiares más importantes, como la filiación, se tienen por existentes desde el mismo momento del nacimiento o por lo menos desde el momento en que los padres reconocen la relación, sin que se requiera ningún tipo de aceptación por parte del hijo.

Esta objeción es acertada por lo que respecta a la constitución de la relación de modo unilateral y sin el consentimiento previo de una de las partes. Pero se podría y se debería referir también a la constitución de otras relaciones jurídicas importantes, como la que surge del bautismo de los niños. La identidad o carácter de cristiano —para la gran mayoría de los bautizados— sería entonces una realidad que se impone a su libertad y que estarían obligados (por fuerza) a aceptar.

En realidad, la condición de hijo como la condición de cristiano, constituyen “dones” que le son ofrecidos a la persona, desde mucho antes de que ella sea capaz de valorarlos y de poder decidir al respecto. Aunque es cierto que a efectos jurídicos (sociales o eclesiales) la relación tendrá efectos desde el momento del primer acto constitutivo —que difiere según las relaciones de que se trate— tampoco puede negarse que la relación está potencialmente abierta a la aceptación del hijo, o de los hermanos en el caso de la fraternidad, y que si ésta no se produce será una relación familiar imperfecta y anómala, precisamente porque se rechaza esta característica esencial de la interpersonalidad.

B. *Carácter “intrapersonal”*

Las relaciones familiares no sólo son “interpersonales”, como podrían ser las relaciones que se dan entre miembros de una comunidad de personas en las que se cumple el principio personalista en su acepción positiva, sino que además son “intrapersonales”, puesto que en los extremos o términos

de la relación se encuentran personas que reciben un nombre común precisamente por estar vinculados por aquella relación: hay quien es padre, quien es hermana y quien es esposa. Como hemos visto, la relación familiar sitúa a los sujetos en el interior de un sistema de parentesco en el que su respectiva posición recibe un nombre definitorio y una función social, y familiar debidamente reglamentada por el sistema cultural.

Pero el carácter intrapersonal no se encuentra en el hecho de desempeñar una función, sino más bien en el de que la relación incide en el nivel más íntimo del ser personal, hasta el punto de constituir una dimensión de su “yo”, un elemento esencial del sujeto familiar y social, “algo” que lo define ante la sociedad y que le hace ser alguien, precisamente en virtud de la “identidad” recibida y aceptada.

El carácter intrapersonal tiene importantes consecuencias jurídicas en el derecho de familia: piénsese en el carácter indeleble de la identidad conyugal, en cuya virtud los esposos seguirán siendo marido y mujer hasta que la muerte los separe. En el ámbito familiar no existen los “ex parientes”, porque la intrapersonalidad constituye un nivel tan profundo del ser que no puede ser cancelado en esta vida por ninguna circunstancia, por negativa y dolorosa que pueda ser.

La “intrapersonalidad” explica también que la comunión o el amor que se deben los miembros de la relación se despliega en todos los niveles del ser personal —físicos, afectivos y espirituales— sin que ello suponga que se deba hablar en términos jurídicos de un amor o de una comunión totales. Desde una perspectiva jurídica, en efecto, la comunión debida en justicia no es total ni conviene que lo sea, sino que se limita a aquellos bienes que vienen exigidos por la concreta relación de que se trate. Ahora bien, dentro de estos límites, la relación incide en todos los niveles del ser personal, precisamente porque se trata de la “intimidad” de la persona, de aspectos que tocan el “corazón” y los sentimientos más profundos de la misma.

Desde una perspectiva antropológico-teológica que ahora no interesa profundizar, el carácter intrapersonal encuentra su fundamento en el hecho de que la familia cumple una misión recibida de Dios, de quien procede toda paternidad en el cielo y en la tierra, en cuya virtud la “persona” encuentra su genealogía en la familia. Las “identidades” familiares formarían parte de la sacramentalidad originaria de la familia y constituirían una buena parte de lo que en el hombre hay de “imagen y semejanza de Dios”. Dichas identidades tendrían —considerando también los distintos momentos y fases de la vida—, de una parte, una dimensión santificadora, en cuya virtud los familiares serían recíprocamente instrumentos de santidad entre sí, y de otra, una dimensión escatológica. Las identidades familiares sobrevi-

virían a la muerte, puesto que en el más allá cada uno de los miembros de la familia sabría reconocer a los restantes, precisamente porque la “intrapersonalidad” se sitúa en el nivel ontológico más profundo. El amor familiar se vería coronado en la vida eterna, siempre que hubiera sido redimido aquí en la tierra por nuestro Señor Jesucristo.⁵⁸

C. *Carácter sistemático, interdependiente y complementario*

La familia es estructurada por las relaciones interpersonales que surgen en su interior, las cuales pueden ser llamadas “familiares”, precisamente porque sólo pueden ser plenamente comprensibles dentro de un concreto sistema de parentesco. Eso no significa que dichas relaciones sean producto de la cultura, como ya hemos explicado. En efecto, el sistema presenta en unidad elementos de derecho divino natural y de derecho humano, los cuales explican la ductilidad de esta institución. Para valorar una determinada relación familiar no se puede ignorar ni el derecho natural ni el concreto sistema de parentesco vigente en la sociedad en la cual dicha relación se encuentra enraizada.

Del carácter “sistemático” deriva la interdependencia y la complementariedad de las relaciones familiares. El historiador español, Antonio Moreno, ha individuado la especificidad de las relaciones familiares con respecto a las comunes relaciones interpersonales en el hecho, verdaderamente original, de que las primeras constituyen relaciones “triangulares”.⁵⁹ La plenitud de significado de toda relación familiar se encuentra en una persona distinta de los sujetos de la relación de que se trata, pero a la cual dicha relación está ordenada intrínsecamente. El ejemplo paradigmático es el de la relación conyugal, con su referencia natural al hijo. Los esposos reciben un nuevo nombre con el nacimiento (concepción) del primer hijo: son, a partir de ese momento, padres.

Gracias a la interdependencia, cada nuevo ingreso de un miembro en la familia —tanto por nacimiento como por adopción— produce efectos similares en todos los sujetos del sistema: el nacimiento del primer hijo convierte a los padres de los esposos en abuelos; a los hermanos de aquéllos, en tíos; a los hijos de éstos, en primos, etcétera. El nacimiento del segundo hijo, determina la generación de la identidad fraterna en ambos hermanos y genera una nueva multitud de nuevas relaciones. Éste es un efecto natural de las relaciones familiares, porque se produce en todo sistema, por diverso que sea.

⁵⁸ Juan Pablo II, *Carta...*, *cit.*, núms. 20 y 21.

⁵⁹ Moreno, A., *op. cit.*, pp. 34-42.

Como decía antes, la complementariedad se pone especialmente de manifiesto en la relación conyugal y en su significado intrínseco hacia la persona del hijo. Es ésta una experiencia universal. Los esposos realizan la plenitud de su unión cuando nace el hijo. Desde aquel momento no son sólo esposos, sino que se convierten en padres. El hijo es el fruto y el signo sensible de su amor conyugal. Eso significa que la relación conyugal es complementaria de otras dos: la paternidad y la maternidad. Con relación al hijo, en efecto, la paternidad y la maternidad aparecen como dos relaciones, una que vincula al hijo con el padre y otra que lo une a la madre.

La complementariedad, de todos modos, no es una propiedad exclusiva de la unión conyugal respecto al hijo, sino que consiste en una característica general de las relaciones familiares. Por ejemplo, piénsese, en la relación fraterna. Esta relación, cuando es perfecta, encuentra su complemento en la unidad de los padres que, respecto a los hijos, constituyen ahora una unidad. Para cada hermano, la relación paterno-filial de los otros hermanos constituye la relación complementaria a su identidad fraterna. En efecto, cada hermano es “otro como yo”, alguien en quien encuentro objetivada la misma relación filial que me une a mis padres.

D. *Carácter irreductible*

Los antropólogos han puesto de manifiesto que una de las principales consecuencias de la prohibición del incesto —considerada generalmente como la primera y más fundamental norma de la sociedad— consiste en esta característica esencial de las relaciones familiares básicas o nucleares: su irreductibilidad. En efecto, desde el momento en que existe la imposibilidad jurídica de que los padres se casen —y tengan relaciones sexuales— con sus hijos y de que los hermanos se unan con sus hermanas, se produce necesariamente la distinción necesaria de las relaciones nucleares de la familia. Si dos sujetos son entre sí padre e hija, es seguro que no pueden nunca ser entre sí hermano y hermana ni marido y mujer. Si los sujetos de la relación son hermanos, no podrá establecerse entre ellos la relación conyugal.

Sin las prohibiciones que constituyen los impedimentos de consanguinidad, la persona no podría conservar de forma indistinta y clara las diversas líneas de identidad personal, que son consecuencia del orden armonioso del sistema de parentesco en que rigen dichas normas. Éstas garantizan al sujeto la posibilidad de asumir funciones específicas, en cuyo desempeño no puede ser sustituido por nadie. El hecho de que los roles familiares no puedan ser intercambiables parece ser el dato principal en la constitución de la subjetividad humana, sobre el cual encuentra también fundamento la mis-

ma posibilidad de construir una teoría jurídica del hombre en cuanto persona.⁶⁰ No es que el ser humano reciba de la familia o del sistema la dignidad personal, puesto que ésta es ontológica y existe desde la misma concepción, sino que recibe en ella las identidades personales —relacionales— básicas, que le permitirán erigirse en sujeto activo en la sociedad.

E. *Carácter biográfico*

Si es verdad que la vida humana no puede ser definida, sino sólo narrada, no es menos que todas las biografías hacen referencia a las principales relaciones familiares del sujeto del que se ocupa la narración, incluso cuando ésta se reduce al mínimo, es decir, cuando se limita a referir las características más importantes del personaje en cuestión.⁶¹ No es posible entender la vida de ninguna persona sin considerar el influjo sobre ella de las relaciones familiares. En esta característica se condensan todas las otras: la vida humana es vida en comunión, vida de un ser llamado al amor. Para entenderla es tan necesaria la consideración de las relaciones familiares bien constituidas del sujeto como las carencias o lagunas en algunos ámbitos relacionales.

F. *Carácter comunitario*

Mientras la noción de relación es en cierto modo estática —puesto que sólo puede existir o no existir, sin que exista término medio—, la noción de comunión es, en cambio, dinámica. Esencialmente el amor tiende siempre a una mayor comunión de las personas. La comunión puede y debe crecer, sin que se encuentre un límite a dicho crecimiento, si se tiene en cuenta que tal vocación viene de Dios y a él conduce.

Siendo esto verdad, es necesario convenir en el carácter comunitario de la relación misma, en el sentido de que la relación familiar está llamada a generar en los miembros que la componen una mayor comunión personal. Por esa razón, se puede hablar de un buen hermano o de un mal hijo. En el primer caso, se trata de una persona que trata de cumplir las exigencias de justicia propias de la relación fraterna, en el segundo, en cambio, estamos ante una persona que no cumple con las exigencias de la identidad filial. En estos casos, la noción de comunión se proyecta sobre la relación, en el

⁶⁰ D'Agostino, F., *Elementos de filosofía de la familia*, Madrid, 1991, p. 73.

⁶¹ Mariñas, J., *Antropología metafísica*, Madrid, 1987, pp. 73-78.

sentido de que decimos que ésta es buena o mala —no tanto en sí misma, pues siempre es buena—, sino en orden a la comunión de personas. De todos modos, el orden y la medida de la comunión está fijado por la relación misma. Es en virtud de las exigencias básicas de justicia que emanan de ella que podemos valorar la actitud y la conducta de las personas.

V. CONCLUSIONES

Espero haber puesto los fundamentos para lograr construir un auténtico derecho de familia, tanto en el Estado como en la Iglesia. No se trata de construir un ordenamiento positivo según las líneas o modas culturales del momento, sino de descubrir o redescubrir la verdad sobre el hombre, ser humano por naturaleza modalizado en la masculinidad o la femineidad, que no son construcciones culturales sino modos de ser que pertenecen, por la naturaleza de las cosas, al “ser” persona humana, don recibido, como el don de la vida.⁶² Sólo desde esta perspectiva objetiva y realista será posible la construcción de un verdadero derecho de familia.

Desde este enfoque se debería hacer un estudio profundo y realista de cada una de las relaciones familiares fundamentales: la relación conyugal, la paterno-filial y la fraterna, las cuales tienen las características a las que hemos hecho referencia en el apartado precedente.⁶³

Para concluir, deseo subrayar que cuanto he dicho en estas páginas, aunque en diversas ocasiones haya citado documentos del magisterio de la Iglesia, no responde sólo a “un modo de ver el matrimonio y la familia” y, por tanto, referidas a una concepción “católica” de estas realidades, sino que son verdades que hunden sus raíces en lo más profundo del ser humano, ser llamado al don de sí, sin el cual no es posible la propia realización como persona. En el caso del matrimonio, por las razones que he explicado, ese don de sí no puede ser otro que la entrega total e incondicionada de la propia condición masculina y femenina para crear —y para ello sólo tienen el poder el varón y la mujer que se quieren donar entre sí— esas realidades que en todas las culturas ha sido llamadas matrimonio y familia.

⁶² Cfr. Castilla, B., *La complementariedad varón-mujer. Nuevas hipótesis*, Madrid, 1993; Brancatano, M., *Approccio all'antropologia della differenza*, Roma, 2004.

⁶³ Para un análisis de cada una de las relaciones familiares, véanse las lecciones 4 y 5 de Franceschi, H. y Carreras J., *op. cit.*

CUESTIONES PREVIAS PARA LA COMPRENSIÓN DEL PROCESO CANÓNICO DE NULIDAD DEL MATRIMONIO: ¿EL “DIVORCIO CATÓLICO”?*

Joaquín LLOBELL**

SUMARIO: I. *La “unicidad” del matrimonio (“natural” y “sacramental”) y su indisolubilidad. La doctrina del Concilio Vaticano II sobre el matrimonio y la “capacidad” necesaria para contraerlo.* II. *La presunción de la validez (el favor matrimonii) o de la nulidad del matrimonio (el favor nullitatis).* III. *La “cuestión gnoseológica”: incidencia de los planteamientos sobre la capacidad del entendimiento humano de conocer la verdad objetiva en las causas de nulidad del matrimonio.* IV. *La naturaleza meramente declarativa de la decisión del tribunal y el favor veritatis canónico (el influjo del Common Law).*

* Estas consideraciones —como las de la sucesiva lección (*La instrucción de la causa, la certeza moral y la motivación de la sentencia en las causas de nulidad del matrimonio*)— tienen carácter divulgativo, no de investigación para expertos. Están extraídas del libro *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, Rialp, 2014, al que remito para un examen más detenido de lo que ahora expongo.

Uso las siguientes principales abreviaturas, además de las utilizadas habitualmente para los distintos libros que componen la Biblia: artículo/s (sin más indicación: de la DC), can./cans.: canon/es (sin más indicación: del CIC 1983); CIC: Código de Derecho Canónico [Codex Iuris Canonici] promulgado por Juan Pablo II, 25 de enero de 1983; CIC 1917: Código de Derecho Canónico promulgado por Benedicto XV, 27 de mayo de 1917; DC: Pontificio Consejo para los textos legislativos, Instr. Dignitas Connubii, 25 de enero de 2005; DRR: Discurso del Papa a la Rota Romana, seguido del año y, si existe, del número del §. RR FE 2013: Benedicto XVI, concesión de “facultades especiales” solicitadas por el Decano de la Rota Romana, 11 de febrero de 2013, en Del Pozzo, Massimo *et al.* (eds.), *Norme procedurali canoniche commentate*, Roma, Coletti a San Pietro, 2013, p. 216.

Las referencias de las citas son lo más escuetas posibles. Puesto que la mayor parte de los documentos se encuentran fácilmente en la página web de la Santa Sede (que tiene un buen buscador), daré sólo los datos que bastan para su consulta en esta nueva colección de fuentes.

** Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Roma.

I. LA “UNICIDAD” DEL MATRIMONIO (“NATURAL”
Y “SACRAMENTAL”) Y SU INDISOLUBILIDAD. LA DOCTRINA
DEL CONCILIO VATICANO II SOBRE EL MATRIMONIO
Y LA “CAPACIDAD” NECESARIA PARA CONTRAERLO

Los procesos matrimoniales presuponen, por definición, una situación problemática. Los aspectos conflictivos del matrimonio que se plantean a la autoridad de la Iglesia se pueden sintetizar: *a)* en el examen de la validez o nulidad del vínculo; *b)* en el supuesto de un matrimonio de cuya validez no se duda, en la modificación de los derechos y obligaciones que puede derivar como consecuencia de las diversas vicisitudes negativas de ese matrimonio válido: separación conyugal y sus diversos efectos canónicos y civiles, y *c)* en los diversos supuestos que permiten al romano pontífice, y sólo a él, la excepcional posibilidad de disolver el vínculo. Cualquier reflexión acerca de la solución de estas situaciones matrimoniales problemáticas debe partir de dos principios revelados con claridad en la Sagrada Escritura:

- a) Toda unión matrimonial válida es intrínsecamente indisoluble. Si es nula y no puede ser sanada, debe ser interrumpida (Mt 19, 3-9). Jesucristo se refirió explícitamente a la obligación de esa cesación de lo que en griego se denomina *porneia* que en castellano se suele traducir por “fornicación” y la “Biblia de la Conferencia Episcopal Italiana” traduce, más incisivamente, como “concubinato” (Mt 5, 32 y 19, 9) porque incluye el matiz de una cierta estabilidad de la unión propio de la *porneia*. En efecto, los exégetas más autorizados (católicos o no), unánimemente, refieren la expresión *porneia* a uniones, entre un hombre y una mujer, inválidas desde su raíz por algún impedimento de derecho natural indispensable, como el incesto.¹ La nitidez de la “re-promulgación” por Jesucristo de la ley de la indisolubilidad del matrimonio “del principio” (del orden de la creación) es evidente.
- b) La unión válida indisoluble permite con justa causa, tan sólo la separación, sin que la ley de la indisolubilidad consienta a los cónyuges separados celebrar otro matrimonio (*cf.* 1 Cor 7, 10-16). En efecto, como indica, por ejemplo, el comentario de la “Biblia de Jerusalén”, el verbo usado por San Pablo en el versículo sobre el “privilegio paulino” (que presupone un matrimonio válido entre dos no bautizados: 1 Cor 7, 15) es *χωρισθηναι* (*discedere*, “separarse”) el mismo que el empleado al hablar del matrimonio indisoluble (*cf.* 1 Cor 7, 10 y 11). De

¹ *Cf.* Por ejemplo, las notas a esos versículos de la “Biblia de Jerusalén” o de la “Biblia de Navarra”.

todos modos, tal particular causa de “separación” prevista por San Pablo ha dado lugar, con el pasar de los siglos, a diversos supuestos de “disolución” del matrimonio no sacramental (el privilegio paulino, los supuestos de los cánones 1148 y 1149 y la disolución “a favor de la fe”) o sacramental (denominado “rato”) pero no consumado. Estas disoluciones requieren la intervención del Papa en cuanto a Vicario de Cristo, único capaz de realizar estos actos extraordinarios.

Para tratar de ampliar estas posibles disoluciones, no han faltado quienes han intentado tanto negar el carácter sacramental de los matrimonios celebrados por bautizados con muy escasa fe, cuanto usar un concepto restringido e innatural de la consumación.

1. *La fe “mínima” para celebrar el sacramento del matrimonio*

Por ello, Juan Pablo II, partiendo de la doctrina de la inseparabilidad entre el matrimonio válido celebrado por dos bautizados (católicos o no) y de la naturaleza sacramental de tal matrimonio (*cf.* canon 1055), ha enseñado que el sacramento es una acción de Dios, no de los cónyuges, que se realiza aunque los esposos no tengan fe en la naturaleza sacramental de su unión, con tal de que su falta de fe no les lleve a rechazar de modo explícito y formal el mismo matrimonio natural o sus propiedades y elementos esenciales, condicionando el nacimiento del matrimonio a la no sacramentalidad de la unión. A esta cuestión se refiere la Exhort. Apost. *Familiaris consortio* (22 de noviembre de 1981), núm. 68, el canon 1099 y, de modo más explícito, DRR 2003, cuyo texto ha sido retomado por Benedicto XVI en los DRR 2011 y 2013 (*cf.* núms. 1 y 2), haciendo mención a la complejidad del tema:

La importancia de la sacramentalidad del matrimonio, y la necesidad de la fe para conocer y vivir plenamente esta dimensión, podrían también dar lugar a algunos equívocos, tanto en la admisión al matrimonio como en el juicio sobre su validez. La Iglesia no rechaza la celebración del matrimonio a quien está bien dispuesto, aunque esté imperfectamente preparado desde el punto de vista sobrenatural, con tal de que tenga la recta intención de casarse según la realidad natural del matrimonio. En efecto, no se puede configurar, junto al matrimonio natural, otro modelo de matrimonio cristiano con requisitos sobrenaturales específicos.

No se debe olvidar esta verdad en el momento de delimitar la exclusión de la sacramentalidad (*cf.* canon 1101 § 2) y el error determinante acerca de la dignidad sacramental (*cf.* canon 1099) como posibles motivos de nulidad.

En ambos casos es decisivo tener presente que una actitud de los contrayentes que no tenga en cuenta la dimensión sobrenatural en el matrimonio puede anularlo sólo si niega su validez en el plano natural, en el que se sitúa el mismo signo sacramental. La Iglesia católica ha reconocido siempre los matrimonios entre no bautizados, que se convierten en sacramento cristiano mediante el bautismo de los esposos, y no tiene dudas sobre la validez del matrimonio de un católico con una persona no bautizada, si se celebra con la debida dispensa (Juan Pablo II, DRR 2003, núm. 8).

La suficiencia de esa “mínima fe necesaria” (tener “la recta intención de casarse según la realidad natural del matrimonio”) restringe mucho las causas en las que se dan los motivos para declarar la nulidad del matrimonio por exclusión de la sacramentalidad (*cf.*: canon 1101 § 2) y por error acerca de la dignidad sacramental (*cf.*: canon 1099). Como han indicado Juan Pablo II y Benedicto XVI en los textos que acabamos de citar, la negación de la sacramentalidad sólo hace nulo el matrimonio cuando tal negación incide en la validez de la unión en su realidad natural, que es la que constituye el signo sacramental. Es decir, cuando la negación de la sacramentalidad implica la exclusión de uno de los tres bienes del matrimonio (unidad, indisolubilidad y apertura a la vida) o del matrimonio en sí mismo (simulación total). En efecto, es intrínsecamente contradictoria una voluntad que, a la vez, desea celebrar un verdadero matrimonio y pretende excluir la sacramentalidad, ya que ambas realidades se identifican. De todos modos, la cuestión es intrincada (como ha señalado Benedicto XVI en DRR 2013, núm. 1) y, al menos hipotéticamente, cabe formular una voluntad que acepte los tres bienes del matrimonio y que, simultánea y explícitamente, quiera excluir que esa unión responda al designio de Dios. Tal voluntad —que haría nulo el matrimonio— puede responder al siguiente razonamiento que constituiría una especie de condición impropia (*cf.*: canon 1102): “me caso con la condición de que mi matrimonio no sea sacramento; y si debiera serlo para poder casarme, entonces no quiero casarme”.²

2. La distorsión del concepto de “consumación” del matrimonio

Respecto al planteamiento restrictivo e innatural de la consumación del matrimonio, la Congregación para los Sacramentos manifestó el carácter

² Gas Aixendri, Montserrat, “Fede e intenzione nel matrimonio sacramento”, *Ius Ecclesiae*, 25, 2013, pp. 519-533; Ortiz, Miguel Ángel, *L'esclusione della dignità sacramentale del matrimonio nel recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale*, en Franceschi, Héctor y Ortiz, Miguel Ángel (eds.), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma, Edusc, 2009, pp. 103-129, en particular pp. 120-126.

“divorcista” de ese concepto de consumación, el cual —amparado en la norma del Código establece que debe ser realizada *humano modo* (cfr. canon 1061 § 1), para excluir el supuesto de la consumación no querida por la mujer y realizada por el varón con violencia— pretendía que no se podía considerar consumado un matrimonio cuando no se había producido una particular compenetración afectiva y, faltando tal “consumación”, era posible disolverlo.³

3. *La indisolubilidad del matrimonio natural (el no sacramental)*

Las mencionadas posibilidades excepcionales de disolución por parte del Papa y la aceptación del divorcio civil por parte de las Iglesias y comunidades no católicas llevan a algunos teólogos y canonistas católicos a considerar que la indisolubilidad es una propiedad exclusiva del matrimonio sacramental celebrado entre católicos, cognoscible sólo con la fe y por tanto, no aplicable a quien no posee tal luz sobrenatural ni la fuerza proveniente del sacramento del matrimonio. No obstante, la afirmación de que la indisolubilidad es de derecho natural —a pesar de las excepciones señaladas (privilegio paulino, disolución “a favor de la fe” y *super matrimonio [rato et] non consummato*)— es fundamental para comprender la naturaleza y la finalidad de los procesos matrimoniales canónicos. Vale la pena citar dos significativos y amplios textos de Juan Pablo II al respecto:

Cuando la Iglesia enseña que el matrimonio es una realidad natural, propone una verdad evidenciada por la razón para el bien de los esposos y de la sociedad, y confirmada por la revelación de nuestro Señor, que explícitamente pone en íntima conexión la unión matrimonial con el “principio” (cfr. Mt 19, 4-8) del que habla el libro del Génesis: “Los creó varón y mujer” (Gn 1, 27), y “los dos serán una sola carne” (Gn 2, 24). Sin embargo, el hecho de que el dato natural sea confirmado y elevado de forma autorizada a sacramento por nuestro Señor no justifica en absoluto la tendencia, por desgracia hoy muy difundida, a ideologizar la noción del matrimonio —naturaleza, propiedades esenciales y fines—, reivindicando una concepción diversa y válida de parte de un creyente o de un no creyente, de un católico o de un no católico, como si el sacramento fuera una realidad sucesiva y extrínseca al dato natural y no

³ Cfr. Congregación para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos, *Litterae circulares de processu super matrimonio rato et non consummato*, 20 de diciembre de 1986, prefacio, en *Congregatio de Cultu Divino et Disciplina Sacramentorum, Collectanea documentorum ad causas pro dispensatione super “rato et non consummato” et a lege sacri coelibatus obtinenda, inde a Codice Iuris Canonici anni 1917*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2004, pp. 119-124, y *Enchiridion Vaticanum*, Bolonia, Dehoniane, vol. 10, núms. 1012-1044.

el mismo dato natural, evidenciado por la razón, asumido y elevado por Cristo como signo y medio de salvación (DRR 2001, núm. 4).

Deseo atraer hoy vuestra atención hacia la *plaga del divorcio*, por desgracia tan difundida. Aunque en muchos casos está legalizada, no deja de constituir una de las grandes *derrotas* de la civilización humana. La Iglesia sabe que va *contra corriente* cuando enuncia el principio de la *indisolubilidad del vínculo matrimonial*. Todo el servicio que debe a la humanidad le exige reafirmar constantemente esa verdad, *apelando a la voz de la conciencia* que, a pesar de los condicionamientos más serios, no se apaga completamente en el corazón del hombre. Sé bien que este aspecto de la ética del matrimonio es uno de los más exigentes y que, a veces, se dan situaciones matrimoniales verdaderamente difíciles e, incluso, dramáticas. La Iglesia procura tener conciencia de esas situaciones, con la misma actitud de Cristo misericordioso. Dichas situaciones explican cómo incluso en el Antiguo Testamento el valor de la insolubilidad se había ofuscado tanto, que se toleraba el divorcio. Jesús explicó la concesión de la ley mosaica con la *dureza del corazón humano*, y no dudó en proponer nuevamente con toda su fuerza el designio originario de Dios, indicado en el libro del Génesis: “Por eso deja el hombre a su padre y a su madre y se une a su mujer, y se hacen una sola carne” (Gn 2, 24), agregando: “De manera que ya no son dos, sino *una sola carne*. Pues bien, lo que Dios unió *no lo separe el hombre*” (Mt 19, 6). Alguien podría objetar que eso sólo es comprensible y válido en un horizonte de fe. ¡Pero no es así! Es verdad que, para los discípulos de Cristo, la insolubilidad se refuerza aún más gracias al carácter *sacramental* del matrimonio, signo de la alianza nupcial entre Cristo y su Iglesia. Sin embargo, este “gran misterio” (*cf.* Ef 5, 32) no excluye, es más, supone la exigencia ética de la *indisolubilidad* también en el plano de la ley natural. Desgraciadamente, la *dureza del corazón*, que Jesús denunció, sigue haciendo difícil la percepción universal de esta verdad, o determinando ciertos casos en que parece casi imposible vivirla (Juan Pablo II, *Discurso del “Ángelus”*, 10 de julio de 1994, núms. 1 y 2, la cursiva es del original).

4. *El carácter absoluto de la insolubilidad del matrimonio sacramental (llamado “rato”) y consumado*

La praxis de algunos tribunales enseña que esta mentalidad divorcista descrita por Juan Pablo II se refiere también al matrimonio sacramental y consumado (el llamado “matrimonio rato y consumado”). En efecto, se pretende sostener la potestad del papa para disolverlo, del mismo modo que en los mencionados casos del matrimonio no sacramental o no consumado. El sucesivo paso de quienes sostienen esta teoría es invertir el *favor indisso-*

lubilitatis en el *favor nullitatis* ante los tribunales eclesiásticos. Por ese motivo, precisamente hablando a los tribunales de la Iglesia, Juan Pablo II quiso recordar la “verdad de fe” de la absoluta indisolubilidad del matrimonio rato y consumado, sin que el papa posea alguna potestad disolutiva al respecto:

Este encuentro... es un contexto adecuado para hablar también a toda la Iglesia sobre el límite de la potestad del Sumo Pontífice con respecto al matrimonio rato y consumado, que “no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa, fuera de la muerte” (can. 1141; CCEO can. 853). Esta formulación del Derecho Canónico no es sólo de naturaleza disciplinaria o prudencial, sino que corresponde a una verdad doctrinal mantenida desde siempre en la Iglesia. Con todo, se va difundiendo la idea según la cual la potestad del Romano Pontífice... tal vez en algunos casos podría extenderse también a la disolución de los matrimonios ratos y consumados. Frente a las dudas y turbaciones de espíritu que podrían surgir, es necesario reafirmar que el matrimonio sacramental rato y consumado nunca puede ser disuelto, ni siquiera por la potestad del Romano Pontífice. La afirmación opuesta implicaría la tesis de que no existe ningún matrimonio absolutamente indisoluble, lo cual sería contrario al sentido en que la Iglesia ha enseñado y enseña la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Esta doctrina —la no extensión de la potestad del Romano Pontífice a los matrimonios ratos y consumados— ha sido propuesta muchas veces por mis predecesores... En este contexto, conviene citar también el Catecismo de la Iglesia católica, con la gran autoridad doctrinal que le confiere la intervención de todo el episcopado en su redacción y mi aprobación especial. En él se lee: “Por tanto, el vínculo matrimonial es establecido por Dios mismo, de modo que el matrimonio celebrado y consumado entre bautizados no puede ser disuelto jamás. Este vínculo, que resulta del acto humano libre de los esposos y de la consumación del matrimonio, es una realidad ya irrevocable y da origen a una alianza garantizada por la fidelidad de Dios. La Iglesia no tiene poder para pronunciarse contra esta disposición de la sabiduría divina” (n. 1640)... Ni la Escritura ni la Tradición conocen una facultad del Romano Pontífice para la disolución del matrimonio rato y consumado; más aún, la praxis constante de la Iglesia demuestra la convicción firme de la Tradición según la cual esa potestad no existe. Las fuertes expresiones de los Romanos Pontífices son sólo el eco fiel y la interpretación auténtica de la convicción permanente de la Iglesia. Así pues, se deduce claramente que el Magisterio de la Iglesia enseña la no extensión de la potestad del Romano Pontífice a los matrimonios sacramentales ratos y consumados como doctrina que se ha de considerar definitiva, aunque no haya sido declarada de forma solemne mediante un acto de definición (Juan Pablo II, DRR 2000, núms. 6 y 8).

5. La “idealización” de la indisolubilidad y su incidencia sobre la capacidad para casarse

Sin embargo, la afirmación de la indisolubilidad puede ser vaciada de contenido por una doble vía convergente.

En primer lugar, porque se interpretan erróneamente diversos pasajes de la Constitución Past. *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II (7 de diciembre de 1965) sobre el matrimonio. El documento conciliar afirma que el matrimonio:

- Es la íntima comunidad de vida y amor (*cf.* núms. 47a y 48a).
- Comporta una mutua y plena donación entre los esposos, similar a la de Cristo con la Iglesia (*cf.* núms. 48 y 49b).
- Constituye (en el contexto de la llamada universal a la santidad proclamada por el Concilio) el camino de perfección y santificación para la inmensa mayoría del pueblo de Dios (*cf.* núm. 48b).
- Posee como fin fundamental (aunque no exclusivo) alcanzar la felicidad de ambos cónyuges y de los hijos (*cf.* núm. 50c, el *bonum coniugum* y el *bonum prolis*), cosa que es incompatible con la infidelidad manifestada en el adulterio y en el divorcio (*cf.* núm. 49), etcétera.

El error consiste en identificar la mera *carencia* de voluntad de alcanzar alguno de esos bienes en el transcurso de la vida matrimonial con la nulidad del matrimonio. Por el contrario, hay que considerar que la intención de la *Gaudium et spes* es la de describir el *ideal* del diseño divino sobre el matrimonio y no la de declarar que quien no desee tal ideal o no lo alcance de hecho no ha contraído un vínculo matrimonial válido. Además, ese ideal, como toda meta de naturaleza moral, siempre permite un crecimiento y por tanto, en su plenitud, no lo alcanza nadie. A la vez, dicha meta exige un empeño cotidiano para que el nivel alcanzado no se deteriore. La presencia de esta errónea interpretación en la jurisprudencia de algunos tribunales ha sido indicada por Juan Pablo II y por Benedicto XVI en diversas ocasiones: “considerar la indisolubilidad no como una norma jurídica natural, sino como un simple ideal, desvirtúa el sentido de la inequívoca declaración de Jesucristo, que rechazó absolutamente el divorcio porque «al principio no fue así» (*cf.* Mt 19,8)” (Juan Pablo II, DRR 2002, núm. 4).

En las causas de nulidad matrimonial la verdad procesal presupone la “verdad del matrimonio” mismo... Esta crisis de sentido del matrimonio se perci-

be también en el modo de pensar de muchos fieles. Los efectos prácticos de lo que llamé “hermenéutica de la discontinuidad y de la ruptura” con respecto a la enseñanza del concilio Vaticano II (*cf.* *Discurso a la Curia romana*, 22 de diciembre de 2005) se notan de modo particularmente intenso en el ámbito del matrimonio y de la familia. En efecto, a algunos les parece que la doctrina conciliar sobre el matrimonio, y concretamente la descripción de esta institución como “*intima communitas vitae et amoris*” (*Gaudium et spes*, 48), debe llevar a negar la existencia de un vínculo conyugal indisoluble, porque se trataría de un “ideal” al que no pueden ser “obligados” los “cristianos normales” (Benedicto XVI, DRR 2007).

En segundo lugar como derivación lógica de tal instrumental idealización, la indisolubilidad se vacía de contenido, porque se considera que, de hecho y en concreto, la ruptura matrimonial viene a demostrar que la práctica totalidad de los cónyuges que fracasan en el matrimonio celebrado carecen de la capacidad suficiente (caracterológica, de madurez, de conocimiento de la dignidad del matrimonio descrita por la *Gaudium et spes*, etcétera) y, por tanto, son incapaces para contraer un matrimonio válido. Quienes razonan así tal vez olviden que para realizar algo, además de ser apto y de haberlo querido al inicio, es necesario querer hacerlo durante la ejecución, y quizá olviden también que se puede no ser fiel al compromiso adquirido en el momento de la celebración. Esas infidelidades matrimoniales (por ejemplo, el adulterio) podrían haber sido evitadas, pero, una vez cometidas, comportan una herida profunda, la cual no hace nulo el consentimiento precedentemente dado. Benedicto XVI, retomando el magisterio de Juan Pablo II, ha declarado la necesidad de no confundir la dificultad, debida a una enfermedad psíquica a veces importante, con la incapacidad para contraer un matrimonio válido:

Me urge llamar la atención... sobre la exigencia de tratar las causas con la debida profundidad que exige el ministerio de verdad y de caridad..., basándose en los principios de la antropología cristiana... Al respecto, conviene recordar una vez más algunas distinciones que trazan la línea de demarcación ante todo entre “una madurez psíquica, que sería el punto de llegada del desarrollo humano”, y la “madurez canónica, que es en cambio el punto mínimo de partida para la validez del matrimonio” (DRR 1987 n. 6); en segundo lugar, entre incapacidad y dificultad, en cuanto que “sólo la incapacidad, y no simplemente la dificultad para prestar el consentimiento y para realizar una verdadera comunidad de vida y de amor, hace nulo el matrimonio” (DRR 1987 n. 7); en tercer lugar, entre la dimensión canónica de la normalidad, que inspirándose en la visión integral de la persona humana, “comprende

también moderadas formas de dificultad psicológica”, y la dimensión clínica que excluye del concepto de la misma toda limitación de madurez y “toda forma de psicopatología” (DRR 1988 n. 5); por último, entre la “capacidad mínima, suficiente para un consentimiento válido”, y la capacidad idealizada “de una plena madurez en orden a una vida conyugal feliz” (DRR 1988 n. 9) (DRR 2009).

La errónea interpretación de las proposiciones de la *Gaudium et spes* sobre el matrimonio proviene de la absolutización de las mismas y de la identificación de la no consecución de tales ideales con la nulidad del matrimonio. Efectivamente si alguien excluye o no es capaz de la donación de su conyugalidad, o de procurar el bien del otro cónyuge, etcétera, el matrimonio podrá ser nulo por los diversos supuestos de simulación o por las incapacidades descritas en el canon 1095, núms. 2 y 3. Mas presumir la incapacidad o la falsedad de los cónyuges es contrario a la antropología cristiana y al respeto de la dignidad de la persona humana. Estas consideraciones corresponden a un nivel “natural” (no sólo al matrimonio sacramental), puesto que el matrimonio es el camino al que Dios llama a la mayoría de las personas: “la vocación al matrimonio se inscribe en la naturaleza misma del hombre y de la mujer, según salieron de la mano del Creador” (*Catecismo de la Iglesia Católica* promulgado por Juan Pablo II, 11 de octubre de 1992, núm. 1603). Por tanto, Dios concede a todos la gracia para vivir de acuerdo con la ley divina natural: “a la luz del matrimonio como realidad natural, se capta fácilmente la índole natural de la capacidad para casarse... Ninguna interpretación de las normas sobre la incapacidad consensual... sería justa si en la práctica no reconociera ese principio” (Juan Pablo II, DRR 2001, núm. 6).

Desde los primeros DRR, los papas han considerado la posibilidad de las incapacidades psíquicas (*cf.* Pío XII, DRR 1941). Sin embargo, siempre han afirmado la matriz “protestante”, incompatible con la antropología cristiana, de los planteamientos “pesimistas” de tono luterano, según los cuales la naturaleza humana está corrompida. En ámbitos contemporáneos tal teoría suele exponerse como propia del “hombre débil”, la cual “desresponsabiliza” moralmente a la persona de sus acciones y acaba por suprimir la libertad.⁴ La crítica de estas proposiciones ha sido realizada en muchos DRR, en particular, las analizan monográficamente los DRR de 1987, 1988, 2001, 2008 y 2009.

⁴ Juan Pablo II, Encíclica *Veritatis splendor*, 6 de agosto de 1993, en particular núms. 84-117.

II. LA PRESUNCIÓN DE LA VALIDEZ (EL *FAVOR MATRIMONII*) O DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO (EL *FAVOR NULLITATIS*)

1. *El concepto de presunción jurídica*

La palabra “presunción” —en su acepción jurídica, no en la moral equivalente a “engreimiento”— puede dar la impresión de formalismo jurídico perteneciente al ámbito de las “ficciones” (la *fictio iuris*, típica del derecho romano). No obstante, la presunción es una institución jurídica repleta de sentido común y respetuosa de una de las más básicas exigencias naturales de la justicia: la paz y la serenidad en las relaciones humanas, la agustiniana definición de la paz: *tranquillitas ordinis* (“la serenidad producida por el orden”, *De civitate Dei*, libro 19, canon 13 § 1). Los bienes de los que alguien se presenta como propietario (la casa, el coche, etcétera) pueden proceder de un robo, pero se “presume” que ese alguien los ha adquirido por alguno de los diversos modos justos: compra, herencia, donación. Una persona puede no ser hija de sus padres, mas se “presume” que sí lo es.

Evidentemente, la presunción no significa verdad absoluta, aunque sí lo sea con mucha frecuencia. Por tal motivo, protege la serena posición jurídica de su titular. Es decir, si alguien afirma lo contrario a lo que se “presume” debe probarlo, mientras que el titular de la presunción no necesita probarla: para verse justamente desposeído de ese bien, otro debe probar que lo presumido es falso. Además, lógicamente, el titular de la presunción tiene derecho a defenderse contra las pruebas aducidas en su contra, porque pueden ser falsas o no reflejar bien la realidad. El CIC y la DC sostienen, prudentemente, que el objeto de la presunción no es “cierto” en sentido absoluto y, por tanto, puede permitir la incertidumbre. No obstante, a la vez, la ley considera que lo que la presunción indica es particularmente “probable”: “la presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta” (canon 1584; DC, artículo 214). Si esa conjetura forma parte de la experiencia común universal, la presunción puede estar formulada por la misma ley. Por ejemplo, el Código Civil español prevé que “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges” (artículo 116; *cf.* artículo 232 del Código Civil italiano). En este caso se trata de una presunción *iuris* (“del derecho”), es decir, realizada por la ley. “Quien tiene a su favor una presunción de derecho, queda exonerado de la carga de la prueba, que recae sobre la parte contraria (*cf.* canon 1585)” (DC, artículo 215). La presunción es denominada *hominis* (“del

hombre”) cuando se refiere a algo no tan común, sino que proviene de un razonamiento en el caso concreto. Cuando tal razonamiento lo hace el juez sobre la base de las pruebas recogidas en el proceso, la presunción puede convertirse en aquella “certeza moral” que le permitirá dictar una sentencia a favor de lo que motivadamente el juez considera verdadero (*cf.* El § 5 de la siguiente lección).

Las *praesumptiones iuris* al estar protegidas por la necesidad de probar lo contrario (pudiendo el titular de la presunción defenderse contra dichas pruebas), generan una situación “favorable” al titular de las mismas (*cf.* canon 1526 § 2, núm. 2; DC, artículo 156 § 2). Esa situación se denomina *favor iuris* que, como estamos comprobando, no tiene nada de formalismo, sino que indica una particular probabilidad que debe ser protegida salvo que se pruebe positivamente lo contrario. Tal vez la *praesumptio iuris* más conocida sea la que, en el proceso penal, protege la presunción de inocencia de las personas: la mera acusación no significa culpabilidad, sino que tal responsabilidad penal debe ser probada por quien acusa: “la carga de la prueba incumbe al que afirma” (canon 1526 § 1; DC, artículo 156 § 1). Si no hay pruebas contrarias, no hace falta probar la inocencia. Se trata de la “presunción de inocencia”, que genera una situación de favor para el acusado: el llamado *favor rei* (“favor del reo”), que en el CIC tiene diversas manifestaciones (*cf.* cánones 18, 19, 1313, 1321 §§ 1 y 2, 1725). Cuando las pruebas de quien acusa no logran producir en el juez una “certeza” capaz de remover la presunción de inocencia, el juez debe absolver al acusado: si se trata “de una causa que goza del favor del derecho, [el juez] debe pronunciarse en pro de ésta” (canon 1608 § 4).

2. *La presunción de la validez del matrimonio celebrado: el favor matrimonii del ordenamiento jurídico de la Iglesia*

En el caso del matrimonio las consideradas presunciones de capacidad y de sinceridad de los cónyuges (que, desde luego, admiten prueba en contrario) producen la razonable *praesumptio iuris* de validez del matrimonio, denominada desde hace mucho siglos *favor matrimonii*: “el matrimonio goza del favor del derecho; por lo que en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio mientras no se pruebe lo contrario” (canon 1060). Se trata de “probar lo contrario” a lo presumido, no de demostrar solamente su probabilidad: es el concepto de “certeza moral” del que la ley habla al tratar de la sentencia. En cualquier caso, el *favor matrimonii* está subordinado a la verdad, subordinación que suele ser denominada como *favor veritatis*. Es en este senti-

do como debe ser interpretada la conocida expresión de uno de los autores clásicos del derecho matrimonial, el jesuita andaluz Tomás Sánchez (1550-1610): “el *favor matrimonii* lleva a disolver el matrimonio nulo y a proteger el válido”,⁵ si no se prueba la nulidad, el matrimonio se debe considerar válido y, por tanto, debe ser protegido.

Desde el inicio de los DRR, los papas han debido defender el *favor matrimonii*, porque el comprensible deseo de que los matrimonios fracasados puedan ser declarados nulos (para permitir una nueva celebración) lleva a las partes interesadas y a los mismos jueces (movidos por una misericordia malentendida) a pensar que el *favor matrimonii* es una manifestación de formalismo carente de sentido pastoral porque impide la declaración de la nulidad del matrimonio en algunas causas. Al respecto, afirmó Juan Pablo II:

El *favor iuris* de que goza el matrimonio implica la presunción de su validez, si no se prueba lo contrario (*cf.* CIC, can. 1060; CCEO, can. 779). Para captar el significado de esta presunción, conviene recordar... que constituye un principio fundamental de todo ordenamiento jurídico: los actos humanos de por sí lícitos y que influyen en las relaciones jurídicas se presumen válidos, aunque se admita obviamente la prueba de su invalidez (*cf.* CIC, can. 124, 2; CCEO, can. 931, 2). Esta presunción no puede interpretarse como mera protección de las apariencias o del *status quo* en cuanto tal, puesto que está prevista también, dentro de límites razonables, la posibilidad de impugnar el acto. Sin embargo, lo que externamente parece realizado de forma correcta... merece una consideración inicial de validez y la consiguiente protección jurídica... Suponer lo opuesto, es decir, el deber de ofrecer la prueba positiva de la validez de los actos respectivos, significaría exponer a los sujetos a una exigencia prácticamente imposible de cumplir... ¿Qué decir, entonces, de la tesis según la cual el fracaso mismo de la vida conyugal debería hacer presumir la invalidez del matrimonio? Por desgracia, la fuerza de este planteamiento erróneo es a veces tan grande, que se transforma en un prejuicio generalizado, el cual lleva a buscar las pruebas de nulidad como meras justificaciones formales de un pronunciamiento que, en realidad, se apoya en el hecho empírico del fracaso matrimonial. Este formalismo injusto de quienes se oponen al *favor matrimonii* tradicional puede llegar a olvidar que, según la experiencia humana marcada por el pecado, un matrimonio válido puede fracasar a causa del uso equivocado de la libertad de los mismos cónyuges (Juan Pablo II, DRR 2004, núms. 4 y 5).

⁵ “Ita est matrimonii favor irritum dissolvere, ac validum tueri”, Sánchez, Thomas, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento*, lib. 7, disp. 100, núm. 14, Tip. Iuntas, Venetiis, 1625, vol. 2, p. 363.

3. *La errónea presunción de la nulidad del matrimonio fracasado: el favor nullitatis*

Esta oposición al *favor matrimonii*, como señala Juan Pablo II, ha llevado a algunos a proponer el *favor nullitatis*: el fracaso matrimonial implicaría la presunción de la nulidad y, por tanto, la llamada “carga de la prueba” se exigiría a quien sostiene la validez del vínculo. Si nadie defiende la validez o quien la defiende lo hace de modo poco incisivo, el mero fracaso matrimonial sería, según esa opinión, suficiente para probar la nulidad. Como es lógico no negamos la existencia de no pocos matrimonios nulos sino que criticamos la presunción de que todo matrimonio fracasado lo sea, también en aquellos casos en los que dicho fracaso fuera previsible: siempre es necesario probar la nulidad, aunque, en algunas ocasiones, tal prueba resulte fácil. Como dijo Juan Pablo II, el simple fracaso es considerado nulidad, lo que a su vez significa identificar la nulidad con el divorcio.

Por otro lado, la explícita afirmación del tal *favor nullitatis* en una sentencia podría no garantizar la finalidad deseada (permitir la celebración de un nuevo matrimonio), porque esa decisión podría ser modificada —de oficio o a instancia de parte— por el tribunal de apelación o por la Rota Romana en atención a su manifiesta incompatibilidad con la ley y la doctrina de la Iglesia. Por eso con frecuencia son utilizadas otras expresiones más atractivas y tal vez demagógicas, en las que es menos evidente el deseo de eludir el *favor matrimonii*, como por ejemplo, “en caso de duda, el juez deberá pronunciarse a favor de la libertad personal de volver a celebrar otro matrimonio” (el llamado *favor libertatis* o *favor personae*). Juan Pablo II también se refirió a esta situación de modo muy explícito:

A veces, en estos años, se ha obstaculizado el tradicional “*favor matrimonii*”, en nombre de un “*favor libertatis*” o “*favor personae*”. En esta dialéctica es obvio que el tema de fondo es el de la indisolubilidad, pero *la antítesis es más radical aún porque concierne a la verdad misma sobre el matrimonio*, relativizada más o menos abiertamente. Contra la verdad de un vínculo conyugal no es correcto invocar la libertad de los contrayentes que, al asumirlo libremente, se han comprometido a respetar las exigencias objetivas de la realidad matrimonial, la cual no puede ser alterada por la libertad humana. Por tanto, la actividad judicial debe inspirarse en un “*favor indissolubilitatis*”, el cual, obviamente, no entraña prejuicio contra las justas declaraciones de nulidad, sino la convicción operativa sobre el bien que está en juego en los procesos, así como el optimismo siempre renovado que proviene de la índole natural del matrimo-

nio y del apoyo del Señor a los esposos (DRR 2002, núm. 7, la cursiva es del original).

La genérica “presunción de la nulidad” ha llegado incluso a hacerse operativa en diversos tribunales por medio de la descripción en formularios impresos de distintas circunstancias (“presunciones de hecho”), alguna de las cuales se da necesariamente en los matrimonios normales, puesto que las dificultades y las manifestaciones de egoísmo son inevitables. Al respecto, es útil citar algunos documentos de la Signatura Apostólica (el organismo de la Curia Romana a quien corresponde la vigilancia sobre el modo de actuar de los tribunales eclesiásticos) en los que se señalan, como incompatibles con la doctrina de la Iglesia, diversos planteamientos acerca del matrimonio sobre los que se han construido varias “presunciones de nulidad”:

La unidad del matrimonio indisoluble establecida por Cristo es un “ideal” o un “deseo”, sin que deba ser considerada por parte de los cónyuges cristianos como una norma o una ley (n. I/1). El consentimiento matrimonial no debe ser considerado estáticamente, sino dinámicamente, de modo que los cónyuges lo perfeccionan progresivamente con su amor (n. I/2). Corresponde primariamente a los cónyuges juzgar acerca del valor de su matrimonio, los cuales podrán determinar personalmente la validez, porque el resultado es feliz, o la nulidad o la disolución, porque el resultado es infeliz (n. I/4). Los cónyuges que, culpable o inculpablemente, impiden u obstaculizan la evolución de su relación interpersonal sean declarados libres de su matrimonio (n. I/7). La celebración del matrimonio no puede ser considerada como un acto formal del que nace el vínculo, sino como una iniciación matrimonial que permite las relaciones conyugales y que consiente el progresivo perfeccionamiento del matrimonio (n. III/1).⁶

De hecho, Juan Pablo II señaló que la violación del concepto de *favor matrimonii* (y del de certeza moral) equivaldría a la introducción del divorcio en la Iglesia “con otra terminología”, declaración de nulidad (DRR 1980, núm. 6).

⁶ Cfr. Signatura Apostólica, *Animadversiones nonnullae significantur Ordinariis locorum Neerlandiae circa ea quae in administranda iustitia urgentius corrigenda sunt et reformanda*, 30 de diciembre de 1971, en Gordon, Ignatius y Grochowski, Zenon, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1977, vol. 1, núms. 41-44. En el mismo sentido, Signatura Apostólica, “Praesumptiones facti pro causis nullitatis matrimonii”, *Ius Ecclesiae* 8, 13 de diciembre de 1995, pp. 821-839.

III. LA “CUESTIÓN GNOSEOLÓGICA”: INCIDENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CAPACIDAD DEL ENTENDIMIENTO HUMANO DE CONOCER LA VERDAD OBJETIVA EN LAS CAUSAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

1. *El “pesimismo gnoseológico” acerca de la validez o la nulidad del matrimonio*

Las raíces de las proposiciones erróneas sobre la indisolubilidad del matrimonio a las que nos hemos referido

...hay que buscarlas en algunos presupuestos, ya sean de naturaleza filosófica o teológica, que obstaculizan la inteligencia y la acogida de la verdad revelada. Se pueden señalar algunos: la convicción de la inaferrabilidad y la inefabilidad de la verdad divina, ni siquiera por parte de la revelación cristiana; la actitud relativista con relación a la verdad, en virtud de lo cual aquello que es verdad para algunos no lo es para otros... el subjetivismo de quien, considerando la razón como única fuente de conocimiento, se hace “incapaz de levantar la mirada hacia lo alto para atreverse a alcanzar la verdad del ser” (Juan Pablo II, Encíclica *Fides et ratio*, 5) (Congregación para la Doctrina de la Fe, Declaración *Dominus Iesus*, 6 de agosto de 2000, núm. 4b).

En efecto, ya hemos considerado que desde un planteamiento teológico dogmático, hay quien, contra el magisterio auténtico de la Iglesia considera la indisolubilidad del matrimonio como “un ideal irrenunciable”, pero no como una “ley” que impregna objetivamente tanto el matrimonio cristiano como el natural (*cf.* Benedicto XVI, DRR 2007); o como un “carisma”, en el sentido de una gracia particular (similar a la del celibato) que reciben sólo unos pocos “elegidos”, de modo que el matrimonio sería indisoluble solamente para quienes hubieran recibido dicho carisma, siendo evidente que aquéllos quienes fracasan en su matrimonio no serían titulares de esa peculiar gracia: en este sentido interpretan algunos, erróneamente, las palabras del señor recogidas en Mt 19, 11-12. Tal planteamiento teológico deletéreo sobre el matrimonio se manifiesta, y a la vez incide, desde un punto de vista filosófico, en la teoría del conocimiento acerca de la capacidad de constatar la validez o la nulidad del vínculo. De hecho es frecuente tanto a nivel de la doctrina como de la praxis de la jurisprudencia, el “pesimismo gnoseológico” (cognoscitivo) acerca de la capacidad de tal verificación por parte de los jueces. El razonamiento lúgubre es simple: puesto que el objeto de la decisión jurisdiccional (la existencia del vínculo matrimonial celebrado) es una

realidad espiritual compleja y lejana en el tiempo, se termina por negar la capacidad de poder alcanzar un conocimiento cierto sobre su validez, la llamada certeza moral, de la que hablaremos en la siguiente clase.

Asimismo, esta actitud participa, además del error gnoseológico y metafísico propio de las diversas tendencias inmanentistas criticadas por la Encíclica *Fides et ratio* de Juan Pablo II, de aquellas otras actitudes que magnifican de tal modo el matrimonio hasta convertirlo en una realidad “inaferrable” o, al menos, irrealizable. Ante esa situación perpleja la respuesta debe ser —lógica pero equivocadamente, ya que son falsos sus presupuestos— la ya mencionada inversión del *favor matrimonii* en el *favor nullitatis* so capa de *favor libertatis: in dubio pro libertate contrahendi* (“en caso de duda hay que afirmar la libertad para celebrar un nuevo matrimonio”). Puesto que es cierto y fácilmente comprobable que el matrimonio ha fracasado y uno de los cónyuges (o ambos) desea celebrar *coram Ecclesia* un nuevo matrimonio, y, por el contrario (dicen), no se puede conocer con certeza si el matrimonio fallido fue nulo o válido, ¿cómo justificar —argumentan— que la Iglesia pueda obstaculizar el ejercicio de un derecho natural fundamental como es el de celebrar un válido matrimonio, cosa que no se sabe si ocurrió cuando fue contraído el fracasado?

2. La consiguiente pérdida de la razón de ser del proceso judicial

Prescindiendo de las intenciones este razonamiento es objetivamente demagógico puesto que son falsas sus premisas y consecuencias: la incapacidad de conocer la validez del matrimonio y la identificación operativa entre fracaso y nulidad. Sin embargo, en la medida que la aporía permea la mente de no pocos jueces, el trabajo de los mismos se convierte en un patético y frustrante formalismo: el empleo del proceso —un instrumento complejo, útil para alcanzar una verdad importante e intrincada— cuando el resultado ya se conoce desde antes de comenzar: el matrimonio es nulo porque ha fracasado. Así, se comprende fácilmente que no se entienda la utilidad pastoral del proceso de nulidad del matrimonio. La demostración de que el problema se encuentra difundido la dio Juan Pablo II, quien trató del tema en sus dos últimos DRR:

En verdad, la presunción de validez del matrimonio se sitúa en un contexto más amplio. A menudo el verdadero problema no es tanto la presunción en cuestión [el *favor nullitatis*], cuanto la visión global del matrimonio mismo y, por tanto, el proceso para certificar la validez de su celebración. Este proceso es esencialmente inconcebible fuera del horizonte de la certificación de la

verdad. Esta referencia teleológica a la verdad es lo que une a todos los protagonistas del proceso, a pesar de la diversidad de sus funciones. Al respecto, se ha insinuado un escepticismo más o menos abierto sobre la capacidad humana de conocer la verdad sobre la validez de un matrimonio. También en este campo se necesita una renovada confianza en la razón humana, tanto por lo que respecta a los aspectos esenciales del matrimonio como por lo que concierne a las circunstancias particulares de cada unión. La tendencia a ampliar instrumentalmente las nulidades, olvidando el horizonte de la verdad objetiva, conlleva una tergiversación estructural de todo el proceso. Desde esta perspectiva, el sumario [el conjunto de las pruebas recogidas en el proceso] pierde su eficacia, puesto que su resultado está predeterminado. Incluso la investigación de la verdad, a la que el juez está gravemente obligado *ex officio* (*cf.* CIC, canon 1452; CCEO, canon 1110) y para cuya consecución se sirve de la ayuda del defensor del vínculo y del abogado, resultaría una sucesión de formalismos sin vida. Dado que en lugar de la capacidad de investigación y de crítica prevalecería la construcción de respuestas predeterminadas, la sentencia perdería o atenuaría gravemente su tensión constitutiva hacia la verdad. Conceptos clave como los de certeza moral y libre valoración de las pruebas perderían su necesario punto de referencia en la verdad objetiva (*cf.* CIC, canon 1608; CCEO, canon 1291), que se renuncia a buscar o se considera inalcanzable (DRR 2004, núm. 6).

“Un momento importante de la búsqueda de la verdad es el de la *instrucción de la causa*. Está amenazada en su misma razón de ser, y degenera en puro formalismo, cuando el resultado del proceso se da por descontado” (Juan Pablo II, DRR 2005, núm. 6).

3. *La honesta búsqueda de la verdad como presupuesto del proceso judicial*

La capacidad de conocer la verdad es una característica de la dignidad de la persona humana y presupuesto de toda filosofía trascendente, aunque sean muchos los planteamientos filosóficos que relativizan o niegan tal posibilidad de conocer la verdad. Desde luego, la posibilidad de alcanzar la verdad y el deber de intentarlo con todas las fuerzas son características típicas del cristianismo (“conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres”: Jn 8, 32; “yo soy el Camino, la Verdad y la Vida”: Jn 14, 6), por contraste a la postura escéptica y relativista de Pilatos: “¿Qué es la verdad?” (Jn 18, 38). “En efecto, «Dios quiere que todos los hombres se salven y lleguen al conocimiento pleno de la verdad» (1 Tm 2,4). Dios quiere la salvación de todos por el conocimiento de la verdad. La salvación se encuentra en la verdad. Los que obedecen a la moción del Espíritu de verdad están ya en el camino

de la salvación” (*Catecismo de la Iglesia Católica* promulgado por Juan Pablo II, 11 de octubre de 1992, núm. 851). “Todos los hombres están obligados a buscar la verdad, sobre todo en lo referente a Dios y a su Iglesia, y, una vez conocida, a abrazarla y practicarla” (Vaticano II, Decl. *Dignitatis humanae*, 1). En este contexto son iluminantes las palabras de S. Josemaría Escrivá: “si te molesta que te digan la verdad, entonces... ¿para qué preguntas? ¿Quizá pretendes que te respondan con tu verdad, para justificar tus descaminos?” (*Surco*, núm. 569), u otras de Benedicto XVI: “se tiene miedo de buscar la Verdad o, tal vez, se tiene miedo de que la Verdad nos encuentre... y nos cambie la vida” (Benedicto XVI, *Audiencia general*, 25 de agosto de 2010).

Por otra parte, puesto que el matrimonio es una institución creada por Dios y pertenece al orden de la naturaleza (sin perjuicio de ser elevada al plano sobrenatural), Dios ha dado a la razón la capacidad de conocer sus propiedades esenciales, a las personas humanas las condiciones mínimas requeridas para contraerlo, etcétera. La razón puede desconocer aquello para lo que está dotada por muchos motivos, entre los que se encuentra “la dureza de vuestro corazón” (Mt 19, 8), como dice el mismo Cristo precisamente a propósito de la indisolubilidad.

De aquí que no sea aceptable sostener la necesidad de poseer una particular cultura, pues, de hecho, conocen el matrimonio personas que normalmente son calificadas como muy incultas. En efecto, al pertenecer esos aspectos a la realidad natural, normalmente son conocidos por connaturalidad, de modo sencillo y fácil. En esto consiste “actuar según la razón” en la materia que nos ocupa. Por eso, el planteamiento criticado es erróneo también si se examina a partir de la tesis propuesta por Benedicto XVI en el célebre discurso en la Universidad de Ratisbona (12 de septiembre de 2006). En efecto, es incorrecto porque implica contradecir la conocida frase del emperador bizantino Manuel II Paleólogo, pronunciada en 1391 y hecha suya por Benedicto XVI en su disertación: “no actuar según la razón es contrario a la naturaleza de Dios”, lo cual significa, respecto a nuestro tema, que Dios ha dado a la naturaleza humana la capacidad connatural de conocer los elementos esenciales del matrimonio.

Posteriormente, un año después del discurso de Ratisbona, Benedicto XVI afirmó lo siguiente: “nuestra fe se opone decididamente al pesimismo que considera al hombre incapaz de la verdad... Este pesimismo ante la verdad es, estoy convencido, el fundamento de la crisis de Occidente” (Homilía, Santuario de Mariazell, 8 de septiembre de 2007), ya que “en la época actual reina en muchos ambientes una especie de dictadura del relativismo” (*Audiencia general*, 5 de agosto de 2009).

En el laicismo y en el fundamentalismo se pierde la posibilidad de un diálogo fecundo y de una provechosa colaboración entre la razón y la fe religiosa. *La razón necesita siempre ser purificada por la fe*, y esto vale también para la razón política, que no debe creerse omnipotente. A su vez, *la religión tiene siempre necesidad de ser purificada por la razón* para mostrar su auténtico rostro humano. La ruptura de este diálogo comporta un coste muy gravoso para el desarrollo de la humanidad (Benedicto XVI, Encíclica *Caritas in veritate*, 29 de junio de 2009, núm. 56, la cursiva es del original; Papa Francisco, Encíclica *Lumen fidei*, 29 de junio de 2013, núms. 23-25, 32-34).

Por eso, el juez de la Iglesia, con su bagaje jurídico y antropológico sobre el matrimonio —acervo iluminado y fortalecido por la fe—, está habitualmente en condiciones de poder declarar con certeza moral la verdad sobre la validez o nulidad del matrimonio, con el esfuerzo basado en su formación y en la honesta búsqueda de las pruebas, a instancia de parte y de oficio.

IV. LA NATURALEZA MERAMENTE DECLARATIVA DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL Y EL *FAVOR VERITATIS* CANÓNICO (EL INFLUJO DEL *COMMON LAW*)

1. *El carácter “declarativo” se opone al “constitutivo”*

En íntima relación con la capacidad de conocer la verdad se encuentra otro concepto esencial: el carácter *declarativo* de las sentencias de nulidad del matrimonio. “Declarativo” se contrapone a “constitutivo”. “Se declara” lo que existe previamente; “se constituye” algo nuevo que, en cuanto tal, es obra de quien tiene la potestad de “constituir” esa novedad, ya que la “declaración de fallecimiento” no modifica la realidad, pero “matar” sí. La nulidad del matrimonio es declarativa, la disolución (el divorcio) es constitutiva. El límite declarativo de la potestad humana fue proclamado por Cristo: “lo que Dios ha unido, que no lo separe el hombre” (Mt 19, 6). Como hemos visto, Juan Pablo II afirmó que ese confín de la potestad humana se aplica también al papa (*cf.* DRR 2000, núms. 6 y 8), salvo algunos “casos relativamente muy raros” (*ibidem*, núm. 7). Por eso, desde los testimonios más antiguos de procesos matrimoniales, los papas ordenaron a los jueces que impidieran cualquier acuerdo entre los cónyuges, ya que carecen de la mínima disponibilidad sobre la validez del matrimonio que han celebrado (*cf.* Honorio III, artículo 1218, *Ex parte tua*, X.1.36.11).

Para impedir que una sentencia de nulidad del matrimonio pueda tener la eficacia constitutiva típica de la “cosa juzgada”, en 1206, Inocencio III declaró —con una norma cuyo contenido sigue vigente, inspirada en una precedente decretal de Alejandro III (1159-1181), *Lator*, X.2.27.7— que, en las causas de nulidad del matrimonio, la sentencia puede ser modificada siempre que se demuestre que no es conforme a la verdad. Para esa reforma no es obstáculo que la decisión haya sido dictada mucho tiempo antes por el juez (con la suficiente legítima certeza moral) ni que ambos cónyuges hayan contraído un nuevo matrimonio tras la declaración de nulidad del primero (*cf.* Inocencio III, *Fraternitatis tuae*, X.4.15.6). Es decir, la sentencia no puede modificar la situación que poseía el vínculo matrimonial antes de la decisión judicial: si el matrimonio es nulo y no es posible convalidarlo (*cf.* cánones 1156-1165; DC, artículos 65 § 1, 92, núm. 2), permanece nulo aunque varios tribunales afirmen que no les consta la nulidad. Viceversa, si el matrimonio es válido, así permanece aunque los jueces de la Iglesia lo declaren nulo y ambos cónyuges hayan celebrado otros sucesivos matrimonios, los cuales son nulos por impedimento de “vínculo” (*cf.* RR FE 2013, núm. 2).

La imprescriptibilidad del derecho a solicitar al juez que se pronuncie acerca de la validez del matrimonio (derecho que se denomina “acción”) tiene la misma finalidad: permitir que siempre sea posible una decisión de la autoridad que declare la verdad, aunque el matrimonio haya sido celebrado hace muchos años e, incluso, aunque haya sido disuelto porque ha fallecido uno o ambos cónyuges. La DC acoge la posibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio tras su “disolución” por el fallecimiento de uno o ambos esposos (*cf.* canon 1675; DC, artículo 93). Sin embargo, la DC ha “olvidado” incorporar el canon 1492 § 1 que obviamente conserva todo su valor legal: “toda acción se extingue por prescripción de acuerdo con el derecho, o de otro modo legítimo, excepto las que se refieren al estado de las personas, que nunca se extinguen”.

2. *El sistema procesal canónico de protección de la verdad (el favor matrimonii) y la pragmática privatización de las causas públicas en el sistema del Common Law*

La naturaleza declarativa de las sentencias exige, como presupuesto esencial del concepto de *declaración*, el empleo de todos los medios requeridos racionalmente para que el contenido de la sentencia (denominado “verdad formal”) refleje la “verdad objetiva” o “sustancial”: lo acaecido en la celebración del matrimonio. Esta finalidad del ordenamiento de la Iglesia —acogiendo las palabras de Cristo “no juzguéis por las apariencias, sino

juzgado con recto juicio” (Juan 7, 24)— tiene múltiples manifestaciones que constituyen el *favor veritatis* canónico, cuya carta magna es el DRR 1944 de Pío XII, donde se establece la obligación jurídica, y no sólo moral, de que todos cuantos intervienen en las causas de nulidad del matrimonio actúen “según la verdad”. El primero de tales medios es facilitar la presencia activa de ambos cónyuges en la causa para que presenten, bajo la dirección del juez instructor, las pruebas idóneas para conocer la verdad (*cf.* DC, artículo 95). A la vez, el defensor del vínculo (parte demandada pública) debe también intervenir activamente para integrar las pruebas presentadas por los cónyuges (*cf.* DC, artículo 56; Papa Francisco, *Discurso a la Signatura Apostólica*, 8 de noviembre de 2013), especialmente cuando ambos son parte actora o cuando el que ocupa la posición de parte demandada, en realidad, persigue la misma finalidad que el cónyuge parte actora o se desinteresa del proceso. Además, el ordenamiento canónico concede al juez, en vía subsidiaria, amplios poderes para buscar pruebas de oficio (*cf.* canon 1452; DC, artículo 71), de las que deberá informar a los cónyuges y al defensor del vínculo (*cf.* canon 1598; DC, artículos 229-235). Esa capacidad de iniciativa instructoria del juez hace que el proceso canónico sea de tipo “inquisitorio”. Entre las otras manifestaciones del *favor veritatis* hay que indicar la necesidad de dos decisiones conformes a favor de la nulidad del matrimonio (salvo en el proceso documental) y la ausencia de cosa juzgada material, la cual permite la posibilidad de revisar las sentencias siempre que haya motivos adecuados (*cf.* RR FE 2013, núms. 1 y 2).

Por otra parte, el *favor veritatis* requiere aceptar el magisterio de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio (natural y sacramental), sobre la capacidad de las “personas normales” (que no pueden dejar de ser la gran mayoría) para casarse, sobre la distinción entre las dificultades y las incapacidades para cumplir los fines y las propiedades del matrimonio, etcétera. Si este magisterio no es aceptado honestamente, el tribunal en vez de “declarar” la nulidad del vínculo, podrá fácilmente “constituir” su disolución aunque la decisión se denomine formalmente “declaración” de nulidad.

En resumen, afirmar que en las causas de nulidad del matrimonio, las sentencias son declarativas exige aceptar que la realidad declarada posee una existencia objetiva, cuyos parámetros de justicia son determinados sólo por Dios (y manifestados auténticamente por el magisterio eclesástico) y no por criterios provenientes de la sociología o de planteamientos morales relativizantes. Este argumento constituye el núcleo de la enseñanza de la Encíclica *Veritatis splendor*, la cual posee una notable importancia para entender qué es el matrimonio y, por tanto, para la justa aplicación de los procesos matrimoniales, como señaló el mismo Juan Pablo II tras la publicación de ese

documento (*cf.* DRR 1994, *passim*). Por otra parte, el ordenamiento canónico es sensible a los elementos culturales compatibles con la “sana doctrina”, para verificar cuándo se dan algunos criterios invalidantes del matrimonio, pues la cultura constituye una de las vías de conocimiento del ser del hombre, de las exigencias naturales de su dignidad (*cf.* Encíclica *Veritatis splendor*, núm. 53).

En los países en los que se aplica el *Common Law* cabe un influjo negativo sobre los tribunales de la Iglesia acerca del valor meramente declarativo de las sentencias sobre la nulidad del matrimonio. En efecto, el *Common Law* tiende a la privatización de cualquier bien controvertido, buscando satisfacer los intereses de las partes implicadas en la causa. Ejemplos emblemáticos de tal tendencia son la creciente aplicación del sistema de negociación de los cargos penales (*the plea bargaining system*) y la generalizada sustitución del modelo procesal “estatal” por los medios alternativos de resolución de conflictos (*Alternative Dispute Resolutions, ADR*).⁷ Se comprende fácilmente que en tal contexto jurídico y con una cierta dosis de relativismo teológico, algunos tribunales eclesiásticos puedan pasar, como sus colegas civiles en todo tipo de causas, de la “declaración” judicial de la solución justa de una causa sobre la validez del matrimonio (cuyo principal criterio de justicia proviene de Dios) a la “creación” de un “expediente” que zanje la causa en modo satisfactorio para las partes implicadas, prescindiendo de la verdad objetiva.

⁷ *Cf.* Aliste Santos, Tomás J., *Sistema de “Common Law”*, Salamanca, Ratio Legis, 2013, pp. 283-297.

INDISSOLUBILITÀ DEL MATRIMONIO

Gaetano LO CASTRO

SOMMARIO: I. Il ripudio mosaico e l'insegnamento di Cristo sull'indissolubilità. La concezione cristiana di matrimonio. II. La divaricazione fra Chiesa romana e Chiese orientali sulla possibilità d'ammettere eccezioni al principio di indissolubilità. III. La posizione del Concilio di Trento. Il permanere in tutta la cristianità di un'idea comune di matrimonio. IV. La compresenza negli ordinamenti giuridici contemporanei di opposte concezioni matrimoniali circa la stabilità del matrimonio. V. L'istituto del matrimonio fondato e costruito sul principio di indissolubilità nel diritto della Chiesa.

Di indissolubilità matrimoniale il diritto positivo canonico (Codice del 1983) parla, direttamente, in due canoni: nel canon 1056 (per riconoscere che essa, con l'unità, è una proprietà essenziale del matrimonio) e nel canon 1099 (per escludere che l'errore che cade sull'indissolubilità del matrimonio — come quello che cade sull'unità e sul suo carattere sacramentale— vizi il consenso matrimoniale, a meno che non l'abbia determinato). Alla indissolubilità si riferisce altresì il codice indirettamente, in quanto rientrante fra le proprietà del matrimonio, nel canon 1101 (per sancire che la sua esclusione, con positivo atto di volontà da uno o entrambi i coniugi, rende invalido il matrimonio) e nel canon 1125 (che dispone che i coniugi, nei matrimoni misti, debbono essere edotti dei fini e delle proprietà del matrimonio —fra cui appunto l'indissolubilità— e non debbono escluderli). Ma tutto il sistema del diritto matrimoniale canonico, sia nella parte sostanziale, sia in quella processuale, appare ordinato ad affermare l'indissolubilità del vincolo matrimoniale; e l'unica condizione alla quale resta subordinato tale intento legislativo è che il matrimonio sia un "vero" matrimonio, vale a dire che esso presenti i requisiti sanciti dal legislatore perché possa essere considerato giuridicamente valido.

L'indissolubilità si presenta come un principio etico giuridico che configura non soltanto il diritto della Chiesa, ma tutti gli ordinamenti matrimoniali che si ispirano all'idea di matrimonio come rapporto stabile e perpetuo

fra due persone di sesso diverso, destinato a durare per tutta la vita, caratterizzato da diritti e doveri reciproci.

Le forme giuridiche mediante le quali il principio di indissolubilità è assicurato possono poi essere più o meno rigorose, secondo una gamma di previsioni normative che variano da ordinamento ad ordinamento. Ma è da notare come persino gli ordinamenti, che prevedono lo scioglimento del vincolo matrimoniale quando si diano determinate circostanze, presuppongano alla fin fine la concezione del matrimonio come “comunità stabile e duratura” (senza la quale non di “scioglimento” del vincolo dovrebbe parlarsi, ma soltanto di “cessazione” di un rapporto di fatto, non proiettato nell’orizzonte della giuridicità).

Il cristianesimo, con la sua dottrina e con il suo diritto, ha influito in modo determinante al formarsi di tale concezione del matrimonio; tanto che si può dire che la storia del matrimonio in Occidente è legata alla storia della sua indissolubilità: alla sua affermazione, alla sua negazione, al modo di intenderla.

I. IL RIPUDIO MOSAICO E L’INSEGNAMENTO DI CRISTO SULL’INDISSOLUBILITÀ. LA CONCEZIONE CRISTIANA DI MATRIMONIO

La storia di un principio etico giuridico, qual è quello qui considerato, non può leggersi in cielo, fuori dagli eventi del mondo. E proprio alla concretezza degli eventi umani, riportandoli tuttavia con mirabile sintesi alla loro radicazione divina, guardò Gesù nella sua forte affermazione del principio di indissolubilità matrimoniale.

La questione dell’indissolubilità del matrimonio già al tempo in cui Cristo ne proclamò il principio era certamente avvertita dagli ebrei a lui contemporanei, quanto meno dalla setta che si riteneva dei perfetti, i farisei. Ne danno testimonianza Matteo e Marco in quei passi in cui riportano il quesito che appunto i farisei posero a Cristo per metterlo alla prova: “è lecito ad un marito ripudiare la propria moglie?” (*Mt* 10, 2. Similmente *Mt* 19, 3: “è lecito ad un uomo ripudiare la propria moglie per qualsiasi motivo?”). Enunciando tale domanda i farisei dimostravano di avvertire che il costume invalso nel popolo ebreo del ripudio maritale, ammesso e confortato dalla legislazione mosaica, poteva costituire quanto meno una questione disputata, più di un dubbio sollevando circa la sua corrispondenza col disegno divino sull’uomo. E tanto più forte doveva apparire tale dubbio quanto più onorata era presso l’antico popolo ebraico la fedeltà, attributo stesso di Dio.

E per la verità quella stessa legislazione che prevedeva il ripudio della donna, con l'imporre tuttavia per esso un procedimento specifico; col richiedere l'esistenza di un motivo che lo legittimasse; con il preoccuparsi di evitare comportamenti successivi che avrebbero potuto ritenersi permessi dal riacquisito stato libero delle parti, si presentava già come limitativa di costumi più antichi avvertiti e condannati dallo stesso legislatore come peccaminosi, contrari al volere di Dio.

È nota la risposta di Cristo ai farisei: "per la durezza del vostro cuore egli [Mosè] scrisse per voi questa norma. Ma all'inizio della creazione Dio li creò maschio e femmina; per questo l'uomo lascerà suo padre e sua madre e i due saranno una carne sola. Sicché non sono più due, ma una sola carne. L'uomo dunque non separi ciò che Dio ha congiunto" (*Mc* 10, 5-9. *Cfr. Mt* 19, 4-8; *1 Cor* 7, 10-11). Senza negare la legislazione permissiva mosaica, mostrando anzi di ritenerla motivata dai contingenti non apprezzabili costumi del tempo, Cristo la superò richiamandosi all'originario disegno divino.

Le parole di Cristo consegnarono alla civiltà antica e a quelle che si sarebbero nel tempo ispirate alle verità da Lui proclamate un nuovo modo d'intendere il matrimonio (nuovo, rispetto al modo in cui l'intendevano i suoi contemporanei): in esso si realizza infatti quell'*una caro*, e cioè quell'intima unione fra l'uomo e la donna, che risponde ad un altissimo disegno di Dio e lo attua, trovando in Lui non soltanto il sigillo, ma, come ogni fatto spirituale, la causa significante. Come affermò Giovanni Paolo II, "certamente tale unione ha luogo attraverso il libero consenso [dei coniugi], ma tale consenso umano verte su un disegno che è divino".

In quanto tale, essa resta sottratta alla libera disponibilità degli uomini ("ciò che Dio ha congiunto l'uomo non lo separi"), presentandosi come unione stabile e permanente. L'insigne dignità di cui si adorna l'unione matrimoniale nell'essere proiettata in questa dimensione dello spirito costituirà poi, soprattutto nella tradizione romano cattolica, la ragione teologica determinante per sostenerne l'idoneità ad essere strumento, segno causativo (sacramento) della grazia divina.

L'indissolubilità del matrimonio nacque e si affermò pertanto non come semplice conseguenza di un duro e secco comando (divieto) divino, ma per una ricostruzione razionale della condizione umana, tanto più razionale in quanto rispondente al disegno di Dio fatto riflettere da Cristo nella sua originaria purezza.

Su tale concezione, e in particolare sul valore divino naturale del matrimonio, che trascende il volere dei coniugi che lo hanno messo in vita, tutta la cristianità si è trovata sempre d'accordo.

II. LA DIVARICAZIONE FRA CHIESA ROMANA E CHIESE ORIENTALI SULLA POSSIBILITÀ D'AMMETTERE ECCEZIONI AL PRINCIPIO DI INDISSOLUBILITÀ

Ferme restando tali persuasioni, che sarebbero nel tempo divenute patrimonio ideale comune della civiltà occidentale ispirata dal cristianesimo, fin dai primi secoli dell'era cristiana si manifestarono due linee di tendenza circa la possibilità di ammettere un'eccezione al principio della indissolubilità e, dunque, della stabilità del vincolo; un'eccezione che sembrava da Cristo suggerita nel momento stesso in cui vietava il ripudio della moglie (con il conseguente divieto di sposare un'altra donna): “se non in caso di concubinato (*nisi ob fornicationem*)” (*Mt* 19, 9. Il divieto si ha anche in *Mc* 10, 11-12; *Lc* 16, 28; *I Cor* 7, 10-11, ma solo Matteo prevede l'eccezione sopra ricordata). Si tornava così alla legislazione mosaica che permetteva il ripudio della moglie quando il marito avesse trovato in lei “qualche cosa di vergognoso (*aliqua foeditas*)”, come diceva il passo del Deuteronomio prima ricordato?

Sul modo d'intendere questa eccezione, apparentemente permissiva, le chiese d'oriente e la Chiesa latina occidentale hanno divaricato le rispettive posizioni: mentre le prime (le Chiese orientali), infatti, hanno inteso il termine “fornicatio” (*πορνεία*) come comportamento fornicatorio successivo al matrimonio che consente la rottura del vincolo e legittima un nuovo matrimonio (riportandosi così, quanto meno di fatto, all'antica concezione ebraica); la seconda (la Chiesa latina) ha interpretato il termine “fornicatio”, e l'inciso che lo contiene, riferendolo alla natura del vincolo costituito, nel senso che, se il vincolo è di natura fornicatoria e non matrimoniale, se non rispecchia quindi il volere divino, se ne giustifica, anzi se ne impone la dissoluzione, proprio perché non si ha in tal caso vero matrimonio; e la tendenza ad attribuire all'inciso un siffatto significato è fra l'altro testimoniata dalla traduzione nelle lingue moderne del termine “fornicatio” (*πορνεία*), ad esempio, nella lingua italiana, dopo essere stato reso per molto tempo con “fornicazione” (che poteva prestarsi ad equivoci), oggi, nella traduzione approvata dalla Conferenza Episcopale Italiana, è tradotto con “unione illegittima”.

In breve, per dare in forma sintetica un'idea della posizione alla fine raggiunta dalle Chiese cristiane dopo lunghi travagli dottrinali, possiamo dire che, mentre le Chiese orientali hanno inteso le parole di Cristo secondo un metodo interpretativo di stampo giuridico (regola-eccezione), e, adeguandosi alla prassi dei vari Stati in cui esse vivono, hanno poi accettato un'interpretazione estensiva della eccezione, sì che la rottura del vincolo matrimoniale è da tempo da esse ammessa anche in casi diversi dalla *forni-*

catio, in senso stretto, successiva al matrimonio; la chiesa latina, viceversa, ha attribuito al messaggio di Cristo, quale raccolto dal passo di Matteo, il significato più stringente, quello solo che ne potrebbe aver giustificato l'esternazione, dettata dalla necessità di superare la legge mosaica reinterpretandola in senso restrittivo, e si è attenuta alle parole di Marco, di Luca e di Paolo, che non prevedono eccezione alcuna al principio dell'indissolubilità e del divieto di seconde nozze in caso di rottura del rapporto matrimoniale.

Il problema, beninteso, non è riportabile ad una disputa di natura filologica o d'interpretazione di un testo e del vero pensiero di Colui cui è riferibile; riflettendo esso aspetti assai complessi, fra i quali, non secondario, quello del diverso modo di porsi delle due chiese nei confronti degli Stati: su questi appiattite, le Chiese d'oriente, più inclini ad accettarne la legislazione, a rinviare ad essa, infine a ricercarne una giustificazione teologica e scritturistica; più indipendente la Chiesa latina romana rispetto agli organismi di governo della società civile, gelosa del patrimonio dottrinale ricevuto da Cristo, disposta a difenderlo fino alle conseguenze più estreme, che poi è stato per molti secoli il modo privilegiato per affermare l'autonomia del proprio potere rispetto alle autorità secolari.

III. LA POSIZIONE DEL CONCILIO DI TRENTO. IL PERMANERE IN TUTTA LA CRISTIANITÀ DI UN'IDEA COMUNE DI MATRIMONIO

Questi due diversi modi d'intendere il messaggio di Cristo hanno percorso la storia, rappresentando motivo di vicendevole incomprensione, talora anche grave, fra la Chiesa romana, le chiese orientali e, in seguito alla riforma del XVI secolo, le chiese protestanti. Essi emersero con particolare evidenza nel Concilio di Trento, i cui lavori tuttavia ci mostrano come in ogni caso non si sia mai arrivati al punto, all'interno della cristianità, di mettere in discussione l'idea centrale del matrimonio, come rapporto radicato nel disegno di Dio, trascendente il volere umano, indicata da Cristo.

Al Concilio di Trento il problema della indissolubilità del matrimonio si pose per essere stata la dottrina della Chiesa contestata dalle varie scuole protestanti, le quali ritenevano non assoluta la regola dell'indissolubilità e, pur non ammettendo la libertà di divorzio, asserivano possibili le seconde nozze non solo in caso di adulterio ma anche in altre ipotesi (impotenza successiva al matrimonio, rifiuto dei doveri coniugali, abbandono doloso e persistente d'uno dei due coniugi), che si sarebbero via via allargate nel tempo.

Rispetto alle prime istanze avanzate da vari padri conciliari, favorevoli a sancire il principio dell'indissolubilità come dogma di fede, ed invocanti

come decisiva al riguardo la tradizione della Chiesa di Roma, più di un dubbio fu sollevato da altri padri nel corso dei lavori del Concilio, sia per la ipotizzabile diversa interpretazione (favorevole alla dissoluzione del matrimonio e alla conseguente possibilità di contrarre nuove nozze in caso di adulterio) che poteva essere data del testo di Matteo; sia per il fatto che in tal senso sembrava si fossero pronunciati antichi scrittori (Tertulliano) e dottori della Chiesa (Basilio, Giovanni Crisostomo, Ilario, Ambrogio) e non sarebbe stato bene farli rientrare nella conseguente censura; sia infine e soprattutto perché gli oratori della repubblica di Venezia manifestarono la loro preoccupazione che fosse condannato un costume diffuso fra quella parte della popolazione greca rientrando sotto il suo dominio, la quale, pur essendo fedele alla chiesa di Roma, aveva sul punto accolta la tradizione delle chiese orientali ortodosse, peraltro mai condannata dai precedenti concili generali e risalente ad epoca anteriore alla rottura determinata dallo scisma d'oriente.

È nota la soluzione alla fine accolta dall'assise tridentina nei canoni sul sacramento del matrimonio dettati nella XXIV sessione dell' 11 dicembre del 1563, dopo un dibattito alto per dottrina e spesso assai teso: condannò il Concilio, difendendo in tal modo la posizione fino ad allora assunta dalla Chiesa di Roma, coloro che asseriscono che

...la chiesa sbaglia quando ha insegnato e insegna, *iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam* (Mt 5, 32; 9, 19; Mc 10, 11-12; Lc 16, 18; 1 Cor 7, 11), che il vincolo matrimoniale non può essere sciolto per l'adulterio dell'altro coniuge, che nessuno dei due coniugi, anche quello innocente per non aver commesso l'adulterio, può, mentre è in vita l'altro coniuge, contrarre un altro matrimonio, che commette adulterio l'uomo che, respinta la moglie adultera, sposi un'altra donna, e la donna, che respinto il marito adultero, sposi un altro uomo (canon 7).

Ma il Concilio non si sentì di condannare formalmente quanti avevano seguito e seguivano, come le chiese orientali, una diversa e più permissiva dottrina.

Il richiamo della dottrina evangelica ed apostolica, ad appoggio e a giustificazione dell'insegnamento della Chiesa romana, per un verso, ma, per l'altro verso, la mancata esplicita condanna della prassi orientale, avrebbero lasciato aperto il problema se il Concilio avesse inteso esprimere, in materia di indissolubilità del matrimonio, un dogma ovvero soltanto suffragare con la sua altissima autorità la disciplina adottata nei secoli precedenti dalla Chiesa di Roma.

Il fatto di maggior significato è che né la Chiesa romana, né le chiese ortodosse adottavano in realtà concezioni del matrimonio, della sua natu-

ra, della sua struttura, come società fra un uomo e una donna perdurante per la vita dei coniugi sottratta alla loro arbitraria volontà, dissonanti dal magistero di Cristo. L'intera cristianità poteva e può ritrovarsi concorde sull'insegnamento di san Tommaso: "nihil adveniens supra matrimonium potest ipsum dissolvere. Et ideo adulterium non facit quin sit verum matrimonium" (Thomas de Aquino) e prima ancora su quello precedente di sant'Agostino: "ita manet inter viventes quiddam coniugale, quod nec separatio, nec cum altero copulatio possit auferre".

La diversificazione stava non tanto nella concezione del matrimonio, quanto nell'atteggiamento pastorale da tenere nei confronti dei fedeli; poiché, mentre la Chiesa di Roma voleva e vuole essere rigorosamente consequenzialista nella prassi rispetto al principio, le Chiese orientali e, successivamente, quelle di matrice riformista (ma qui, per la loro origine e il loro sviluppo, è più difficile rappresentarle tutte in modo unitario) erano e sono pastoralmente inclini ad un atteggiamento favorevole alle difficoltà e debolezze della natura umana e al bisogno di soccorrerla (ritenendo ciò consentito da Cristo, benché fortemente riduttivo del principio dell'indissolubilità da lui proclamato). Se così non fosse stato, se queste chiese avessero inteso adombrare un'idea di matrimonio lontana da quella richiamata da Cristo, certo non sarebbe potuta mancare la condanna da parte del Concilio di Trento.

IV. LA COMPRESENZA NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI CONTEMPORANEI DI OPPOSTE CONCEZIONI MATRIMONIALI CIRCA LA STABILITÀ DEL MATRIMONIO

La concezione del matrimonio affermata dal cristianesimo è ben diversa da quella che l'intende come rapporto rimesso, nel suo sorgere e nel suo perdersi, alla volontà delle parti. Nasce infatti, quest'ultima idea, in un ambito culturale che esclude la realtà naturale del matrimonio, nega che Dio sia all'origine di tale realtà, mette viceversa l'uomo a principio di tutte le cose, facendo dipendere lo stesso diritto e la giustizia che gli è connaturale dalla sua arbitraria volontà; consente infine di pensare che sia affidata alle parti non solo la sorte della loro unione, ma, ancor più, la sua qualificazione etica, comunque sia contratta.

In quest'orizzonte concettuale la rottura del matrimonio è espressione della potenza e della libertà dell'uomo; qui non si può parlare del divorzio come "una grave offesa alla legge naturale", come ne ha parlato il catechismo della Chiesa cattolica (num. 2384), proprio perché è negata la stessa legge naturale. Solo una cultura — non necessariamente derivante da una visione

religiosa della vita— che vede nella comunità coniugale e familiare una istituzione oggettivamente volta al bene della persona, può considerare il divorzio, rottura di tale comunità, come una “piaga” (*Gaudium et spes*, num. 47), e può ascriverlo fra le offese alla dignità del matrimonio (Catechismo, p. III, sez. II, articolo 6o., IV).

Occorre però avvertire come negli ordinamenti giuridici contemporanei siano ravvisabili (e non potrebbe essere diversamente) le diverse posizioni culturali che riguardano il matrimonio, e più in generale il modo di intendere il rapporto fra l'uomo e il diritto.

Per quanto specificamente concerne il matrimonio si nota così, per un verso, la tendenza a superare l'idea tradizionale di coniugio, quale si è affermata per indubitabile influsso del cristianesimo nella civiltà occidentale, fino ad attribuire alla convivenza delle parti, che resta fatto indipendente da un consenso iniziale, la forza genetica di un rapporto considerato come matrimonio, o a svincolare l'idea di rapporto coniugale da ogni concezione metafisica ed etica dell'amore umano, per legarla all'arbitraria volontà di coloro che lo contraggono, equiparando in definitiva al matrimonio il regime della coppia di fatto e delle unioni fra persone dello stesso sesso; ma, per un altro verso, si nota altresì come l'idea del matrimonio, quale stabile rapporto fra le parti fondato su un patto impegnativo per il futuro della vita, avente ad oggetto una realtà istituzionale d'ordine naturale trascendente la volontà che le ha dato origine, portatrice di esigenze di giustizia, fonte di reciproci diritti e doveri, persista e si ritrovi in tutti i moderni ordinamenti, pure in quelli caratterizzati da una legislazione c.d. divorzistica, i quali in un certo senso la presuppongono, e quindi in qualche modo la propongono. Ed in verità, non è propria (o, vista l'attuale tendenza dei costumi, non è ancora propria) di tali ordinamenti la concezione del matrimonio prefigurata dal diritto romano classico, come rapporto di fatto (sia pure di natura volontaria e nobilitato dall'essere la donna tenuta in una particolare considerazione, soprattutto con riferimento alla posizione delle altre donne con cui l'uomo poteva avere stabilito delle relazioni); un rapporto dal quale, essendo appunto di fatto, non nascevano specifici diritti, doveri, aspettative quanto alla sua durata, e che poteva essere interrotto senza che al riguardo derivassero specifiche responsabilità giuridiche.

In Italia, ad esempio, soltanto il matrimonio, vale a dire un rapporto in principio stabile, non risolvibile per libera determinazione dei coniugi, è posto a fondamento della famiglia, qualificata come “società naturale” (articolo 29, Costituzione italiana). E i tentativi, ormai da tempo in corso in parte della dottrina, della giurisprudenza, e di alcuni settori della società, volti da un lato ad affrancare lo scioglimento del matrimonio da ogni limite,

e, dall'altro, ad equiparare ad esso altri tipi di unione, rivelano appunto la contraddittoria tensione, cui soggiacciono gli ordinamenti contemporanei, fra il permanere della radicata ed antica convinzione che il matrimonio sia altra e più nobile cosa rispetto alle unioni di fatto (cui manca il carattere della stabilità e della necessaria perduranza nel tempo), e la tendenza a rimmetterlo all'autonoma e arbitraria risoluzione dei coniugi o di uno di essi, indebolendone il carattere istituzionale che trascende la volontà di chi gli ha dato vita.

V. L'ISTITUTO DEL MATRIMONIO FONDATA
E COSTRUITO SUL PRINCIPIO DI INDISSOLUBILITÀ
NEL DIRITTO DELLA CHIESA

Con l'occhio attento a tali tensioni, un qualche utile insegnamento, una qualche utile riflessione, è possibile ricavare dall'ordinamento della Chiesa, al quale le parti battezzate possono e, alla luce dei suoi principi, debbono "liberamente" rivolgersi per la celebrazione del loro matrimonio, mettendo al riparo (almeno così sembrerebbe) di prescrizioni normative precise e recise il loro intento di vedere tutelata l'indissolubilità del proprio matrimonio.

È certo che nel diritto della Chiesa cattolica la concezione del matrimonio stabile, perpetuo, monogamico ha trovato, e non poteva non trovare, la più convinta delle affermazioni. In particolare, il principio di indissolubilità del matrimonio contratto da coniugi battezzati è accolto senza eccezioni (se si esclude lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato, che attiene però più alla casistica del mancato perfezionamento del vincolo, come residuo dell'antica ben nota disputa al riguardo fra scuola giuridica bolognese e scuola teologica parigina, che non a quella della rottura del vincolo perfetto), con una convinzione che ha le antiche radici teologiche e magisteriali accennate nelle pagine precedenti.

Da tale convinzione si è sviluppata e su di essa si è fondata l'intera costruzione dell'istituto matrimoniale nel diritto canonico, seguendo un filo logico che, per semplificare, può essere presentato in queste essenziali proposizioni: il matrimonio è indissolubile per sua natura, sì come in origine voluto da Dio e riproposto da Gesù Cristo; se così è in via di principio, nella concreta esperienza giuridica si potrà e si dovrà soltanto accertare quando il rapporto uomo-donna raffiguri un vero e proprio matrimonio, e quando no. Nella prima ipotesi infatti quel rapporto è indissolubile e produce la grazia (è sacramento); nella seconda non solo non è in grado di produrre la grazia divina, non solo può essere interrotto, ma, se non si possa o non si voglia convalidarlo, deve essere interrotto, essendo eticamente riprovevole.

Alla fine non sarebbe sbagliato dire, in modo soltanto apparentemente paradossale, che le maestose elaborazioni dottrinali, la non meno imponente produzione normativa in materia, gli insegnamenti magisteriali, sono stati quasi tutti mossi e come calamitati nei vari secoli da una soggiacente e poderosa legge di gravità, che ne ha rappresentato al contempo la ragione e la giustificazione: vale a dire la necessità che si dessero “veri” (giuridicamente “validi”) rapporti matrimoniali, stabili e indissolubili, e si evitassero i falsi.

L’indissolubilità, indice di un vero matrimonio, è in tal modo rimasta legata nel profondo al sacramento, anche se, per sé, come valore naturale proprio di ogni matrimonio, non dipende dal sacramento, e si è rivelata il motore nascosto di tali elaborazioni.

La Chiesa cattolica dunque non ha creduto, per il rispetto dovuto al mandato divino, di poter seguire la strada percorsa dalle chiese orientali: d’intendere le parole di Cristo, come riportate da Matteo, in modo tale da permettere una eccezione al principio di indissolubilità, consentendo il divorzio e nuove nozze in caso di adulterio (*fornicatio*); ma ha fissato un’acuta attenzione all’esistenza (giuridicamente diciamo: alla validità) del vincolo; glielo imponevano certamente, in primo e preponderante luogo, le esigenze della dignità del sacramento; ma forse, in qualche modo, anche il fatto che poteva per tale via dare un rimedio a molte crisi matrimoniali, senza contraddire il principio della indissolubilità.

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL Y EL DERECHO NATURAL A CONTRAER MATRIMONIO

Luis LOZANO TORRES*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Matrimonio y consentimiento matrimonial.*
III. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Antes que Green Pace y que Nelson Mandela, la Iglesia ha proclamado el respeto a la naturaleza —porque es creación de Dios— y a la dignidad absoluta de toda persona humana, porque está llamada a ser hija de Dios. No tengan ustedes la menor duda de que la Iglesia pudiera reclamar para sí la paternidad de los movimientos ecologistas y de los derechos humanos.

Queridos jóvenes, es un honor para mí poder dirigirme a ustedes desde aquí, desde esta universidad tan querida. A ustedes, estudiantes de ciencias jurídicas, en el entorno de este primer Congreso Internacional de Derecho Canónico organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad de Nuevo León y la Universidad Panamericana. Gracias de verdad por la invitación y por recibirme en este recinto que me traslada con nostalgia a mis añoradas épocas de estudiante.

Uno de los grandes retos que enfrenta la Iglesia y la ciencia canónica hoy, de cara a todos ustedes, es el de enfrentar una extraña evolución del concepto de matrimonio. Evolución que parte de la *especie* al *género*, es decir, para la Iglesia el matrimonio como realidad natural, aparece como una especie bien precisa del género de las relaciones interpersonales de amor, se trata de un tipo de bien específico de relación de amor entre un hombre y una mujer, y no cualquier tipo de relación. En cambio, para muchos de ustedes el matrimonio es un tipo legal, algo genérico, capaz de abarcar un sin número de especies relacionales a propósito de la sexualidad, cualquiera

* luislozano@alaparmexico.com; www.alaparmexico.com.

que sea su estructura, su propósito o su finalidad. Así las cosas, el intento de que ustedes entiendan el matrimonio y el consentimiento matrimonial como realidades naturales y su íntima relación con el amor humano se dificulta gravemente, pues si para muchos el matrimonio y el consentimiento son sólo inventos legislativos y no algo de orden natural, significa que no son nada específico, nada concreto. Y si no existe ninguna relación íntima entre amarse y casarse, el consentimiento que produce el matrimonio tampoco la tendrá. Es más, si para muchos, la boda como ceremonia es aquello que en definitiva causa el matrimonio, independientemente de la voluntad de los contrayentes, por este camino se habrá abandonado ya por completo la antropología jurídica del canon 1057 y se habrán consagrado a las ceremonias y no al consentimiento verdadero como la causa eficiente del matrimonio. ¿Qué pasa, por dónde viene esta perversa evolución?

Todos ustedes son testigos de que hoy, como nunca antes en nuestra historia, se proclama el amor y la sexualidad, hoy se habla de amor en todos los medios y se discute de sexo en todos los foros, jamás habíamos puesto tantos medios y tantos recursos en dichos temas; sin embargo, también hoy como nunca antes, el sexo les resulta algo muy fácil y en cambio el amor algo muy difícil. Si hemos invertido como sociedad tantos recursos en el tema del amor, ¿por qué cada día fracasan más parejas? ¿Por qué suman cada vez más los desertores del amor conyugal? ¿Por qué tanta soledad, abandono íntimo, hastío por la propia vida? ¿Será el fracaso, la soledad y el desamor el destino natural de nuestra humanidad? ¿Será que amar radicalmente fue algo del pasado que hoy ya no nos es posible? ¿Estaremos en una nueva era cuya nota distintiva es el reduccionismo y el pesimismo antropológico, en donde la incapacidad de amar es el nuevo estándar de la naturaleza humana? Pero si cada uno de nosotros siente en su interior la nostalgia de amar y sobre todo el anhelo de ser enteramente amados y acogidos, ¿no es esto algo contradictorio? ¿Está hoy nuestra capacidad de amar en un callejón sin salida?

Quiero invitarlos a que levanten la sospecha con que quizás muchos han estigmatizado al matrimonio y se cuestionen si tal vez su concepción respecto del amor y la sexualidad se encuentra soportada en un gran error que los conducirá al precipicio. Tal vez el matrimonio es de verdad la mejor fórmula.

Ciertamente, los medios de comunicación, el cine, la televisión, las revistas del corazón y hasta las leyes civiles, les ofrecen a ustedes, jóvenes, un sinnúmero de alternativas relacionales a propósito de su sexualidad, como ejemplo de ello, la unión de hecho, el concubinato, la promiscuidad, *el free*, el intercambio de parejas, el poli-amor, la hetero-flexibilidad, el *Back Stage*,

los *follamigos*, incluso los extremos de la homosexualidad y el lesbianismo, y quizás dentro de poco se sume a este elenco la poligamia, el incesto y hasta el bestialismo; pero yo les pregunto lo siguiente: ¿son estas alternativas auténticos derechos naturales, son vías de verdadera realización humana y biográfica? ¿Son opciones conformes con nuestra naturaleza? ¿Por el hecho de que junto al matrimonio, la libertad pueda optar por estas alternativas significa que dan lo mismo en términos de realización personal, de rentabilidad biográfica y existencial? ¿De verdad creen ustedes que da igual cualquier modo de amar?

En línea de principio me parece incuestionable que todos quieran y anhelan ser felices, y están dispuestos a derrochar sus energías vitales por conseguirlo, mas quiero advertirles que si equivocan del método, si sus sueños, expectativas y anhelos se están edificando sobre un subsuelo errático, sobre una concepción equivocada respecto de la persona, el sexo, el amor y el matrimonio, el fracaso existencial parece inevitable. Conviene recordar que toda práctica exitosa depende de una teoría verdadera, que no hay nada más útil que una buena teoría.

¿Cómo comunicarles hoy la verdad, la bondad y la belleza de la concepción canónica del amor sexual, del consentimiento matrimonial y del matrimonio? ¿Cómo ayudarles a avanzar más rápido hacia el suelo firme de un derecho natural personalista? ¿Cómo llevar a la cordura a un orden jurídico secular que parece haberse vuelto loco?

En este esfuerzo comunicativo quiero invitarlos a adoptar cuatro actitudes, como criterios rectores:

- 1) *Un pensamiento jurídico realista*, que nos permite comprender la realidad natural y sus posibilidades tal y como ella es. Sólo así ustedes podrán descubrir que el amor conyugal, el consentimiento y el matrimonio son realidades naturales específicamente humanas y *ecosistémicas*, es decir, que son naturales y secuenciales, que existe una conexión íntima y armónica entre amarse y casarse. No se trata pues de inventos apoloéticos de la ciencia, la cultura o la ley, ni de realidades incomunicadas y desconexas, sino armónicamente integradas.
- 2) *Una antropología jurídica seria*, que nos permite ver la relación que existe entre la persona y los derechos humanos. Entre la persona de los amantes por un lado, y el amor, el consentimiento matrimonial y el matrimonio por el otro, pues los amantes son personas de la vida real, y el amor, el consentimiento y el matrimonio son realidades propias de la persona, por lo tanto reflejan el qué y el cómo somos.
- 3) *Una actitud interdisciplinaria*, que nos permite comprender que la realidad jurídica es compleja y admite diversas perspectivas verdaderas.

La comprensión de estos temas, también en sede judicial, exige un encuentro respetuoso de las ciencias jurídicas con las psíquicas, las humanísticas con las experimentales, encuentro que revele la armonía y la unidad que existe en el fondo de la realidad.

- 4) *Una actitud de apertura a un nuevo diálogo, entre la razón jurídica y la experiencia real*, diálogo que abandone las rigideces habidas en el pasado y que nos permita localizar el origen natural de las instituciones jurídicas y su íntima conexión con la experiencia humana real. Necesitamos hoy una doctrina y una jurisprudencia *personalista*. Un diálogo que nos permita avanzar sobre las líneas marcadas por la renovación del Concilio Vaticano II en aras de descubrir los misterios que encierra el amor humano, ese incansable principio de vida instalado en el espacio y en el tiempo.

II. MATRIMONIO Y CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

El canon 1057 § 1 del Código de Derecho Canónico establece que “el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir” y el párrafo 2 añade: “el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio”. Por su parte el canon 1055 § 1 señala: “la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.¹ Con estos cánones el derecho de la Iglesia nos recuerda qué es el matrimonio y qué es el consentimiento matrimonial conforme a su naturaleza.

Pero como hemos dicho, hoy muchos cuestionan si realmente el consentimiento y el matrimonio son realidades de origen natural, incluso hay quien ha propuesto el origen cultural de la sexualidad.

Que el matrimonio sea algo concreto hoy parece estar en crisis, más bien se ha convertido en una institución capaz de albergar cualquier tipo de relación entre personas, cualquiera que sea su estructura y su finalidad; mientras que para la Iglesia, el matrimonio es el nombre que se le otorgó a un modo específico de relación entre el hombre y la mujer, que obedece al modo diverso y complementario de sus naturalezas masculina y femenina,

¹ Benlloch Poveda, Antonio (dir.), *Código de Derecho Canónico*, coedición internacional bibliográfica y documental, 5a. ed, Valencia, EDICEP, 1993.

es una especie de respuesta natural a las dinámicas del amor sexual, un tipo de unión espiritual obtenible gracias a la diversidad sexual.

Y qué decir del consentimiento matrimonial, mientras que en la Iglesia no se tienen dudas respecto de su origen natural y de su íntima relación con la vivencia misma del amor humano, para muchos se ha convertido en un acto de voluntad artificial, vacío, algo sólo y puramente esquelético, formal y legal, un acto aislado de la experiencia biográfica del amor real.

En la Iglesia, el consentimiento matrimonial obedece a la experiencia misma del amor entre un hombre y una mujer, existe una íntima conexión entre la relación de amor y el consentimiento matrimonial, entre amarse y casarse, y entre casarse y amarse, mientras que muchos parecen sostener la completa desarticulación de estas realidades, de tal modo que una cosa es que nos amemos y otra muy distinta que nos casemos, algunos incluso sostienen que no es necesario amarse para casarse, ni que requieren casarse para amarse, como si la relación en sí del hombre y la mujer a propósito del amor conyugal no tuviera ninguna relevancia jurídica en la constitución del matrimonio, en el *in fieri*² consideraciones que han llevado a muchos, como algunos canonistas a concluir que el amor conyugal, tal y como se presenta en la Constitución *Gaudium et spes*, es un elemento jurídico, es decir, de tal carácter que nada afecta a la estructura jurídica del matrimonio.³ Pero, ¿es así la realidad? ¿Es la dimensión jurídica algo diverso de la realidad natural en sí? ¿Qué hace que el consentimiento matrimonial sea jurídico? ¿Y eso es artificial o es natural?

En principio no es difícil estar de acuerdo en que existe alguna relación entre la experiencia natural de amarse y la de casarse; sin embargo, el problema es lograr definir que el consentimiento matrimonial es producto de la experiencia amorosa real y natural de un hombre y una mujer, y no que esta experiencia es una realidad metajurídica. ¿La consideración del matrimonio y del mismo consentimiento matrimonial como realidades del derecho natural, implica o no que sus componentes sean naturales? Y de ser así, ¿cuáles son esos componentes y de dónde vienen?

² Véase Navarrete, Urbano, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 2007, pp.135-182. Consentimiento matrimonial y amor conyugal con particular referencia a la Constitución *Gaudium et spes*; y pacto conyugal, amor, sacramento habida cuenta de la doctrina del Concilio Vaticano II.

³ *Ibidem*, pp. 140-151. El autor hace un interesante análisis para demostrar la irrelevancia jurídica del amor en la fundación del matrimonio, cuestionándose si se trata o no de un elemento esencial de la estructura jurídica del matrimonio y un componente esencial del consentimiento en cuanto causa eficiente del matrimonio, o bien un elemento esencial del objeto del consentimiento.

En definitiva se trata de descubrir la existencia de ciertos elementos naturales, universales, típicos, característicos del amor conyugal, del consentimiento y en definitiva del matrimonio, elementos que nos permiten asegurar su origen natural y que pueden servirnos como criterios para el diagnóstico jurídico diferencial, incluso en sede judicial.

Así, hemos de preguntarnos: ¿cualquier modo de amarse o relacionarse es suficiente para casarse, o será preciso amarse de determinado modo y no de cualquier modo? y en su caso ¿cómo es este tipo de amor? ¿Qué características tiene y de dónde provienen? ¿Cómo se integra esta experiencia del amor real en el derecho natural al matrimonio y en el consentimiento matrimonial? ¿Qué añade el consentimiento matrimonial eficiente a la simple experiencia de amarse? ¿Qué distingue a una pareja de amantes de una pareja de esposos?, y esto ¿es algo natural o es artificial?

Por otra parte, si el matrimonio es objeto de un derecho humano fundamental, ¿qué relación existirá entre el consentimiento y la persona? ¿La clave de comprensión del canon 1057 estará en la persona, en nuestro modo de ser y de obrar? ¿Existe un modelo antropológico subyacente a la expresión canónica del consentimiento matrimonial, del canon 1057, una visión del hombre que lo antecede, lo explica y fundamenta?

Como podemos ver, hablar del matrimonio como objeto de un derecho natural exige revisar su estructura, esa que define el canon 1055, así como también el proceso que integra el consentimiento matrimonial, el canon 1057 § 1 produce el matrimonio, habremos de referirnos a sus componentes naturales, los que constituyen su ser y que nos permiten distinguirlos de otras realidades, aún de las muy parecidas. Es definir el contenido, el objeto específico del derecho natural y universal al matrimonio y el modo natural de producirlo, es en definitiva aclarar a qué se tiene derecho y cómo se procede a su ejercicio.

Para ello es preciso penetrar la realidad de la persona, del amor conyugal, del consentimiento y del matrimonio, pues todo efecto —el *in facto* del canon 1055— ha de estar contenido en su causa —el *in fieri* del canon 1057—, ningún efecto es en realidad resultado de cualquier causa, si no únicamente de aquella que le es proporcionada. ¿Cuál será la causa proporcionada que produce ese matrimonio que Cristo elevó a sacramento, y que el Concilio denominó “íntima comunidad de la vida y del amor”⁴ y que el canon 1055 define como “...un consorcio de toda la vida ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole”?

⁴ Constitución Apostólica *Gaudium Et Spes* del Concilio Vaticano II, núm. 48.

1. *La persona. Centro y fundamento de todo orden jurídico*

A. *Espacio y tiempo*

Nos encontramos en el mundo y esa es una realidad que nos mide, pero también en el tiempo y por tanto, sometidos y medidos por él. “La persona no es sólo un «alguien», sino un «alguien corporal»: somos también nuestro cuerpo y por tanto nos encontramos instalados en el espacio y en el tiempo”.⁵ Digamos que el espacio y el tiempo constituyen una limitación, mas la única posibilidad de realizarnos. Y como somos una *obra negra*, algo no terminado, algo que cada uno deberá concluir, hemos de hacerlo imprimiendo como el artista nuestro toque personal, ya que a través de nuestras acciones nos vamos construyendo en el tiempo de modo más o menos conforme con nuestra naturaleza y sus posibilidades. “El hombre se puede enamorar de la realidad que sale al encuentro de un modo radiante. Si entonces el hombre tiene suficiente agudeza, si no es un animal, se dice: para mí eso es imprescindible, embarco mi ser en ello. Eso es ser libre destinándose”.⁶

B. *Vocación al amor*

El catecismo nos recuerda que “Dios que ha creado al hombre por amor lo ha llamado también al amor, vocación fundamental e innata de todo ser humano...”.⁷ Por lo que es necesario liberarnos de la trampa del egoísmo, de la ego-libertad y sus dinámicas. No somos seres solitarios, no podemos ser nosotros mismos el centro de nuestra existencia, pues nos enriquecemos del exterior y si pasara lo primero podríamos quedar atrapados en una pobreza inferior a nosotros mismos. Somos necesariamente para los demás, un ser para alguien, para otro, que no puede ser sin los demás, que no puede ser en sí mismo, sino para los demás.

Ser sociales no consiste sólo en la posibilidad de una relación inteligente con otro, es necesario encontrarse de frente con él, captar su propia naturaleza e identidad. Sólo Dios y los demás son amables,⁸ necesitamos al otro

⁵ Yepes Stork, Ricardo y Aranguren Echevarría, Javier, *Fundamentos de antropología*, 6a. ed., EUNSA, 2003, p. 72.

⁶ Polo, Leonardo, *Quién es el hombre*, 5a. ed., Madrid, RIALP, 2003, p. 250.

⁷ *Catecismo de la Iglesia católica*, 2a. ed., España, Asociación de Editores del Catecismo, 1992, p. 1604.

⁸ Bañares, Juan Ignacio, *La dimensión conyugal de la persona, de la antropología al derecho*, documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, núm. 37, España, Universidad de Navarra, RIALP, p. 23. El autor analiza la relación interpersonal como apertura al otro como valor.

para reconocernos y para desarrollar las capacidades que no podríamos desplegar sólo por nosotros mismos, para poder expandir nuestras posibilidades de acción. Pero principalmente, necesitamos del otro para reconocer en él algo absoluto, algo que cada uno reclama para su propia dignidad, para sí mismo. Si otro no nos reconoce, ¿quién nos reconocerá?⁹ Reconocer al otro exige tratarlo o relacionarnos con él, de modo que valoremos incondicionalmente que se trata de otro yo. Las tendencias cosificantes siempre han estado en nuestra cultura bajo formas diversas de subordinar a la persona a alguno de sus aspectos.¹⁰

C. *Nuestras acciones y sus efectos*

Cada uno de nosotros mantiene una íntima relación con sus propias acciones, a través de ellas hace y se hace. Mediante nuestras acciones respondemos a nuestras circunstancias, presidimos nuestra vida, enfrentamos lo que nos pasa y provocamos lo que hemos decidido como bueno para nosotros. Somos capaces de dar lugar a actos originales, imputables a nosotros mismos. Somos el principio y la causa de nuestras acciones, y por tanto, nos son imputables como sus autores y auténticos responsables. Nuestras acciones tienen un efecto hacia el exterior y otro hacia el interior de nosotros mismos.¹¹ El efecto hacia el exterior es la consecuencia de nuestra acción a través de la cual modelamos el mundo, incidimos en la realidad modificándola. Mas siempre imprimimos a la acción nuestro toque personal, una intención, una implicación en virtud de la cual la acción es propiamente nuestra, deja una huella de nosotros y en nosotros. De este modo, somos capaces de elegir diversas respuestas ante lo que nos pasa, decidir modos de relacionarnos con los demás y con nuestro entorno.

El efecto interno es aquel que se conserva en nosotros y nos construye tal y como somos en el presente. A su vez, nos proporciona el control sobre el tiempo, pues con base en actuar libremente conservamos el dominio que hemos tenido sobre nuestros actos anteriores, lo que permite proyectarnos al futuro con cierto continuo biográfico, edificando nuestra historia.

⁹ *Ibidem*, pp. 21-25. “Si la libertad debe vincularse a los valores superiores... el amor constituirá el acto propio de la libertad: y sólo podrá hablarse estrictamente de amor cuando se habla de la relación entre personas”.

¹⁰ Cruz Cruz, Juan, *Sexualidad y persona, orígenes modernos de un debate sobre el amor: Kant, Fichte y Hegel*, cursos y programas especializados del Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 1996, pp. 129 y ss.

¹¹ Bañares, Juan Ignacio, *La dimensión conyugal...*, cit., pp. 16-19.

Gracias a este dominio de la persona sobre sus acciones, podemos decidir cómo vamos a proyectar nuestro futuro, nos es posible preverlo, desearlo y decidir cómo vamos a integrarlo en nuestra vida, poseyéndolo y amándolo de modo anticipado, vinculándonos con nuestra propia visión y dedicando nuestros afanes en realizarlo. Esto entendemos por libertad. Anticipándonos al tiempo, abrazando el futuro en nuestro presente, trazamos en nuestra vida un camino de sentido, una visión que por ser conforme con nuestra naturaleza y sus posibilidades, y por haber sido libremente elegida es autodebida, autoexigente.

Es un fraude presentar a ustedes la libertad como un estado de arbitrariedad que no tiene soporte en la realidad y sus posibilidades, o bien como un permanente estado de mediocridad existencial en donde jamás eliges nada, ni prevés nada, ni proyectas tu vida en ningún sentido. La libertad de cada quien es un gran bien, mas es necesario usarla y hacerlo correctamente, sólo el que la usa vive realmente en libertad. Que uses tu libertad es que elijas, discriminando lo que no escogiste y adhiriéndote a construir el proyecto que sí elegiste. Ejercer tu libertad, vivir en ella, es conquistar en el espacio y en el tiempo de tu vida aquellos bienes que has elegido, amasado en tu corazón, aquel proyecto o visión que has decidido para tí, porque quisiste y es posible para tí.

D. *Naturaleza, historia y responsabilidad*

Siguiendo el pensamiento del profesor Javier Hervada,¹² podemos considerar que para captar en su justa dimensión lo que significa el derecho natural en el matrimonio y el propio consentimiento matrimonial como un acto de libertad, es preciso descubrir la trilogía integrada por el orden de la naturaleza, el orden de la historia y el papel de la responsabilidad.

a. El orden natural

Por ser el amor conyugal y el matrimonio un tipo de relación, a propósito de ser hombre y de ser mujer, la consideración del matrimonio como un lugar de dimensión sexual es sencillamente esencial, es decir, el matrimonio como derecho natural implica una dimensión específicamente sexual, por lo tanto, la consideración de la sexualidad como una realidad objetivamente natural y humana resulta fundamental. La sexualidad constituye una es-

¹² Hervada, Javier, *Libertad, naturaleza y compromiso en el matrimonio*, 3a. ed., documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, España, Universidad de Navarra, RIALP.

estructura fundamental de la persona, forma parte de nuestro ser y nos constituye. Ser varón o mujer implica modos de ser de una persona, y desde una perspectiva dinámica, implica un proyecto que nuestra naturaleza ofrece a nuestra libertad.

La propia sexualidad humana nos permite descubrir ciertas pautas naturales contenidas en la dinámica sexual, como líneas maestras de un proyecto que el propio ecosistema humano ofrece al hombre y a la mujer. Pero lo naturalmente ofrecido no es estático sino que constituye un principio dinámico, orientado a realizarse mediante acciones, conductas, hábitos cuyos resultados están ya naturalmente presentes como algo posible en las propias estructuras psíquicas y corpóreas de la sexualidad.

En la medida en que nuestra libertad elija opciones que sean conformes con las líneas marcadas por nuestra naturaleza, necesariamente habrá mayores probabilidades de actualizar y realizar sus posibilidades. Por el contrario, entre más optemos por fórmulas que se apartan de nuestras estructuras naturales, menos probabilidades habrá de que sus posibilidades sean efectivamente realizadas en nuestra vida, lo que necesariamente implicará nuestra no realización.

b. La historia

La sexualidad y sus estructuras no constituyen un sinsentido, tienen una intrínseca ordenación dinámica. Se trata de estructuras ordenadas a la realización vital de la persona. Así, la relación de amor entre un hombre y una mujer es una realidad vital, histórica, que sucede en la vida real y como una historia. Aunque este proceso, por humano, está protagonizado por la libertad, en el sentido de que lo naturalmente dado y posible se ofrece a nuestra libertad para construir un proyecto de amor; sin embargo, esa libertad puede o no acoger el proyecto ofrecido por la naturaleza, o hacerlo mal o a medias.

El amor, aunque en un principio puede ser algo que nos pasa y que no necesariamente provocamos nosotros, en donde *eros* es el protagonista, es posteriormente asumido por nuestra libertad, conformándose en *agapé*, gracias a nuestra implicación personal, y en un proceso que ha de construirse en el tiempo y espacio de la vida, mediante la implicación personal del varón y la mujer, materializada en conductas, acciones concretas, hábitos que lo realicen. Son ellos quienes presiden su relación y la edifican. Sólo ellos la fundan, la perfeccionan y hasta la restauran. La historia de amor es un proceso activo de construcción, obra de la libertad y de la corresponsabilidad.

No obstante, ¿qué es lo *ecológico* en lo histórico? ¿Qué hay de naturalmente dado, de proyecto naturalmente ofrecido a nuestra libertad?

Desde el punto de vista del amor sexual, lo que la naturaleza ofrece a nuestra libertad está contenido en la orientación misma de las dinámicas sexuales. Así, la oferta de la naturaleza, es la escena de comunión interpersonal más radical que le es posible a la naturaleza humana, la comunidad primera, la más básica. Se trata de un encuentro de los espíritus personales del hombre y la mujer posibilitado gracias a la diversidad sexual, a la ecoamigabilidad de ser varón y ser mujer en el don y acogida conyugal. Nos referimos a la unión conyugal como el tipo de unión resultante de la propia ecodinámica sexual, de la reciprocidad ontológica de lo que somos, a su contenido de verdad, bondad y belleza. Esta comunión interpersonal, sus posibilidades y su inmensa belleza es lo ofrecido, lo obtenible.

Nos estamos refiriendo a una posibilidad real de comunicación del espíritu personal con vía a las dinámicas sexuales, un encuentro posible gracias a nuestra complementariedad sexual, a la reciprocidad ontológica de lo que somos como mujer y varón, encuentro que configura escenas reales de compañía íntima y biográfica, la más plena que como humanidad nos es posible. Gracias a la coposesión de nuestros cuerpos, posible por la ecoamigabilidad de nuestras encarnaduras, nuestros espíritus personales viven un encuentro real, que convierte la existencia solitaria en comunidad y coexistencia. El don y acogida de nuestra masculinidad y feminidad alcanzará mayores niveles de plenitud en la medida en que generosamente acoge la vida potencial contenida en su propia dinámica. La compañía íntima y exclusiva, la coexistencia común y biográfica, la paternidad, la maternidad y la fraternidad, en fin, la comunidad de la vida y del amor,¹³ están contenidas como posibilidades dentro del *ecosistema* del amor sexual.

Esta visión, de las posibilidades que se derivan de la vivencia de la sexualidad conforme a sus pautas de derecho natural es la clave de comprensión del amor conyugal, y del matrimonio como realidad natural, vocación e institución, como camino de realización personal, como oferta hecha por la naturaleza a nuestra libertad, es lo que debiera querer alcanzar el que “quiere casarse”, es la finalidad objetiva del derecho al matrimonio.

c. Responsabilidad

Sin embargo, este proceso de realización no es un mero acontecer de hechos al margen de nuestra libertad, existe un plano intermedio, un punto de conexión entre lo ofrecido por nuestra naturaleza y lo históricamente realizable en nuestra vida, es el punto en que interviene nuestra libertad.

¹³ Gaudium Et Spes, Concilio Vaticano II, núm. 48, en *Matrimonio, familia y sexualidad, doctrina actual de la Iglesia*, México, Ediciones Paulinas, 1994.

A consecuencia de esta libertad es posible que lo naturalmente ofrecido se convierta en realmente existente. Nuestra naturaleza y todas sus posibilidades de verdad, bondad y belleza se muestran a nuestra persona como aquéllo a lo que por naturaleza debo y puedo aspirar, como un bien apetecible y obtenible.

Esta inclinación a lo que debo y puedo ser, muestra las áreas de oportunidad de la persona. Así, gracias a esto cada uno de nosotros siempre puede esforzarse en ser mejor padre, mejor hijo, mejor hermano, mejor amigo y mejor esposo. Pero lo que debemos y podemos ser conforme a nuestras exigencias naturales, a causa de nuestra libertad, puede de hecho no llegar a ser, es decir, podemos realmente morirnos un día sin haber logrado lo que pudimos y debimos ser.

Esta situación nos muestra que hay algo natural en nosotros que está llamado a ser y que es totalmente natural y no artificial, mas algo que de hecho puede nunca llegar a ser, pues estamos en los terrenos de la libertad de la persona. Por tanto, el amor conyugal y todo su despliegue histórico, que es el contenido objetivo del derecho natural al matrimonio y a la familia, que inexorablemente nos ofrece nuestra naturaleza, no se realizará forzosamente a causa de nuestra libertad. Tenemos que decidir y dar una respuesta, aunque ésta incluye la posibilidad de rechazar la oferta o de responderle mal, haciendo pésimamente lo que pudo ser óptimo. El hombre elige el sentido de su respuesta; no obstante, no puede elegir lo que sus estructuras naturales son.

En el matrimonio, el compromiso es la respuesta que vincula la entrega con su realización en el espacio y en el tiempo de nuestra vida, espacio sin el cual la oferta asumida por la libertad no lograría realizarse ni perfeccionarse. Comprometerse es asumir en conjunto lo que nuestra unión de amor puede y debe ser conforme con sus exigencias naturales, y con ello emprender el camino hacia su actualización y realización histórica. El compromiso termina siendo la respuesta libre del hombre y la mujer que no quieren desperdiciar su amor sino continuarlo por su cauce natural, maximizándolo, rentabilizándolo, siendo protagonistas de una historia cuya bondad y belleza ha puesto la naturaleza en manos de su libertad.

Descubrir las posibilidades naturales contenidas en nuestras estructuras sexuales, su necesaria realización en el espacio y en el tiempo, y el papel de la libertad materializada en la corresponsabilidad de llevarlas a cabo es clave para comprender el concepto de matrimonio y consentimiento matrimonial como realidades de derecho natural.

E. *Antropología del matrimonio*

¿Cuál es la fundamentación antropológica de esta oferta que la naturaleza hace a nuestra libertad y que constituye el núcleo esencial del derecho natural al matrimonio?

Toda forma de entender el amor, el consentimiento y el matrimonio parte de una forma previa de ver al hombre, pues se trata de realidades específicamente humanas. No puede haber visión alguna sobre estos conceptos que no se corresponda con alguna manera de concebir al hombre. Existe pues un modelo antropológico subyacente en la concepción canónica del matrimonio.¹⁴ A partir del estudio y conocimiento del hombre podemos proponernos un concepto verdadero de amor conyugal, de consentimiento y de matrimonio conforme a la naturaleza humana. La complejidad de nuestro tema no es otra que la complejidad misma de la persona.

a. Persona y cuerpo

La antropología canónica parte de la consideración del cuerpo humano como una dimensión constitutiva de la persona. El hombre es carne, se identifica con su cuerpo y gracias a él, es quien es, porque su cuerpo es éste y no otro.¹⁵ El hombre no se limita a tener un cuerpo sino que es su cuerpo. Su espíritu personal informa e impregna su materialidad haciéndola exclusivo del cuerpo personal. Gracias a esta personalización de nuestra corporalidad la materia deviene en un cuerpo personal, en la encarnación misma de la persona, en su más básica y primaria manifestación.¹⁶ El espíritu personal es nuestro principio de vida, de unidad y de orden.¹⁷ No puede haber en este mundo persona humana sin naturaleza humana, ni naturaleza humana viva sin persona humana. Así, la armónica integración

¹⁴ Viladrich, Pedro-Juan, *El modelo antropológico del matrimonio*, documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, núm. 31, España, Universidad de Navarra, RIALP, 2001, pp. 9-11.

¹⁵ Juan Pablo II, *Hombre y mujer los creó*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2000, pp. 119-123 y 193-197.

¹⁶ Aranda, Gonzalo *et al.*, *Masculinidad y feminidad en el mundo de la Biblia*, España, Pamplona, Instituto de Ciencias para la Familia, 1989, pp.21-35. “El hombre —referido a los relatos de la creación— es comprendido ahí fundamentalmente como ser corpóreo y vivo. Diríase que queda expresada la autoconciencia más inmediata y primigenia del ser humano: es un ser viviente... que al igual que los demás seres vivos, vive sobre la tierra... Como ser corpóreo el hombre pertenece a la tierra... como ser vivo el hombre tiene un principio vital que le viene de Dios... No son dos aspectos separados...”, p. 27.

¹⁷ Hervada, Javier, “La persona”, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3a. ed., España, Pamplona, EUNSA, 2000, capítulo IX, pp. 423-470.

de la persona cuerpo-espíritu resulta esencial en la acción de amar. Intentar vivir dividiendo nuestras inclinaciones biofísicas de las espirituales da lugar a crasos errores.¹⁸

b. Modalización sexual

Pero el cuerpo humano es un cuerpo sexuado, modalizado por la feminidad o la masculinidad. En el modelo antropológico subyacente a la expresión canónica del matrimonio, la dimensión sexuada se entiende como una dimensión de la íntegra persona humana. “A la verdad en el sexo radican las notas características que constituyen a las personas como hombres y mujeres en el plano biológico, psicológico y espiritual, teniendo así mucha parte en su evolución individual y en su inserción en la sociedad”.¹⁹ No se trata sólo de una diferencia física, biológica, ni siquiera psíquica sino como un todo en el ser personal. Así, la condición de persona sé es desde y a través de la condición sexuada de la persona; desde la masculinidad o la feminidad. Cada persona lo es como varón o como mujer: se vive, se piensa, se siente, se actúa, se ama, en fin, sé es consciente como varón o como mujer.

Esta modalización sexual está en el mismo fundamento de la vida humana, pues la conciencia de la identidad psicobiológica del propio sexo y de la diferencia respecto al otro sexo se complementan recíprocamente en un armónico proceso de integración, en el cual, la misma vida humana encuentra el contexto natural que la origina.²⁰ ¿Qué caracteriza a esta estructura modalizada por el sexo, y qué relación tiene con el ser personal que somos?

¹⁸ Viladrich, Pedro-Juan, *El modelo antropológico...*, cit., pp. 61-71.

¹⁹ Serrano E., Conrado, *Ética sexual, consideraciones generales sobre la persona humana y la sexualidad*, México, Ediciones Paulinas, 1994, p. 203. Congregación para la Doctrina de la Fe sobre cuestiones de ética sexual. Matrimonio, familia y sexualidad. Doctrina actual de la Iglesia.

²⁰ Viladrich, Pedro-Juan, *El compromiso en el amor, masculinidad y feminidad, como dimensiones de la persona humana*, México, Loma Editorial, 1990, pp. 48-52. El autor cita al biólogo y cirujano Alexis Carrel “las diferencias que existen entre el hombre y la mujer no provienen de la forma particular de sus órganos... Son de naturaleza más fundamental, determinadas por la estructura misma de los tejidos y por la impregnación de todo el organismo de sustancias químicas específicas secretadas por el ovario... Cada una de las células de su cuerpo lleva la marca de su sexo. Lo mismo ocurre con sus órganos y, sobre todo, con su sistema nervioso”. El profesor Viladrich añade: “...tal distinción no atañe radicalmente al constitutivo sustancial que llamamos persona humana, sino sólo a una dimensión de la persona, a saber, su dimensión sexual... Lo primero es la persona y lo segundo, en orden lógico, es la dimensión sexual... la distinción sexual no precede propiamente a aquel sustrato sustancial que llamamos «persona». De ahí proviene el que podamos decir que, en el plano personal, varón y mujer son igualmente personas, igualmente dignos... Pero una cosa es el plano sustancial... y otro el plano de la dimensión sexual”. El autor destaca esta secundariedad ontológica, no

En línea de principio, el hombre es una soledad irreductible, vive un estado radical de separación y de soledad frente al resto de los seres. El hombre es siempre él mismo y no puede fusionarse con nada ni con nadie. El hombre es siempre capaz de reconocerse como enteramente otro, respecto de los demás.²¹

Ahora bien, gracias a que la misma naturaleza humana existe bajo dos modalidades diversas y complementarias (mujer y varón), la condición sexuada de la persona se constituye en la vía de comunicación más radical de lo que somos y que se encuentra en el fondo de todo amor real.²² Todo amor es dinámica de don y acogida personales, todo amor se realiza mediante el don y la acogida de lo que somos.

Por lo que en la conyugalidad, el varón y la mujer como seres personales originariamente en soledad, adquieren conciencia de estar frente a otro “yo”, una autoconciencia distinta de verse delante del resto de las cosas o de los demás. Por su cuerpo sexuado, el hombre descubre que hay dos maneras distintas, complementarias y relacionadas de ser igualmente persona humana, y ante este descubrimiento el hombre se fascina. Es descubrir la novedad de ser iguales como personas, pero diversos y complementarios por la modelización sexual; así, se explica la fascinación que causa la feminidad en el varón y la masculinidad en la mujer,²³ pues se descubre una reciprocidad natural latente, una fascinante eco-amigabilidad. Y es que, el ser un cuerpo parece ser una estructura más primaria que la modalización sexual masculina y femenina, nos referimos a una antecedencia no cronológica sino ontológica. La sexualidad aparece como una específica organización de la corporalidad para adecuarse y hacer posible la comunicación del espíritu, para posibilitar el don de sí y la acogida del don personal del otro en que consiste la reciprocidad de la dinámica amorosa. Vean cómo la sexualidad se nos presenta con lo que como una estructura constitutiva de la persona, que le brinda una adecuada e íntima respuesta comunicativa al estado de soledad original del

cronológica, de la modalización sexual de la persona, lo que nos permite entender que dicha modalización es una acomodación de la corporalidad para servir de vía de comunicabilidad del espíritu a través del cuerpo.

²¹ Hervada, Javier, “La persona...”, *cit.*, pp. 440-444, Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho.

²² Bañares, Juan Ignacio, “Vínculo conyugal y complementariedad de mujer y varón”, *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, 2011, vols. 68 y 170, enero-junio, pp. 11-26.

²³ Noriega, José, *El destino del eros, perspectivas de moral sexual*, 2a. ed., Madrid, Palabra, 2007, capítulo III, pp. 49-57. Véase *Identidad de la persona y experiencia amorosa: la unidad dual*. El autor describe, en una interpretación de los primeros capítulos del Génesis, la fascinación de Adán ante el encuentro de Eva.

hombre, una respuesta adecuada a la problemática que, para la comunicación espiritual, plantearía la cuestión de ser sólo un cuerpo sin sexo.

¿Cuál es el sentido de esta doble encarnación (varón-mujer)? ¿Cuál es el destino del eros? La respuesta aparece en el horizonte de aquella comunicación que pueda ser verdadera compañía íntima para la persona en el contexto de una reciprocidad adecuada, conforme a su propio estatuto ontológico, sexuado y personal.

Así, el cuerpo, precisamente por sexuado, hace posible una comunicación en la que él mismo es la materia que se comunica y posibilita el encuentro espiritual. La persona encuentra, en la naturaleza de su ser sexuado, la materia más íntima y suya de comunicación, alcanzando así el significado personal de la sexualidad y su finalidad conyugal, el sentido del eros. Esta es la fundamentación antropológica de la conyugalidad como la más radical comunicación humana en nuestro ecosistema personal.²⁴

Gracias a la posibilidad comunicativa que implica un cuerpo sexuado, la persona no se ve limitada a dar sólo cosas que tiene, pero que no es, sino que puede darse, destinarse y recibir en la intimidad de su propia humanidad. Por lo que, la misma humanidad se constituye en el fundamento de esta reciprocidad, en la naturaleza que hombre y mujer se comunican. El propio cuerpo, modalizado por la sexualidad, encuentra aquel otro modo de ser, diverso mas complementario, que permite conformarse en una sola unidad espiritual, precisamente mediante la reciprocidad del don y aceptación de sus cuerpos sexuados, diversos y complementarios, configurando una coposesión conjunta de sus corporalidades, lo que canónicamente denominamos —una caro—.

Esto nos permite concluir que la sexualidad es el medio humano de poder ser uno mismo, en su propia naturaleza, don entero y sincero de sí mismo para el otro y viceversa. De este modo, la persona tiene en su propia carne el lugar de encuentro más íntimo para donarse a sí mismo, para destinarse y recibir el don de sí del otro, como señala Tomás Melendo “la sexualidad humana madura es, siempre, una sexualidad personalizada, singularizada: concretada en una persona particular y única”.²⁵ Esta dinámica, la de ser don de sí y aceptación del otro en sí, es la dinámica radical del ser personal,

²⁴ Yanguas, José María, *El significado sponsal de la sexualidad humana*, documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, núm.34, España, Universidad de Navarra, RIALP, 2001. El autor, basándose en el magisterio de Juan Pablo II hace una síntesis de la concepción cristiana de la sexualidad humana y su significado sponsal.

²⁵ Melendo Granados, Tomás, *Ocho lecciones sobre amor humano*, España, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, RIALP, 2002, p. 159.

la dinámica unitiva por excelencia; es, en suma, el amor real, el que es conforme con nuestro estatuto ontológico corporal y personal.²⁶

2. *El amor*

Hemos dicho que el amor es la dinámica más radical de la persona; sin embargo, toda vez que somos seres históricos, hemos de aprender a observar que el amor no sólo sucede dentro de la historia de nuestra propia vida, sino que él mismo constituye en sí una historia, la de nuestro amor. Acudamos a una historia cualquiera de un amor real y a partir de ahí tratemos de descubrir los elementos naturales que constituyen este tipo de amor que llamaron “conyugal”.

Como la experiencia amorosa se hace presente en nuestra vida en forma de historia, tiene un momento de inicio, un día determinado y a partir de ahí va desplegando sus posibilidades mediante distintas etapas o fases, mismas que tienen características distintas, veamos:

Lo primero en tiempo es la existencia misma de los amantes, el varón y la mujer en soledad original, mismos que encarnan al Adán y la Eva de todos los tiempos, que protagonizan sus propias vidas y en ellas la historia de su amor, asimismo, de la existencia en ellos de cierta predisposición al amor, contenida en la naturaleza humana y en su diversidad sexual. Nos referimos al estado de la persona caracterizado por una escena anterior al encuentro amoroso, aquella época de nuestra vida en que uno está sólo consigo mismo.²⁷

La persona en soledad es persona completa como varón y como mujer; no somos incompletos como sugiere la idea de la *media naranja*. Ninguno de nosotros, en principio, necesita a nadie más para estar completo y ser a plenitud una persona humana. Necesitamos relacionarnos, por ser sociales, pero

²⁶ Viladrich, Pedro-Juan, *El ser conyugal*, documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, núm. 33, España, Universidad de Navarra, RIALP, 2001, pp. 32-41. El profesor Pedro-Juan Viladrich hace una distinción interesante de los conceptos de sponsalidad y conyugalidad, como quien distingue el género de la especie, ejercicio que me parece fundamental para distinguir el amor conyugal de otros tipos de amor, pero cuyo tratamiento rebasaría los límites de este trabajo.

²⁷ Noriega, José, *op. cit.*, p. 52. “¿Por qué se encontraba Adán solo?... Es el momento en que se descubre la propia subjetividad y de cómo sea imposible compartirla con objetos, con cosas, con animales... el cuerpo, que le vincula a la creación... le hace ahora diferente de la creación, le separa de ella. Y con ello le manifiesta su soledad”. El autor hace un interesante análisis del Génesis desde la perspectiva de la experiencia amorosa. Decir que el hombre esta solo equivale a decir que no sabe quién es, no localiza su puesto en la creación de modo global.

no completarnos. Por tanto, estar bien en soledad parece ser una de las claves de un buen encuentro amoroso, en donde los amantes comparten y comunican el estado óptimo de sus soledades, generando un modo más perfecto y elevado de ser, el ser unión. Para enriquecerse, el hombre ha de ir tras el valor, amarlo y así poseerlo, nada ni nadie nos puede introducir un valor que nosotros no atraigamos hacia nosotros mismos.²⁸

La conciencia del estado de soledad original irrumpe en nuestra vida cuando tras la pubertad descubrimos nuestra condición sexuada, cuando caemos en la cuenta de que nuestra soledad no es el destino final e irreductible de nuestra naturaleza, de que existe en nosotros cierta potencia de unión, de darnos y compartirnos, de que somos capaces de acceder a escenarios que superan nuestra soledad y nos brindan auténtica compañía íntima y biográfica. Se trata de un momento en que la persona adquiere conciencia de su natural equipamiento para el amor sexual.

Esta predisposición al amor invita a la persona a destinarse, a emprender una y otra conquista, anda en busca de alguien a quien amar. Cada quien ha elaborado para sí mismo cierto perfil para su candidato(a), cierto modelo en lo físico, psicológico, cultural y espiritual, aquí la libertad consagra las más amplias posibilidades.

Al mismo tiempo esta época anterior al encuentro amoroso es de capacitación, de adiestramiento, de entrenamiento y equipamiento para el amor. Aquí debutan todos los medios a través de los cuales la persona se forja, se forma, se capacita, ocupando la familia un lugar especial, pues forma o deforma rápido, profunda y perdurablemente, hoy también son muy importantes otros agentes como la escuela y los medios de comunicación, sobre todo el internet.

El segundo momento en nuestra historia de amor es el punto de arranque de una relación. El proceso se detona con un encuentro entre el varón y la mujer que conmociona sus estructuras espirituales y psicossomáticas provocando un desorden, después, el amor va organizando la vida, la asienta dándole sentido, solidez y consistencia. El encuentro se experimenta mediante el fenómeno llamado enamoramiento, que implica cierta dilatación de la personalidad y que no es ya anónimo, el amor en este momento se refiere a alguien en particular. El encuentro es identificable, es un momento cronológico, un evento específico que sucedió un día determinado.

²⁸ Von Hildebrand, Dietrich, *El amor como respuesta al valor y la felicidad del amor en la esencia del amor*. El autor describe como el gozo y la felicidad son resultado de la respuesta que se dirige objetivamente al valor que el otro es en sí mismo, la felicidad y el gozo no se derivan de la relación sin más, como si el sólo relacionarse pudiera hacernos felices.

Siguiendo a José Noriega, el encuentro amoroso evoluciona. En una primera fase detona fenomenologías cuya causa es neurofisiológica. El otro ha conmovido las estructuras del amante, aunque dicha conmoción sucede en él y no por él, es decir, no interviene directamente la libertad, estamos ante el fenómeno del eros.²⁹ Y a partir de esa experiencia que es pasiva “el deseo sexual deja de ser una simple pulsión... para convertirse en un deseo propiamente humano que se dirige a un cuerpo personal”.³⁰

De este modo, el encuentro afecta diversas dimensiones de la persona: en primer lugar, la dimensión sensual-corpórea que es la más inmediata, gracias a esta finalización sexual el hombre se dirige a la mujer y viceversa, buscando una complementariedad corpórea. “En esta dimensión, la persona es vista bajo la perspectiva de los valores corporales-sexuales que posee: son ellos los que interesan en esta dimensión. Se presentan con una impulsividad fuerte, afectando al nivel pulsional ligado a la corporalidad”.³¹ Una segunda dimensión es la psicoafectiva, en donde la conmoción adquiere matices diversos, pues ya no es sólo el cuerpo excitándose, sino ahora también el mundo interior de los amantes, el afecto ante diversos valores de la persona del otro, como la simpatía o la alegría, ante los cuales el amante se emociona. “La emoción se configura así como la reacción ante el modo como la otra persona en su masculinidad o feminidad encarna distintos valores...”.³² “En esta dimensión aparece el valor simbólico de la vida, de los acontecimientos y de las cosas. Absorbe la memoria y la imaginación, se expresa a través de gestos de ternura y cariño...”.³³ La experiencia aquí, producto de cierto conocimiento mutuo, genera la complacencia de la satisfacción que produce el enriquecimiento de la complementariedad afectiva. Una tercera dimensión es la *personal*, que interactuando con las anteriores da lugar a la *admiración*, un nivel superior, pues nace tras la percepción de que la atracción no se encuentra motivada sólo en valores corporales o afectivos sino en su persona en sí. El valor ahora, destaca José Noriega, no es algo de la persona —una cualidad, su cuerpo, su inteligencia, su simpatía, su belleza—, sino la persona en sí misma la que nos convoca y conmueve a través de sus valores corporales y humanos, es propiamente reconocer al otro.

²⁹ Noriega, José, *op. cit.*, capítulo II.

³⁰ *Ibidem*, p. 42. El autor añade “pero tal deseo incluye necesariamente una valoración del bien que implica la interacción con la otra persona, en su corporeidad y en su libertad. Se trata por lo tanto, de un deseo que está abierto a una dimensión mayor en su misma vivencia. Por ello, en el caso de la sexualidad, nos encontramos ante una reacción compleja, que incluye en sí elementos de ambos tipos de reacciones, neurofisiológicas y motivacional”.

³¹ *Ibidem*, p. 43.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p. 44.

Ello implica un reconocimiento de la dignidad singular de la persona... sobre todo, por su carácter único e irrepetible, irremplazable por ninguna otra en virtud de su propia subjetividad, gracias a la cual es ella la que se posee a sí misma, gobernándose por sí misma y dirigiéndose a los fines que ella misma se perfija. La persona aparece ahora como “alguien” que tiene una alteridad absolutamente singular. Alguien, sin embargo, que no es impenetrable ni incommunicable, sino que, en su libertad, puede establecer una comunicación en la que ofrecer no solo algo de sí, sus cualidades, sino a sí misma.³⁴

La conmoción corpórea y afectiva se va finalizando en la persona, es ella al final la que resulta atractiva, la que apela e interpela al amante, la que conmueve al fin sus estructuras biofísicas y espirituales, la destinataria. Así pues, podríamos incluir una dimensión más, que atinadamente señala Noriega, la dimensión *religiosa* que al final da una razón última a estas fenomenologías, pero que no todos los amantes aprecian y que consiste en el poder de atracción que la persona encierra por el misterio que la trasciende y que está presente en ella misma. Es el misterio de Dios, “es aquí donde se explica el origen último no solo de la irremplazabilidad e irrepetibilidad de la persona humana que, en el nivel anterior se mostraban como decisivas, sino también de la posibilidad de entrar en comunión con ella: su origen es que la persona es amada singularmente por Dios...”.³⁵ Es pues el misterio de Dios presente en la otra persona lo que atrae, y en mi opinión el origen último de toda atracción, ya que al final nos conmueve es lo visible de Dios en sus vestigios creacionales.

Estas dimensiones nos revelan que el fundamento de la atracción que produce el encuentro a propósito del amor sexual se localiza en una identidad y en una diferencia; en la igual condición de personas del hombre y la mujer que en definitiva posibilita la aventura de *viajar juntos*, y en la diversidad de su modalización sexual, que hace patente y fascinante la alteridad, convirtiéndolos real y recíprocamente en su *alter ego*, apelando casi de modo irresistible a la comunión.³⁶

³⁴ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

³⁵ *Ibidem*, p. 45.

³⁶ *Ibidem*, p. 47. José Noriega explica la interrelación de estas dimensiones y su mutuo enriquecimiento y aclara: “...es preciso tener en cuenta que «lo que está en alto se sostiene en lo que está debajo», y a la vez, «lo que está en alto equilibra lo que está debajo». Efectivamente, la originalidad del amor entre el hombre y la mujer, y todas sus posibilidades incluidas las espirituales se funda o soporta en sus niveles corporales y afectivos, pues el amor conyugal es la fórmula creacional del amor sexual y éste, si es humano, incluye nuestra naturaleza espiritual y corpórea. No se puede amar conyugalmente sin referencia al cuerpo, pues este tipo de amor se constituye y se realiza en, mediante y a través de las estructuras y dinámicas de

Tras el encuentro los amantes instauran entre sí una relación de amor, misma a la que su propia situación los ha llevado, pasivamente, con muy poca intervención de su libertad, los amantes eligen, sí, pero lo que en esta fase eligen es tratarse, convivir, conocerse. Se da pues una etapa que se ha denominado *noviazgo*, una fase subsiguiente al encuentro, que es de conocimiento y que a su vez va generando un conjunto de fenomenologías. ¿Cuáles son?

Digamos que se arranca la gestación de algo que sólo es común a los amantes, un primer *nosotros* que nace en fase germinal y empieza a proyectarse hacia su propio futuro. Esta etapa no sucede en un instante, dura un tiempo.³⁷

¿Cuál es la fenomenología de esta etapa? ¿Cómo se manifiesta esta primera estancia en el amarse?

- a) Lo primero que ocasiona enamorarse es un grave trastorno de la atención, que es la capacidad que tenemos de dirigirnos a las personas o a las cosas, aquella capacidad de fijarnos en algo desatendiendo todo lo demás. Uno se siente absorbido, la cabeza y el corazón no logran concentrarse en nada, van y vienen, una y otra vez hacia la persona amada.

Surge entre los amantes una natural inclinación de estar juntos, a unirse, pues gozan de su recíproca presencia y sufren terriblemente cuando se distancian o se separan.

la corporalidad sexuada. Noriega añade "...si lo que está debajo se resquebraja, lo que está en alto pelagra, y viceversa. Así, la pérdida de la atracción erótica, por la falta de un cuidado afectivo mutuo, puede hacer peligrar el don de sí; y la falta de don de sí puede hacer perder la armonía afectiva y el mismo deseo sexual". Quienes tenemos experiencia en el diagnóstico del fracaso matrimonial podemos constatar esta realidad expuesta por José Noriega.

³⁷ Viladrich, Pedro-Juan, *El compromiso...*, cit., pp. 85 y 86. El profesor Pedro-Juan Viladrich, refiriéndose al sentido de totalidad en el amor, hace alusión al concepto de *amor primero* de Sören Kierkegaard. Ese amor primero, señala el autor, no debe entenderse como el primer amor al que siguen otros muchos, sino que es aquél que ha tomado conciencia de que, en el amor, el ocurrir por "primera" vez es poder ocurrir definitivamente. "Es el amor que desde el primer momento contiene la totalidad o, en palabras del citado autor, «contiene la determinación de la eternidad». Pero para amar así, para ser capaz de conocer ese amor primero, que lo es por ser total, no por ser el primero de una serie... Kierkegaard pone muy claro que sólo el amante que tiene sentido de lo eterno, es capaz de aquel amor que es, al mismo tiempo, primero y último, esto es, total. El amante que sólo sabe amar en el contexto de lo pasajero, jamás conocerá, ni siquiera podrá entender qué cosa es un amor total". Y el autor añade aquí, "sentido de lo eterno" no es una expresión religiosa... quiere significar... el hábito de las personas que saben vivenciar y vivenciarse siempre en la frontera de lo total. Es decir, todo lo contrario de quienes se acostumbran a vivir —y a amar— en la frontera de lo trivial y pasajero.

- b) Un segundo fenómeno es que los amantes empiezan a concebir su relación como algo eterno, interminado, como si siempre hubiera existido en sus vidas, como algo que no debiera pasar, cambiar, esfumarse y desvanecerse. La poesía suele expresar esta inclinación con frases como: “jamás te dejaré”, “no sé vivir sin ti”, “te amaré por siempre” y otras semejantes. No es sino la natural inclinación del amor a permanecer por encima y a pesar de lo que podamos tener, o no tener o enfrentar, a que la historia de lo nuestro triunfe y logre superar los más diversos obstáculos que nos deparará el destino. Es la vocación a la perpetuidad del amor, a permanecer, a vencer el tiempo y sus hostilidades.
- c) En tercer lugar, otro fenómeno observable es el gozo y disfrute que los amantes tienen del mundo que sólo ellos componen, hacen “su mundo”; se inventan sobrenombres y códigos de comunicación que sólo ellos entienden entre sí. Ninguno quiere ni acepta que el otro pueda entablar una relación semejante con un tercero, sufren las intromisiones y las interferencias, ninguno quiere que este amor lo tenga el otro con alguien más, ambos se exigen profunda lealtad a “lo nuestro”. Este fenómeno no es sino la natural inclinación del amor a la exclusividad, pues el amor real exige de los amantes lealtad y adhesión incondicional al proyecto amoroso, les exige fidelizarse con él.
- d) En cuarto lugar, quienes se aman se sienten fuertemente impulsados a ser recíprocamente “encantadores”, siempre mostrando al otro la mejor cara. El amor a uno mismo se va convirtiendo en capacidad de amar al otro, se le va convirtiendo paulatinamente en predilecto, favorito, en el sentido de la propia vida. El proceso va llevando a los amantes de la predilección por mí a la predilección por ti. Esto se expresa a través de muchas conductas de atención, donación y servicio entre los enamorados. En fin, me refiero a una característica natural del amor real, la inclinación a ser el mejor don de sí como bien para el otro y como bien común.
- e) Un quinto fenómeno observable es la experiencia que viven los amantes de irradiar luz y brillo inéditos. Todo el entorno les parece renovado, como si a causa de su amor el mundo se editara otra vez y sólo para ellos. Los amantes empiezan a impregnar el mundo con su presencia, cualquier banca se convierte en “nuestra banca”, el árbol en “nuestro árbol”, la canción en “nuestra música”, aquel lugar en “nuestro rincón”. Lo que son en conjunto se busca en ser creativo, trascenderse mediante obras que ya no son tuyas ni mías sino nuestras, en fin proyectos compartidos. Véase aquí la naturalidad del paradigma

por excelencia que a nuestro amor sexual le es posible en materia de creatividad, de irradiación de luz y de vida inédita: el engendramiento, alumbramiento y educación de un hijo. Un ser personal, es sin duda, la máxima expresión posible a la creatividad compartida del único “nosotros” que somos, pues por encima de todo lo que puede ser nuestro, un hijo es sin más, lo más nuestro de todo lo que nos es posible juntos. Así, la inclinación natural de engendrar y educar nuevas vidas personales está en el orden ecológico del amor real.

- f) El sexto y último fenómeno observable es la exigencia que los amantes tienen a su legítima autonomía, a ser soberanos en la relación que sólo ellos fundan, perfeccionan y restauran. Esta exigencia de autonomía es, al mismo tiempo, exigencia de un público reconocimiento y respeto por parte de la comunidad eclesial y de la sociedad política, y sus instituciones.

Como podemos ver, estas seis manifestaciones o dinámicas fenomenológicas que se manifiestan en forma de inclinación, impulso o potencia natural en toda historia de amor real, constituyen la dinámica propia del proceso de amarse que arranca con el encontrarse y el enamorarse. Es así como desde las entrañas de la experiencia amorosa real se nos revela que el fenómeno amoroso entre un hombre y una mujer tiene ciertas características, ciertos elementos naturales constitutivos del amor sexual. Estos elementos son los siguientes: *a)* un amor sólo posible entre un varón y una mujer, ya que deriva de sus estructuras naturales, sexuadas, diversas y complementarias; *b)* un amor que se inclina a ser una unidad de dos; *c)* un amor cuya vocación es durar por siempre, ocupar el resto de la vida de los amantes; *d)* una unidad que se quiere exclusiva entre los enamorados y que es excluyente de la interferencia de cualquier tercero; *e)* un amor que se caracteriza por ser juntos y recíprocamente el mejor don de sí, como bien recíproco y común; *f)* un amor creativo, cuyo paradigma es engendrar y educar nuevas vidas personales, y *g)* un amor que exige reconocimiento público y social. Estos seis elementos que le son naturales a una relación de amor constituyen las características específicas del llamado “amor conyugal”.

No se está diciendo que sea ésta la única manera de relacionarse, como si fuera la única posible a nuestra libertad, ni tampoco que toda relación entre un hombre y una mujer deba tener necesariamente estas características o inclinaciones, lo que simplemente demuestra que no todo modo de relacionarse es conyugal. Lo que sí sostenemos es que este tipo de relación de amor no sólo nos es posible, sino que es la que nos resulta más natural y familiar, más conforme con nuestra dignidad personal y, por tanto, la que nos puede

prometer las mayores posibilidades de realización personal y conjunta. Pues bien, es a este modo de amarse al que se le puso el nombre de amor conyugal. Amarse así un hombre y una mujer, con estas características, con estas inclinaciones, con estos propósitos, es amarse conyugalmente, de lo contrario no lo es.

3. *El consentimiento matrimonial*

Pero sigamos un poco más adelante con nuestra historia de amor: ¿qué pasa, qué sigue tras el encontrarse y el enamorarse? ¿Cuál es la siguiente etapa?

El encuentro y el enamoramiento con todas las manifestaciones que hemos visto, presentes en forma de inclinación natural, impulso o tendencia, son sólo la primera fase del proceso de amarse, aunque el amor no termina ahí, más bien apenas ha comenzado. Los enamorados, que en el fondo dicen “no concibo la vida sin ti”, se preguntan ¿qué pasará con lo nuestro? ¿Y ahora qué hacemos con nuestro amor, con lo que nos ha pasado? Y dentro de las entrañas de su propia relación de amor están presentes las seis inclinaciones que hemos visto, como invitaciones naturales, como potencias de la misma relación de amor, una especie de principio vital estructural y dinámico hacia el futuro.

Estas inclinaciones convocan, invitando a los amantes, a un muy identificable modo de ser conjunto o relación: a ser una unión biográfica o perpetúa, exclusiva, fiel, abierta al bien recíproco y a la vida y educación de nuevos seres personales, unión que se quiere soberana, respetada y reconocida por todos. Este tipo de relación a la que convoca el amor conyugal es aquella a la que se le puso el nombre de matrimonio o unión conyugal. Véase como el matrimonio no es sino el nombre que se le otorgó a un tipo de relación interpersonal entre el hombre y la mujer a propósito del amor conyugal existente entre ellos. Digamos que amarse conyugalmente es estar ordenado o invitado a casarse. Obsérvese la natural secuencia entre el amor y el matrimonio, entre enamorarse y casarse, en donde el amor está en la génesis del matrimonio, así casarse es un modo específico de estructurarse a propósito de un modo particular de amarse.

Evidentemente que entre enamorarse y casarse existe un nuevo momento evolutivo de la relación de amor, un nuevo eslabón del ecosistema, una etapa siguiente, una nueva fase, pues la naturaleza invita a la unión, mas no la puede causar sin la respuesta libre de los amantes, ya que los amantes son libres de aceptar o no dicha invitación por mil razones posibles. Casarse es la respuesta positiva, activa, que los amantes dan a su propia relación

de amor en orden a continuar su natural secuencia. Casarse es un acto de amor singularísimo mediante el cual los amantes responden asumiendo e integrando las inclinaciones naturales ya existentes en su relación de amor, constituyendo su unión como nuevo modo conjunto de ser y vivir. Es pasar de aquello que queríamos ser, a serlo ya definitivamente. Es a esa respuesta de libre voluntariedad racional a la que se le llamó *consentimiento matrimonial* y que legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles es la única causa del matrimonio.

Véase como no hay nada más natural que la relación entre enamorarse y casarse, por tanto, amarse y casarse no son mundos incomunicados sino armónicamente integrados. Propositiones tales como: no es necesario amarse para casarse, o no es necesario casarse para amarse, son ajenas al mundo de la realidad, al origen antropológico del matrimonio y su expresión jurídica. Sólo el amor conyugal tiene la potencia de estructurar un matrimonio real, quien acude a las formalidades nupciales debe hacerlo porque ama conyugalmente y quiere el matrimonio y no otra cosa.

¿Pero qué relación existe entre la experiencia amorosa y la formación de la voluntad de casarse, cómo se vinculan?

Hemos dicho que el poder soberano de fundar el matrimonio corresponde en exclusiva a la voluntad libre y racional de los amantes, al llamado consentimiento matrimonial consagrado por el canon 1057, y que este fenómeno es de derecho natural, ¿qué es lo que los amantes hacen mediante dicho acto voluntario? ¿Bajo qué título lo hacen? ¿Cuál es el objeto específico al que este acto se dirige?

En principio, mediante dicho acto voluntario, los contrayentes se dan y aceptan para constituir su unión conyugal (canon 1057§2), por lo que son cónyuges quienes han constituido entre sí la dinámica de darse y acogerse en sí mismos, como su modo de ser y de vivir, como una coidentidad biográfica, un modo de co-ser entre sí, como aquello que se deben y que les da identidad, como lo “justo entre nosotros”.

Fundar la unión conyugal constituye un momento singular, pues el consentimiento matrimonial integra las voluntades de los amantes en un único objeto intencional, su unión conyugal, por lo que la voluntad de él se dirige no sólo a ella sino a la unidad con ella, y la voluntad de ella se dirige, no sólo a él, sino a la unión con él. El objeto intencional del consentimiento es unirse; sin embargo, no cualquier forma de unirse sino la conyugal. Ser la unión conyugal es lo querido, pretendido y asumido al casarse. Fundar la unión es casarse y a partir de ahí emprender la tarea corresponsable y conjunta de perfeccionar, conservar y restaurar la unión si fuera el caso, mediante las acciones necesarias para ello. Estas acciones le son debidas a lo nuestro, cons-

títuyen “lo justo entre nosotros”. Obrar estas acciones conforma un modo de vivir, un cuadro de actitudes profundas, una fuente real de actos y hábitos que conforman la comunicación conyugal y construyen la “comunidad de vida y del amor”. Esta dinámica es la vida matrimonial, la proyección histórica de la unidad que ya somos. El obrar conyugal sigue al ser conyugal. Oramos lo que somos.

El acto de contraer matrimonio es el de causar ese único conjunto unido como una categoría antropológica de la propia identidad. No se trata de un simple intercambio de buenas voluntades y deseos, ni de pretensiones ajenas al amor conyugal sino de una voluntad eficaz de causar nuestra unidad con todo su contenido, no es una unidad vacía sino llena del contenido proveniente del amor conyugal. Es una evolución natural causada por la libertad, de un amor sólo afectivo a un amor además efectivo, lleno de implicación personal. Es pasar de una experiencia pasiva a una activa, de algo que nos pasó y nos dimos *gratis* a algo que, porque queremos, nos deberá pasar y nos lo deberemos en justicia, ya que lo comprometimos porque nos amamos. Véase la intrínseca dimensión jurídica que tiene el matrimonio, algo que no deriva de las leyes positivas sino de su propia naturaleza. Quienes se aman pero no se casan no se deben su amor, no han hecho de él su proyecto biográfico. En cambio quienes se casan porque se aman, han convertido su amor en su proyecto histórico, en algo que se deben entre sí, en sentido estricto, pues lo comprometieron entre sí, y lo hicieron porque les dio la gana, porque se aman.

4. *El consentimiento eficiente es un acto positivo de la voluntad incluyente de los elementos que integran el matrimonio conforme a la ley natural*

Hemos llegado al núcleo de la exposición, la integración del consentimiento matrimonial y el derecho natural al matrimonio, integración que hace el canon 1057 en sus dos párrafos al consagrar el principio según el cual “el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir” y el párrafo segundo añade que “el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio”.

El consentimiento matrimonial se confecciona durante un tiempo y es tiempo de amor, de conocimiento y convencimiento. La relación de amor que en un principio nace impregnada de elementos pasivos, de *eros*, va encontrando cauces naturales en la ruta del amor conyugal, se va confeccio-

nando la voluntad de casarse a través y en medio de la vivencia de la experiencia amorosa y todas sus fenomenologías. El eros inicial se va elevando a *agapé*, el egoísmo que supone ser el yo mi favorito se va transformando en la benevolencia de hacer de ella mi predilecta, hasta llegar a un punto paradigmático, en donde el ejercicio de la libertad de los propios amantes sobre sus propias inclinaciones naturales *cambia el tercio*, disponiendo de sí mismos, de su dimensión conyugable, de su capacidad de amar, destinándose, comprometiéndola entre sí, eso es casarse.

Pero ese comprometerse tiene un objeto específico, un contenido concreto, el contenido del amor conyugal, el que es positivamente incluido, incorporado, como estructura de la relación, por el acto voluntario que supone el consentimiento matrimonial. No puede ser de otro modo, pues la estructura del matrimonio que es natural no se obtiene de ningún elemento ajeno a los amantes mismos, por lo que cada uno de los elementos y propiedades del matrimonio ha de ser positivamente puesto por los contrayentes, de lo contrario estará ausente, no concurrirá, no conformará la estructura de la relación en términos matrimoniales, lo que terminará a la postre arruinando la dinámica de dicha relación.

Cuando los contrayentes o uno de ellos no incorporan positivamente los contenidos del amor conyugal en la voluntad que se manifiesta en el signo nupcial, destruyen la presunción de conformidad establecida por el canon 1101§1 y falsifican la unión, incurriendo así en el escenario excluyente, el de la simulación (canon 1101§2), pues llenar el espacio del matrimonio mismo o de un elemento o propiedad del matrimonio con otra cosa o incluso con un vacío, excluye, aunque indirectamente, el elemento o propiedad original, configurando así el escenario falsificador.³⁸

³⁸ Sobre el acto positivo de la voluntad a propósito de la simulación del consentimiento matrimonial, véase Aznar Gil, Federico R. *Derecho matrimonial canónico*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2002, vol. II, pp. 186-188; el maestro señala, al comentar el discurso a la Rota Romana del Papa Juan Pablo II de inicio del año judicial de 2000 “es necesario, por tanto, que la exclusión se realice por un acto positivo de la voluntad por el que se manifieste claramente la voluntad simulatoria del contrayente, por el que en definitiva la voluntad, previo el conocimiento del objeto, se determine positivamente a querer algo: es decir, no basta no querer el matrimonio, sus propiedades o elementos esenciales, sino que es preciso un querer excluirlos”. En nuestra opinión esta forma de ver el acto positivo de la voluntad excluyente es válida desde el punto de vista de la prueba procesal, para vencer la presunción de conformidad consagrada en el canon 1101,1 adquirir certeza moral para declarar su nulidad, pero no desde el punto de vista esencial, pues si a la voluntad conyugal le faltara la positiva inclusión de los elementos y propiedades del matrimonio sería insuficiente para causarlo, pues la única causa de la estructura del matrimonio es el consentimiento y si este no contiene la verdad sobre la estructura de la unión, ¿cómo podría causarla? Cuando los contrayentes acuden con una voluntad vacía y no pactan nada, no tienen nada. Que la Iglesia exija certeza

Los contrayentes se casan si quieren, y si lo que quieren es la unión conyugal y no otra cosa. Si desearon otra cosa pues tienen la otra cosa que quisieron, misma que les dará lo que pueda darles. Los resultados conyugales, de la verdad, la bondad y la belleza que el matrimonio ofrece a quienes en el fondo lo emprenden sólo les son posibles a los matrimonios reales y no a sus falsificaciones, aunque sean legales.

III. CONCLUSIÓN

Desde una perspectiva de derecho natural podríamos destacar la siguiente cadena de elementos:

- 1) La diversidad de la persona en varón y mujer como un hecho de nuestra naturaleza, diversidad sexual que ofrece una complementariedad específica a éstos que se asienta precisamente en lo que son diferentes, una auténtica eco-amigabilidad soportada en la reciprocidad ontológica de lo que somos. Se trata de dos modos diversos de ser igualmente de una persona humana, diferenciación que de ninguna forma supone que un modo de ser sea mejor o superior que el otro.
- 2) La diversidad sexual que es constitutiva de la naturaleza humana se manifiesta en una natural atracción, inclinación o fascinación hacia las personas del sexo complementario y que en esta complementariedad de los sexos está el origen de la vida personal como una conexión biológica radical.
- 3) Que siendo la persona un espíritu encarnado en un cuerpo sexuado y siendo la libertad el centro de su estatuto ontológico, la sexualidad se constituye en la vía natural de apertura y de comunicación más radical del espíritu personal, y que esta comunicación se realiza mediante una específica relación interpersonal de unión.

probatoria para declarar una nulidad no significa que declare válidos este tipo de pactos, sino que en todo caso no es posible probar la exclusión de manera cierta en el fuero externo. También, véase Viladrich, Pedro- Juan, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, España, EUNSA, 1998, pp. 191-275, sobre todo el acto positivo indirecto cuyo efecto es excluyente, al decir en la p. 211. "...No es del todo exacto interpretar el texto del §2 del c. 1101 en el sentido de que el acto positivo de voluntad debe tener siempre y en todo caso como objeto intencional directo la exclusión. Es más exacto describir la exclusión como el efecto causado directa o indirectamente, pero de manera necesaria, por el objeto intencional de la voluntad simulatoria... El efecto excluyente no es necesariamente el contenido u objeto intencional de la voluntad simulatoria, ni requiere constituirse en un autónomo y específico objeto intencional del contrayente, esto es, en un segundo acto de voluntad".

- 4) Que el encuentro a propósito del amor sexual entre un hombre y una mujer inclina a los amantes por su propia naturaleza a ser una unión biográfica abierta al bien recíproco, exclusiva, ordenada a la procreación y educación de nuevas vidas personales, unión que se quiere reconocida y respetada por todos, y que a esta experiencia se le conoce como *amor conyugal*.
- 5) Que la relación interpersonal de unión a la que inclina el amor conyugal no puede provenir sino de un acto soberano de la libertad de los amantes, acto que es de dominio, de entrega y disposición de sí mismos —el llamado *consentimiento matrimonial*— que es un acto paradigmático de amor 100% natural.
- 6) Que el consentimiento matrimonial para ser causa real de la unión ha de ser positivamente incluyente de los elementos y propiedades naturales de la unión conyugal, de lo contrario no puede estructurarla.
- 7) Por pertenecer la dimensión sexuada a la totalidad de la persona, la entrega de sí y la acogida del otro en sí, no puede consistir más que en constituir al otro en coposesor o copartícipe de esta dimensión sexuada.
- 8) Que por su carácter radical, al implicar al ser mismo de la persona, este acto de amor, que es de donación y acogimiento, es un acto fundacional de un modo muy específico de relación interpersonal a propósito del amor conyugal, el llamado *matrimonio o unión conyugal*.
- 9) Que, por tanto, el “matrimonio” no es su nombre sino el nombre que se le puso a este modo específico de relación entre un hombre y una mujer a propósito de su amor conyugal.
- 10) Que tanto el contenido de la relación matrimonial como el consentimiento a través del cual dicha relación se instituye son realidades naturales, reguladas y recogidas por los ordenamientos positivos de modo, a veces mejor y a veces peor, pero jamás son creaciones apoloéticas de la cultura, producto del consenso o la mayoría parlamentaria. Son realidades que obedecen nuestro modo de ser y de obrar como personas.

Tras la renovada visión que el Concilio Vaticano II trajo a la Iglesia sobre el amor conyugal y el matrimonio, la ciencia canónica, sin perder su precisión sistemática, ha avanzado hacia una mayor profundización de la realidad matrimonial en acercar la expresión jurídica al modo de ser de la naturaleza humana,³⁹ lo que ha permitido un mayor esclarecimiento del contenido y

³⁹ Hernández, M. Luis de Jesús y Medina Balam, Mario, *Setenta años de discursos a la Rota Romana*, México, Universidad Pontificia de México, 2009, p. 425. SS Benedicto XVI, en el

límites del derecho natural al matrimonio y del consentimiento matrimonial como su causa eficiente. Además, el matrimonio, sus elementos y propiedades tienen en el cristianismo aún mayor firmeza, por razón del sacramento (canon 1056). La propuesta es seguir avanzando en el camino de un mayor acercamiento entre la ciencia canónica y la experiencia biográfica, aproximación que nos permite entender más y mejor el misterio que encierra el amor humano, acercamiento imposible sin ayuda de una antropología adecuada, única capaz de desvelarnos quién es el hombre y cómo ama el hombre. Se trata de lograr hacer descender más, en el ámbito canónico, el personalismo detonado por el Concilio Vaticano II y especialmente desarrollado por el magisterio del papa Juan Pablo II. Ya SS. Benedicto XVI en su discurso a la Rota en 2007 prácticamente sugiere una elaboración de antropología jurídica del matrimonio.⁴⁰

Hoy, ante la agonía de la legislación civil matrimonial, la ciencia del derecho canónico tiene una gran responsabilidad y una invaluable oportunidad de mostrar al mundo la verdad, la bondad y la belleza de la unión conyugal.⁴¹

discurso inaugural del año judicial de 2008, en que exalta la importancia de la jurisprudencia señala “la Rota Romana está llamada constantemente a una tarea ardua, que influye en gran medida en el trabajo de todos los tribunales: captar la existencia, o no existencia, de la realidad matrimonial, que es intrínsecamente antropológica, teológica y jurídica”.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 418 y 419. El papa en el discurso a la Rota Romana del 27 de enero de 2007 señala: “ante la relativización subjetivista y libertaria de la experiencia sexual, la tradición de la Iglesia afirma con claridad la índole naturalmente jurídica del matrimonio, es decir, su pertenencia por naturaleza al ámbito de la justicia en las relaciones interpersonales. Desde este punto de vista, el derecho se entrelaza de verdad con la vida y con el amor como su intrínseco deber ser. Por eso, como escribí en mi primera encíclica, «en una perspectiva fundada en la creación, el eros orienta al hombre hacia el matrimonio, un vínculo marcado por su carácter único y definitivo; así, y sólo así, se realiza su destino íntimo» (Deus caritas est, 11). Así, amor y derecho pueden unirse hasta tal punto que marido y mujer se deben mutuamente el amor...”.

⁴¹ *Ibidem*, p. 119. En el discurso inaugural del año judicial de 2007 urgía a la Rota en los siguientes términos: “la contribución de los tribunales a la superación de la crisis de sentido sobre el matrimonio, en la Iglesia y en la sociedad civil, podría parecer a algunos más bien secundaria y de retaguardia. Sin embargo, precisamente porque el matrimonio tiene una dimensión intrínsecamente jurídica, ser sabios y convencidos seguidores de la justicia en este delicado e importantísimo campo tiene un valor de testimonio, muy significativo y de gran apoyo para todos”.

LAS FUENTES DEL DERECHO CANÓNICO

Javier OTADUY

SUMARIO: I. *Rasgos históricos*. II. *Fuentes en sentido material (o de producción) y en sentido formal (o de expresión)*. III. *El uso canónico de la noción*. IV. *Las fuentes formales en el derecho canónico*. V. *La ley y la costumbre como fuentes normativas*. VI. *Fuentes subordinadas, supletorias e indirectas*. VII. *Jerarquía normativa*. VIII. *El derecho divino como norma prevalente*.

Como todas las grandes nociones, la noción de fuentes del derecho tiene una historia complicada. Es una noción que parece cómoda, llena de sentido, evocadora, pero precisamente por eso termina siendo difícil de usar. Los grandes conceptos terminan significando demasiadas cosas.¹

I. RASGOS HISTÓRICOS

En el estado actual de la ciencia jurídica el significado que se asigna prevalentemente a *fuentes del derecho* es el de las distintas categorías normativas a través de las cuales se manifiesta el derecho en un determinado ordenamiento. Esas categorías normativas constituyen el sistema de fuentes del derecho español, o del derecho mexicano, o del derecho canónico. Sin embargo, se suele decir siempre que esta acepción no pasa de ser una de las posibles. El poder evocador de la “metáfora acuática o hidrológica”² produce muchas variantes. Más aún, si consideramos que los orígenes de su uso son muy antiguos.

¹ En este trabajo seguiré en sus grandes líneas la voz de Otaduy, J., “Fuentes del derecho”, en Otaduy, J. *et al.* (eds. y coords.), *Diccionario general de derecho canónico (DGDC)*, IV, Pamplona, 2012, pp. 119-125. Sin embargo, se han introducido de relieve algunas correcciones y notables cambios de orden.

² Díez-Picazo, L., *Fuentes del derecho*, en *id.*, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1993, p. 112.

La doctrina antigua sobre las fuentes del derecho, como es bien conocido, se fraguó en torno al título segundo del primer libro del *Digesto*.³ Ese título, además de exponer los hitos institucionales del pueblo de Roma, en buena medida legendarios, establece también con palabras de Pomponio, las formas de expresión normativa del derecho romano. ¿De dónde procede el derecho “in civitate nostra”? Y se contesta Pomponio: de la ley, de la interpretación de los jurisconsultos, de las acciones de la ley, de los plebiscitos, de los edictos de los magistrados, de los senadoconsultos, de las Constituciones del príncipe. Sobre esta base la doctrina jurídica comenzó a hablar de las fuentes.

Me gustaría decir, aunque sólo sea de paso, que este elenco descriptivo de fuentes que hace el *Digesto*, aunque no pretenda ser técnico,⁴ ofrece una clave para resolver uno de los grandes problemas que ha arrastrado siempre la teoría de las fuentes. ¿Se debe llamar fuente al productor original de la norma o a la norma misma? Una lectura simple del texto del *Digesto* —mejor si es en latín— hace caer en la cuenta de que esas reglas normativas llevan en su mismo nombre su procedencia (el príncipe, la plebe, los magistrados, el senado, los jurisconsultos). Como para indicar que no puede haber ninguna contradicción entre ambos. O sea, que en la misma norma va su origen. Por lo que, cierro este pequeño paréntesis.

El significado moderno, lo que podríamos llamar el asentamiento dogmático de la expresión *fuentes del derecho*, depende en buena medida de Savigny. El primer libro de su *System des heutigen römischen Rechts* lo dedica a las fuentes. Distingue las normas generales de los actos jurídicos singulares, sobre todo los contratos; y distingue también las fuentes históricas de las fuentes normativas. Sólo considerará *fuentes* en sentido propio a las formas

³ “Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituite inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur” (*Digesto* 1.2.2.12). En realidad hay también otros dos textos complementarios en los que se habla de las fuentes: uno de Papiniano en el *Digesto* (1.1.7), y otro de Gayo en sus *Instituciones* (1.1.2).

⁴ “La enumeración de las fuentes del derecho, tal como se encuentra en varios pasajes de los jurisconsultos romanos, no se funda en ninguna idea sistemática. Es más bien una exposición de las formas exteriores del derecho sin referirse a su esencia, ni a su origen, ni a una clasificación que se fundase en las relaciones y diferencias de su contenido. La enumeración que, por lo demás, responde perfectamente al espíritu práctico de los romanos, servía al juez de indicación para saber en dónde había de encontrar los medios para resolver una cuestión de derecho”. Von Savigny, F. K., *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, 1878, p. 83; *System des heutigen römischen Rechts* I, Berlín, 1840, pp. 105 y 106.

de expresión de normas generales,⁵ incluida la costumbre, que es para Savigny una fuente primaria por ser manifestación normativa del espíritu del pueblo. Para fundamentar la costumbre como fuente de derecho, Savigny tiene muy cerca la obra de Puchta.⁶ Es llamativo su relativismo, entonces infrecuente, sobre la eminencia de la ley y su condición de fuente soberana y exclusiva.⁷ Savigny considerará también fuente de derecho a la doctrina jurídica científica, en la medida en que constituye un decantamiento histórico de la teoría y de la praxis jurídica.

II. FUENTES EN SENTIDO MATERIAL (O DE PRODUCCIÓN) Y EN SENTIDO FORMAL (O DE EXPRESIÓN)

De modo que cuando la doctrina habla de fuentes del derecho, destaca primariamente esta acepción,⁸ que se suele denominar acepción *formal* del concepto de fuente: las fuentes serían las formas de expresión que adoptan las normas jurídicas de un ordenamiento, es decir, la ley, la costumbre, las normas procedentes de la administración del Estado,⁹ e incluso la opinión consolidada de

⁵ Von Savigny, F. K., *Sistema...*, cit., pp. 28-33.

⁶ Puchta, G. F., *Das Gewohnheitsrecht*, I-II, Erlangen, 1828 y 1837.

⁷ “Ordinariamente, se le concede a la *legislación* un lugar muy diferente del que yo le asigno. Lo más frecuente es que se le considere como la única, verdadera y legítima base del derecho, y a las otras fuentes como complementos secundarios sin los cuales podría pasarse perfectamente. En este sistema, la ciencia trabaja sobre una materia contingente y variable, materia de la que ella depende; los progresos de la legislación deben disminuir en importancia cada día y su último fin deberá ser su extinción completa. El valor exclusivo atribuido a los Códigos completos en los tiempos modernos, y las brillantes esperanzas que a ellos se refieren, son consecuencias naturales del mismo sistema. Muchos, sin embargo, sin adoptar estas consecuencias, se atienen al sistema mismo, y esta es la opinión que puede considerarse como la general de los prácticos más distinguidos”. Von Savigny, F. K., *Sistema...*, cit., pp. 121 y 122; *System des heutigen...*, cit., pp. 166 y 167.

⁸ Díez-Picazo, L., *op. cit.*, pp. 118 y 119; Martín Martínez, I., “La terminología de las fuentes del derecho”, *Anales* 20, 1989, pp. 38-48; Castro y Bravo, F. de, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, p. 363; Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, 1992, pp. 31 y 32; Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, I-1, Madrid, 1975, pp. 393-396.

⁹ Es bien sabido que a lo largo del siglo XX amplios sectores de la ciencia jurídica han llevado a cabo una fuerte crítica de los postulados clásicos de la teoría de la norma jurídica; es decir, de las fuentes normativas como realidad abstracta, superior y determinante. Se ha pasado a considerar prioritario el dato empírico, el decisionismo libre y las ideas dominantes. Pero todas estas posiciones de la doctrina, aunque en sí mismas representen enmiendas a la totalidad de la teoría de las fuentes, han influido más en la aplicación del derecho que en la constitución del derecho. Los ordenamientos jurídicos en general han mantenido su clásica posición acerca de las fuentes, su gradación jerárquica, sus normas de producción jurídica.

la jurisprudencia o de la doctrina científica. La aceptación de un elenco más amplio o más estricto de fuentes dependerá de cada ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hay otras acepciones además de ésta. La primera y más característica, en contraste con la anterior, es la noción de la fuente en sentido *material*; la cual sería la fuerza o poder social del que proceden las normas jurídicas: los órganos legislativos, otros órganos del Estado, el pueblo o la comunidad, y ocasionalmente otras instituciones en las que pueda tener origen el derecho.¹⁰ Hay que reconocer que la palabra *fuerza* despertada en nosotros espontáneamente esta acepción, porque remite al surtidor del que mana el derecho, a su origen efectivo.

Algunos autores no conciben que se trate de fuente en un sentido distinto de éste. Pienso sobre todo en Isidoro Martín:

Resulta inadecuado identificar el *origen* de una cosa con el *modo* de su realización o manifestación. ¿Cómo, pues, sin contradecirse, pueden llamar fuente del derecho a lo que consideran que es su *forma o modo de expresión*? No cabe, pues, a nuestro juicio, denominar *fuerza* a lo que es precisamente *resultado*; no cabe llamar fuentes del derecho o de las normas jurídicas al propio derecho o a las mismas normas y olvidar a los organismos o fuerzas sociales engendradores de ese derecho o de tales normas.¹¹

Poco antes había comentado: “la expresión fuentes del derecho, referida a la ley o la costumbre o demás formas de expresión de la norma jurídica nos parece totalmente inadecuada y, a pesar de su arraigo, merecedora de ser sustituida por otra más justa, ya que entendemos que la claridad terminológica es camino abierto para la diafanidad conceptual”.¹² Y después de todo ello, concluye, “[i]mporta, pues, aceptar una nueva terminología: denominar *fuentes del derecho* a los organismos o fuerzas sociales engendradoras de las normas jurídicas, pero al fruto de su actividad, esto es, a las mismas normas..., llamarlos *modos o formas de expresión del derecho*”.¹³

Se sigue perfectamente la lógica de este argumento. Así lo reconocían juristas tan representativos como Vincenzo del Giudice¹⁴ o Federico de Castro.¹⁵ Su problema más grave es que llega tarde o como el mismo Isidoro

¹⁰ “Las fuerzas sociales que determinan legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas que para ella constituyen el ordenamiento jurídico”. Castro y Bravo, F. de, *op. cit.*, p. 363.

¹¹ Martín Martínez, I., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

¹² *Ibidem*, pp. 42 y 43.

¹³ *Ibidem*, p. 48.

¹⁴ Del Giudice, V., *Nozioni di diritto canonico*, Milán, 1970, p. 30.

¹⁵ Castro y Bravo, F. de, *op. cit.*, nota 3, p. 369.

Martín diría, el problema es el *arraigo* de la versión contraria. Todo el mundo acepta como fuentes a las fuentes formales. No llamar fuentes a la expresión normativa del derecho, como pide Isidoro Martín, tal vez añada *diafanidad conceptual* —como él mismo dice—, pero produce *desconcierto doctrinal*.

No parece que sea necesario abandonar el término *fuerza* por su ambigüedad constitutiva. No sólo Isidoro Martín Martínez deliberaba que era un término inoportuno; nada menos que Hans Kelsen pensó también que era necesario abandonarlo, y lo abandonó, proponiendo otras terminologías.¹⁶ Pero, como digo, me parece que hay razones que permiten usar con buena conciencia metodológica la acepción de fuentes del derecho en sentido formal. Una de ellas ha sido explicada convincentemente por Josep Aguiló Regla: “la ambigüedad de «fuentes» a propósito de los significados «modo de producir normas jurídicas» y «forma de manifestarse las normas jurídicas» no es más que un caso concreto de una ambigüedad general del lenguaje jurídico absolutamente común: me refiero a la ambigüedad antecedente/consecuente”.¹⁷ Así es, nadie se plantearía, por ejemplo, cambiar la nomenclatura del negocio jurídico, porque una cosa es la declaración de voluntad y otra cosa distinta la relación jurídica que establece. Tampoco admitiría un canonista, por ejemplo, que debe destruirse la perniciosa ambigüedad de que llamar matrimonio tanto al intercambio de consentimientos según la forma canónica (matrimonio *in fieri*), como a la relación que se sigue entre los cónyuges, con todos los fines y propiedades de la institución matrimonial (matrimonio *in facto esse*). Nunca ha producido mayores problemas especulativos la aceptación de un antecedente y un consecuente de *una misma noción o institución jurídica*.

Pensemos en dos asuntos más que ayudan a relativizar ese hipotético peligro de la ambigüedad constitutiva de la voz *Fuerza*. Aunque según hemos visto se puede opinar que a las fuentes formales no les corresponde ningún carácter originario en la creación de derecho, habrá que reconocer que todo derecho objetivo (la ley, la costumbre) es fuente de derechos subjetivos. Es más, que todo derecho como poder o facultad subjetiva se funda o deriva de un *deber ser* normativo;¹⁸ dicho de otra manera, *ius habetur jure*. Sólo por el derecho se tiene derecho, de modo que en este sentido no se le puede negar a las normas jurídicas su carácter Fontal.¹⁹

¹⁶ Kelsen, H., *La teoría pura del derecho*, trad. de Vernengo, R. J., México, 1982, p. 243.

¹⁷ Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del derecho*, Barcelona, 2000, pp. 46 y 47.

¹⁸ Cfr. Folgado, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo del Escorial, 1960, p. 134.

¹⁹ Y así lo reconoce el mismo Martín Martínez, I., *op. cit.*, p. 40. El derecho objetivo es fuente de los derechos subjetivos. Aunque esta acepción no tiene un uso jurídico frecuente en

Con la intención también de relativizar la necesidad de un uso absolutamente unívoco de fuente habrá que decir también, en sentido opuesto al anterior, que

...las fuentes materiales, las fuerzas sociales creadoras de las normas, tampoco agotan ni mucho menos la condición fontal del derecho. Dicho de otra manera, también los legisladores, las comunidades y los Estados tienen que fundar su poder en una causa última del derecho, que en último término es Dios, creador de la naturaleza del hombre. La *ratio* que se descubre en el derecho es una *ratio* recibida de una fuente que no es la pura norma positiva. Bien se podría decir, en palabras del maestro Castán, que la fuente *primaria* o *suprema* del Derecho está más allá del Estado y de la sociedad: en nosotros mismos, en nuestra conciencia racional, en la idea de la justicia, como traducción de la naturaleza humana y del orden universal de las cosas. Ahondando todavía más, podemos decir que el origen primero del derecho está en Dios, supremo autor de la condición humana y del orden universal, que ha impreso la noción de lo justo en la conciencia de los seres racionales.²⁰

Obsérvese que cuando afirmamos que Dios es fuente o causa suprema del derecho estamos hablando del Dios creador de la naturaleza humana y de los fundamentos sociales. No nos referimos a la palabra divina que revela su voluntad acerca de la Iglesia. Aunque esa palabra, como veremos, es también fuente de *derecho canónico*.

III. EL USO CANÓNICO DE LA NOCIÓN

En el derecho canónico la noción de las fuentes del derecho no ha tenido un uso comparable al que ha tenido en el derecho civil. Ahora bien, ¿se puede emplear en el derecho canónico un esquema idéntico de las fuentes del de-

la actualidad, está en la base del pensamiento jurídico clásico, y también de la teoría moral de la ley. Según este significado, el derecho significa una facultad subjetiva de obrar. Ahora bien, dicha facultad no se funda ni nace de la mera subjetividad del individuo ni de un deseo arbitrario. Aun teniendo presente que la formulación de esta perspectiva conecta no poco con el planteamiento occamista del derecho, no cabe duda de que toda facultad de obrar jurídica precisa de una fuente, que es la norma objetiva. El uso de *fuentes* en esta acepción no sólo es lícito, sino que es extremadamente exacto desde el punto de vista semántico. La facultad de obrar, en efecto, procede y mana de la norma objetiva, tanto si hablamos de derechos subjetivos como si hablamos de comportamientos morales lícitos. El uso jurídico técnico, mucho más frecuente, no tiene la misma conveniencia significativa, pero se ha impuesto por completo, de modo que cuando hablamos de fuentes del derecho entendemos de ordinario derecho en su sentido objetivo, y no como *facultas agendi*.

²⁰ Castán Tobeñas, J., *op. cit.*, p. 393.

recho al que se emplea en el derecho de los Estados? Como afirma Pedro Lombardía:

...la categoría técnica de “Fuentes del Derecho”, entendida con referencia fundamental a lo que en la técnica del derecho secular se llaman las “Fuentes de producción” y las “Fuentes de expresión del Derecho” son unas categorías con las que normalmente la canonística no está muy familiarizada; la expresión “Fontes essendi” y “Fontes existendi” se utiliza a veces, pero se utiliza más para distinguirla de las “Fontes cognoscendi” —al tratar del tema de las colecciones canónicas— que porque el canonista tenga demasiado interés por el tema mismo de la teoría de las Fuentes; y eso es perfectamente comprensible... la teoría de las fuentes del Derecho es una teoría que tiene un origen fundamentalmente positivista. Cuando el pensamiento positivista pretende ver el ordenamiento jurídico exclusivamente a partir de los datos empíricos que la experiencia jurídica nos plantea, es decir, con una experiencia fenomenológica y prescindiendo de cualquier planteamiento ontológico o axiológico, lo primero que el pensamiento positivista se plantea es: ¿cuáles son las causas del Derecho?, como por las causas se preguntaban los físicos o los biólogos, ciencias naturales que el jurista positivista trataba de imitar... en este ámbito del pensamiento positivista, el Derecho Canónico, el Ordenamiento Canónico, no puede nunca moverse con comodidad, puesto que es un ordenamiento que sólo se comprende a la luz de unos datos trascendentes de Derecho Divino positivo y de una relación con la naturaleza de las cosas de Derecho natural.²¹

Precisamente, por esa falta de interés también podemos decir que no ha sido un tema polémico: en primer lugar, porque nadie ha dudado en reconocer a Dios como la condición de la causa primera del orden jurídico; en segundo lugar, porque ese desinterés práctico ha motivado la escasez de polémicas metodológicas acerca de la teoría de las fuentes. Como señalaba Lombardía, existe muy poco desarrollo de las fuentes en sentido normativo o como fuentes de expresión jurídica. Los autores distinguen entre las fuentes constitutivas o de producción jurídica (*fontes essendi* o *existendi*) y las fuentes de conocimiento (*fontes cognoscendi*).²²

²¹ Lombardía, P., *Las fuentes del derecho en el proyecto del nuevo código*, en *id.*, *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, IV, Pamplona, 1991, pp. 565 y 566.

²² Cfr. Hera, A. de la, *Introducción a la ciencia del derecho canónico*, Madrid, 1980, pp. 251-262. Véanse, por ejemplo, estas palabras de Van Hove: “las fuentes del derecho se pueden entender de dos maneras. Tomadas materialmente son aquellas fuentes de las que nace el derecho, es decir, los legisladores a los que corresponde establecerlo. Se llaman fuentes constitutivas o fuentes del ser o de la constitución del derecho; según algunos autores actuales *fontes existendi iuris*. Si se toma desde el punto de vista formal, las fuentes son los documentos y las colecciones de documentos en las cuales se da a conocer el derecho. Se llaman fuentes de la ciencia o de

En efecto, el derecho canónico ha atribuido siempre una importancia extraordinaria a las fuentes de conocimiento histórico-documentales del derecho. No olvidemos que se trata de una ciencia en la que nunca se ha producido en sentido propio una ruptura con la autoridad del derecho antiguo. Las codificaciones de 1917 y 1983 han representado una fuerte reforma en el modo de presentar el derecho pero en ningún caso han querido producir una solución de continuidad con el derecho antiguo. Esto explica en buena medida el aprecio y la valoración de las fuentes de conocimiento. En el lenguaje común de los canonistas, el vocablo *fuentes* remite primariamente a las colecciones jurídicas que presentan el *ius vetus*.²³

IV. LAS FUENTES FORMALES EN EL DERECHO CANÓNICO

Aunque se hable mucho o poco de las fuentes es claro que en el derecho canónico existen las fuentes formales o de expresión del derecho. Es decir, las distintas categorías normativas en que se expresa el derecho positivo. De ordinario, los requisitos que se exigen a la fuente normativa son: *a)* que sea general, que no reduzca su eficacia a un destinatario singular; o dicho de otra manera, que establezca previsiones normativas abstractas, cuyo destinatario será cualquiera que se encuentre en las circunstancias del supuesto de hecho normativo; *b)* que no se agote en una aplicación sino que tenga una dimensión proyectiva; *c)* que sea capaz de innovar el ordenamiento, es decir, de incorporarse al sistema como un criterio nuevo de valoración o dirección de los comportamientos, y *d)* que el propio sistema jurídico le conceda crédito, que le reconozca de un modo u otro su condición de fuente.

conocimiento del derecho; según algunos autores actuales, *fontes cognoscendi iuris*". Van Hove, A., *Prolegomena ad Codicis Iuris Canonici*, Mechliniae-Roma, 1945, p. 48.

²³ Cfr. Hera, A. de la, *op. cit.*, p. 260. La clasificación de las fuentes de conocimiento del derecho canónico puede adoptar múltiples criterios. Martín Martínez, I., *op. cit.*, pp. 59-65; Hera, A. de la, *op. cit.*, pp. 263-266. Debe contener al menos: *a)* las colecciones normativas históricas; *b)* la doctrina jurídica acerca de esas mismas fuentes; *c)* los documentos de aplicación del derecho (jurisprudencia y decisiones extrajudiciales); *d)* la literatura histórica adyacente o indirecta, no propiamente jurídica, y *e)* las aportaciones de otras ciencias que permiten interpretar correctamente las fuentes jurídicas (diplomática, paleografía). Entre los estudios históricos de fuentes canónicas destacan: Maasen, F., *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande*, Graz, 1870, 1956; von Schulte, J.F., *Die Geschichte Der Quellen und Literatur des Kanonischen Rechts*, Stuttgart, vol. III, 1875 (I), 1877 (II), 1880 (III); Fournier, P. E. L. y Le Bras, G., *Histoire des collections canoniques en Occident, depuis les Fausses Décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, I-II, París, 1931-1932; Kuttner, S., *Kanonistische schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Ciudad del Vaticano, 1935; *Repertorium der Kanonistik (1140-1234). Prodromus corporis glossatorum, I*, Ciudad del Vaticano, 1937; Van Hove, A., *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*, Mechliniae-Roma, 1945.

La canonística tradicional ha preferido hablar de las fuentes de producción (órganos, legisladores) más que de las fuentes normativas formales. Por eso resulta interesante y hasta cierto punto sorprendente que el *Schema* (el proyecto) de los cánones del libro I, en 1977, presentara un título primero con el nombre *De Fontibus iuris*, cuyos dos capítulos eran la ley eclesiástica y la costumbre.²⁴ Llamaba la atención que el proyecto de Código introdujera una calificación hasta entonces desconocida para el tratamiento común de la ley y la costumbre, y sorprendía también que dentro del concepto de las fuentes del derecho incluyera tan sólo a la ley y a la costumbre, y prescindiera de otras hipotéticas fuentes (que iban a tener, de igual forma un tratamiento específico en el seno del CIC), como los decretos generales ejecutorios, las instrucciones, los *ordines*, los estatutos y los actos administrativos. Los autores del *Schema* parecían tener una idea clara de lo que querían cuando hablaban de fuentes.

Pero este proyecto no prosperó,²⁵ aun así el *Schema* de 1977 da luz sobre la condición de las fuentes formales en el derecho canónico. En el ordenamiento canónico, la ley y la costumbre son, a mi parecer, las dos únicas fuentes formales indiscutidas, o si se prefiere las dos fuentes formales primarias. Es frecuente que los autores²⁶ incluyan entre las fuentes formales otras expresiones del derecho positivo además de la ley y la costumbre como: principios generales del derecho, normas de la administración eclesiástica, privilegios, estatutos, jurisprudencia, derecho civil, derecho concordado, doctrina científica y equidad. Es innegable que todas estas expresiones jurídicas pueden tener también cierto carácter de fuente; sin embargo, habrá que precisar muy bien en qué sentido.

V. LA LEY Y LA COSTUMBRE COMO FUENTES NORMATIVAS

Una simple mirada al Código de Derecho Canónico da a entender que la ley y la costumbre son fuentes del derecho. Ambas tienen, como fuentes formales, sus propias normas sobre la producción jurídica. A la ley se dedica el título primero del CIC (cánones 7-22), al que habría que añadir también los cánones 29-30 y 135 § 2. La costumbre se diseña en el título segundo del CIC

²⁴ *Communicationes* 23, 1991, pp. 72-76.

²⁵ *Cf.* Lombardía, P., *op. cit.*, pp. 566 y 567.

²⁶ *Cf.* Mauro, T., *Le fonti del diritto canonico dalla promulgazione del Codex fino al Concilio Vaticano II*, en *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, I, Padova, 1991, pp. 33-63; García Barberena, T., *Norma en sentido material y en sentido formal*, en *La norma en el derecho canónico. III Congreso Internacional de Derecho canónico*, I, Pamplona, 1979, pp. 657-675; Di Luca, L., "Fonti del diritto canonico", *Enciclopedia del diritto* 17, Varese, 1968, pp. 970 y 971.

(cánones 23-28). En los cánones destinados a una y otra fuente se establece, en algunos casos de manera muy embrionaria, los requisitos de autoría, las exigencias de promulgación y cesación, el trámite constitutivo, la publicidad, y los efectos que corresponden a las fuentes formales.

Sin embargo, la ley canónica ofrece otra prueba de lo difícil que resulta llevar a cabo una desambiguación completa entre fuentes materiales y formales. Un canonista debe ser verdaderamente experto para saber si una norma canónica es una ley. Las normas canónicas nunca se titulan como leyes. Dichas normas llevan nombres rarísimos y pueden proceder de los órganos más variados. Evidentemente no todas son leyes, para saber si lo son, después de comprobar, como dice el canon 29, que su autor “establece prescripciones comunes para una comunidad capaz de ser sujeto pasivo de una ley”, es decir, que no se trata de un acto singular de la potestad canónica, habrá que ver si el que promulga esa norma es, vuelve a afirmar el mismo canon, “el legislador competente”. Si es él el que las promulga, esas normas, llámense como se llamen, “son propiamente leyes y se rigen por las disposiciones de los cánones relativas a ellas” (canon 29). Así pues, para poder llamar a una norma ley e incluirla en la categoría de fuente formal de derecho, antes debemos averiguar de quién procede, quién es su fuente material, y si esa fuente material tiene verdaderamente competencias legislativas.

Por tanto, lo más importante es establecer con claridad quiénes constituyen la fuente de producción normativa, es decir, quiénes son los legisladores eclesiásticos y quiénes los introductores de la costumbre. Es bien sabido que la legislación canónica tiene una modalidad universal y otra particular. Los legisladores universales son quienes ostentan la suprema potestad: el romano pontífice (canon 331), que es el legislador universal ordinario, y el Colegio episcopal (cánones 336 y 337), que opera como legislador sobre todo en el sínodo ecuménico. Los legisladores particulares son: *a*) el romano pontífice y el Colegio episcopal, cuando dan ley para una determinada circunscripción o comunidad de fieles; *b*) el obispo diocesano (canon 391 § 2), que es el legislador ordinario en el ámbito de las Iglesias particulares; se entiende que no cualquier obispo, sino precisamente el obispo diocesano, aquel que desempeña el oficio capital de una Iglesia particular; *c*) los concilios particulares, plenarios y provinciales (canon 445); *d*) los titulares de otros oficios capitales, equiparados al obispo diocesano *ipso iure*, como son los prelados territoriales, los abades territoriales, los vicarios apostólicos, los prefectos apostólicos y los administradores apostólicos de una administración apostólica erigida de un modo estable (cánones 381 § 2 y 368); *e*) otros titulares de oficios capitales de estructuras de potestad que, aunque no estén equiparados *ipso iure* al obis-

po diocesano, desplieguen una potestad análoga a la del obispo diocesano (como los ordinarios militares o los prelados personales), y *f*) las conferencias episcopales, cuando cubren las condiciones del canon 455 § 1.²⁷

Veamos ahora el sujeto activo de la costumbre. Una comunidad de fieles, aunque no tiene evidentemente potestad legislativa, es también fuente de producción normativa siempre de acuerdo con las condiciones que el propio derecho le asigna para la introducción de la norma consuetudinaria. Ha de tratarse de un uso razonable, no reprobado por el derecho, introducido por la comunidad en su conjunto (incluyendo a su cabeza), con intención de introducir el derecho y cubriendo los periodos de tiempo establecidos (cánones 23-28). Por lo que se refiere a la estructura de la comunidad, el derecho establece (canon 25) que sólo son *capaces iuris inducendi* las comunidades que son *capaces legis recipiendi*; sólo una comunidad capaz de recibir una ley es capaz de introducir costumbre jurídica. Esta exigencia no es más que una cautela para asegurar que la norma sea verdaderamente general y que la comunidad sea una comunidad genuina, con todas las condiciones institucionales.²⁸

VI. FUENTES SUBORDINADAS, SUPLETORIAS E INDIRECTAS

Los autores, civilistas o canonistas, hablan de las fuentes formales con cierta amplitud. A la ley y la costumbre añaden otras. Cualquier tratadista del sistema de fuentes se siente obligado a establecer un amplio elenco, pero como ya decíamos antes, hay que ser cautos.

Existen fuentes normativas provenientes de la autoridad canónica que no son leyes. Una gran cantidad de órganos de la curia romana o de las curias diocesanas tienen potestad administrativa, y por tanto, pueden legitimar a la norma jurídica administrativa; sin embargo, no son legisladores. Esa norma es una norma que no puede trasgredir las leyes y que queda sometida a ellas (cánones 31-34). Por ello, las normas administrativas (llámense decretos generales ejecutorios e instrucciones, como las llama el CIC, o se llamen de otra manera) no pueden ser fuentes de derecho en el mismo sentido que la ley. Se puede hablar, si se quiere y si no resulta contradictorio, de *fuentes subordinadas*.

²⁷ Acerca del carácter legislativo, en sentido técnico, de las normas de las conferencias episcopales, véase Otaduy, J., “Sobre la potestad legislativa de las conferencias episcopales”, en *id.*, *Fuentes, interpretación, personas*, Pamplona, 2002, pp. 185-197.

²⁸ Puede encontrarse una descripción acabada de la condición necesaria por parte de la comunidad en Otaduy, J., “La comunidad como fuente de derecho (presupuestos eclesiológicos y sociales de la costumbre)”, en *id.*, *Fuentes, interpretación, personas, cit.*, pp. 125-172.

Para suplir el silencio de la ley y de la costumbre, el canon 19 remite a una serie de medios: leyes dadas para casos semejantes, principios generales del derecho aplicados con equidad canónica, jurisprudencia y praxis de la curia romana, y la opinión común y constante de los doctores. En virtud de esta indicación codicial, algunos hablan de *fuentes supletorias*. Me parece que el canon 19 no tiene la intención de crear ese concepto de fuente. De hecho, lo que dice es que, cuando sobre alguna materia no haya ley expresa, la causa se debe decidir (*causa... dirimenda est*) atendiendo a esos medios. Esta redacción me parece representativa. En el canon paralelo del CIC de 1917 se decía que en caso de silencio legal, la norma se debía tomar (*norma sumenda est*) acudiendo a esos medios. Así, se aprecia que el Código ha cobrado conciencia de cuál es su posición para suplir el silencio de la ley. No entiende los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la praxis y la doctrina científica como normas sino como eventuales ayudas *ad casum*, por lo que, sirven para resolver un caso, pero no todos. Están en el campo de los argumentos decisoriales más que en el de las normas jurídicas.

Dicho lo cual, me parece difícil negar el carácter de fuente a algunos de estos medios. La jurisprudencia de la Rota Romana a lo largo de los últimos decenios ha recibido valoraciones notables por parte de los romanos pontífices,²⁹ en las que se percibe una toma de posición favorable a que la

²⁹ “Podemos preguntarnos por qué las sentencias de la Rota poseen una relevancia jurídica que rebasa el ámbito inmediato de las causas en que son emitidas. Prescindiendo del valor formal que todo ordenamiento jurídico puede atribuir a los precedentes judiciales, no cabe duda de que cada una de las decisiones afecta de algún modo a toda la sociedad, pues van determinando lo que todos pueden esperar de los tribunales, lo cual ciertamente influye en el desarrollo de la vida social. Todo sistema judicial debe tratar de ofrecer soluciones en las que, juntamente con la valoración prudencial de los casos en su irrepetible realidad concreta, se apliquen los mismos principios y normas generales de justicia. Sólo de este modo se crea un clima de confianza en la actuación de los tribunales, y se evita la arbitrariedad de los criterios subjetivos. Además, dentro de cada organización judicial existe una jerarquía entre los diferentes tribunales, de modo que la posibilidad misma de recurrir a los tribunales superiores constituye de por sí un instrumento de unificación de la jurisprudencia... Además del valor intrínseco de racionalidad insito en la actuación de un tribunal que decide ordinariamente las causas en última instancia, es evidente que el valor de la jurisprudencia de la Rota romana depende de su naturaleza de instancia superior en grado de apelación ante la Sede apostólica. Las disposiciones legales que reconocen ese valor (*cf.* can. 19 del *Código de derecho canónico*; const. ap. *Pastor bonus*, art. 126) no crean, sino que declaran ese valor. Ese valor proviene, en definitiva, de la necesidad de administrar la justicia según parámetros iguales en todo lo que, precisamente, es en sí esencialmente igual./En consecuencia, el valor de la jurisprudencia rotal no es una cuestión factual de orden sociológico, sino que es de índole propiamente jurídica, en cuanto que se pone al servicio de la justicia sustancial. Por tanto, sería impropio ver una contraposición entre la jurisprudencia rotal y las decisiones de los tribunales locales, los cuales están llamados a desempeñar una función indispensable, al hacer inmediatamente accesible la administración de la justicia, y al poder investigar y resolver los casos en su realidad concreta,

jurisprudencia de la Rota Romana sea efectivamente fuente de derecho, evidentemente con todas las condiciones que debe exigirse a la jurisprudencia para convertirse en derecho objetivo.

¿Hasta qué punto los principios generales del derecho³⁰ y lo que el canon 19 llama la *opinión común y constante de los doctores*, la doctrina canónica pueden llegar a ser también fuentes del derecho canónico en sentido formal y propio? Mucho se podría discutir sobre ello, me inclino a pensar que los principios generales y la doctrina jurídica más que fuentes son válvulas que armonizan y equilibran el ordenamiento. Naturalmente, los principios generales, en la medida que ofrezcan o formulen principios de justicia que no están presentes en el sistema de derecho positivo constituyen fuente de derecho. Pero me parece que no es esa la función prioritaria que desempeñan de ordinario los principios generales.

Por último, cabría hablar de las fuentes formales *indirectas*, es decir, para el caso en que la ley reenvíe a una norma ajena o la adopte en el ordenamiento canónico. Como fuentes indirectas se deben tomar a las normas pactadas con los Estados o con otras sociedades políticas (según el régimen que establece el canon 3) y aquellas otras leyes civiles a las que con alguna frecuencia remite el derecho canónico (de acuerdo con las disposiciones del canon 22).

VII. JERARQUÍA NORMATIVA

El primer servicio que ofrece un sistema de fuentes es el establecimiento de una jerarquía normativa.³¹ Cuando se establecen las fuentes formales de un ordenamiento jurídico, inmediatamente los demás medios de conocimiento, de desarrollo y de aplicación del derecho quedan sometidos a las fuentes formales. Hasta las mismas fuentes formales fijan un programa de relaciones entre ellas. Las fuentes de producción jurídica, finalmente, determinan también los grados de sujeción que mantienen entre sí los distintos productores de normas, conforme sea la competencia de cada uno.

En el ordenamiento canónico, precisamente porque no ha existido una decidida apuesta por la consolidación de un sistema de fuentes formales, la jerarquía normativa no tiene una larga historia; o más exactamente, ha prevalecido tan sólo la jerarquía entre los legisladores o productores del de-

a veces vinculada a la cultura y a la mentalidad de los pueblos”. Benedicto XVI, *Discurso*, 26 de enero de 2008, AAS 100, 2008, pp. 85 y 86.

³⁰ Cf. Otaduy, J., “Principios generales del derecho”, *DGDC*, VI, pp. 462-469.

³¹ Cf. Otaduy, J., “Jerarquía normativa”, *DGDC*, IV, pp. 862-868.

recho, de modo que el que tenía un puesto jerárquico inferior no podía dar una norma contra el que tenían un puesto jerárquico superior. Ahora bien, se producían de ordinario muchos problemas para determinar qué rango tenía una norma (¿es esto una ley?); y también para verificar quién era verdaderamente su autor (¿ha sido el legislador el autor de esta norma o tan sólo la ha conocido y la ha aprobado?).

¿Por qué ocurría esto? Para la canonística tradicional cualquier fenómeno normativo procedente de la potestad pública era una ley. Se empleaba un concepto inespecífico de ley. Por eso, para establecer una jerarquía canónica de normas, el punto determinante es el establecimiento de la ley como fuente formal; es decir, que tan sólo se considere ley a aquella norma general procedente de la potestad legislativa (y no de la “potestad pública” en sentido amplio). Únicamente la norma dada por el legislador será una ley y presentará una forma precisa de elaboración, de manifestación y de promulgación; sólo ella ocupará el puesto prevalente entre todas las normas.

Las dificultades que tenía el derecho canónico para la fijación de una noción formal de ley procedían (y en parte siguen procediendo) de diversas causas: *a*) en el derecho canónico no existen titulares exclusivos de la potestad legislativa. Los oficios capitales de las estructuras jerárquicas canónicas (el romano pontífice y los obispos diocesanos, por ejemplo) pueden ejercitar todas las funciones de la potestad, no sólo la función legislativa; *b*) no existe en el derecho canónico una forma legalmente determinada de elaboración de la ley, como existe en el derecho de los Estados; *c*) tampoco existe, según hemos dicho, una intitulación determinada, y *d*) finalmente, es muy frecuente que en los principales actos de gobierno de los órganos que no tienen potestad legislativa intervenga la supervisión y la aprobación del legislador.

No obstante, es posible, al menos desde la promulgación del CIC de 1983, hablar de la ley como de una fuente formal específica. Las razones son éstas: *a*) se ha procedido a hacer una distinción expresa dentro de la potestad pública (legislativa, judicial y ejecutiva) (canon 135); *b*) se ha asignado una categoría específica de ley en sentido técnico a los decretos generales dados por el legislador (canon 29): el derecho viene a decir que, con independencia del nombre que se emplee para designarlo, aquel documento normativo que procede de quien tiene potestad legislativa es una ley; *c*) se ha establecido una jerarquía de normas en la que la ley tiene la prevalencia (cánones 29-34): son reconocidas otras normas, como los decretos generales ejecutorios y las instrucciones, que no tienen fuerza de ley y que están subordinadas a la ley, y *d*) se han dado normas explícitas que declaran quiénes tienen potestad legislativa (cánones 333, 336, 391 § 2, 445) y quiénes no la tienen (cánones 30, 31, 455 § 4, 466; PB 18 § 2).

Por lo que se refiere a la relación entre las fuentes formales, el derecho canónico reconoce una equiparación de fuerza normativa entre la ley y la costumbre. Dicho con otras palabras, la costumbre *tiene fuerza de ley* (cánones 23-26) y cubre funciones normativas equiparadas a la ley: no hay laguna legal si hay costumbre (canon 19), y se puede abrogar el derecho legislativo (canon 26). Aun así, es evidente que la ley regula y condiciona la costumbre “de acuerdo con los cánones que siguen” (canon 23). La misma ley debe someterse a la legalidad *in legislando* (cánones 8, 29, 30, 135 § 2).

Todo el sistema de fuentes está sujeto además a la doble dimensión universal y particular que imbuye todo el ordenamiento canónico. El ordenamiento de la Iglesia católica conoce una inusual abundancia de los legisladores, al menos en tres instancias: la potestad suprema (que puede ejercer el papa o el colegio episcopal), la potestad sinodal de los obispos reunidos en los concilios plenarios o provinciales, y la potestad capital del obispo diocesano en las Iglesias particulares. A esto habría que añadir los casos para los que las conferencias episcopales tienen potestad legislativa. Dichas instancias dan lugar a múltiples exigencias de gradación jerárquica. Sobre ello dice el canon 135 § 2 que “no puede delegarse válidamente aquella [potestad legislativa] que tiene el legislador inferior a la autoridad suprema, a no ser que el derecho disponga expresamente otra cosa; tampoco puede el legislador inferior dar válidamente una ley contraria al derecho de rango superior”.

VIII. EL DERECHO DIVINO COMO NORMA PREVALENTE

Lo dicho hasta ahora debe entenderse incorporado a un régimen de valoración específico. Es decir, queda sujeto a la precedencia inmediata e irrefragable que tiene para el derecho canónico el derecho divino. La precedencia del derecho divino es un aspecto muy importante del sistema de las fuentes canónicas. Lo cual supone una vigorosa modificación de la habitual propuesta positivista. Para el derecho canónico la primera fuente es Dios, creador del hombre (derecho natural), y Dios revelador de su designio sobre la Iglesia (derecho divino positivo). En el derecho canónico, a las fuerzas “sociales” creadoras de derecho debe preceder siempre el derecho divino, es decir, una fuerza trascendente creadora de derecho. Es evidente que ese poder trascendente de creación de derecho está llamado a ser acogido por los órganos de la Iglesia socialmente estructurada. Pero esa acogida, que Del Giudice llama *canonizatio*,³² no es la que dota al derecho divino de carácter vinculante y

³² Del Giudice, V., *Nozioni di Diritto canonico*, Milán, 1962, p. 17.

normativo para el pueblo de Dios, ya que Dios creador y revelador es fuente primaria del derecho y no sólo de orientaciones morales o metajurídicas. Es más, como decía Juan Pablo II:

...la interpretación auténtica de la palabra de Dios que realiza el Magisterio de la Iglesia tiene valor jurídico en la medida en que atañe al ámbito del derecho, sin que necesite un ulterior paso formal para convertirse en vinculante jurídica y moralmente. Asimismo, para una sana hermenéutica jurídica es indispensable tener en cuenta el conjunto de las enseñanzas de la Iglesia, situando orgánicamente cada afirmación en el cauce de la tradición. De este modo se podrán evitar tanto las interpretaciones selectivas y distorsionadas como las críticas estériles a algunos pasajes.³³

A estas palabras se adheriría explícitamente Benedicto XVI.³⁴ Así, en un sistema ordinario de fuentes ocupa la cima la ley constitucional. En el derecho canónico no existe una ley constitucional formal. Pero, precisamente por la vigencia inmediata e irresistible del derecho divino, las normas que formulan o acogen el derecho divino ocupan una prioridad, hasta cierto punto, comparable con una ley constitucional.

El pensamiento acerca del derecho divino ha atravesado dos situaciones contradictorias a lo largo del último siglo. A la altura de 1917, por poner una fecha inolvidable para los canonistas (sin que hubiera solución de continuidad ninguna con el pensamiento anterior), el derecho divino se consideraba como una realidad absoluta, diferenciable del derecho humano, y que podía formularse con plenas garantías. Hasta cierto punto corría la misma suerte que las declaraciones dogmáticas. Nadie dudaba de que el sistema lingüístico y el sistema conceptual empleados en la declaración dogmática eran históricos, mas eso no disolvía en absoluto el contenido de la declaración en la trama de la cultura humana.

De la posición de firme definición se pasó a una visión más realista y más encarnada. Se vino a decir, con razón, que el derecho divino nunca se encuentra *químicamente puro*.³⁵ Siempre tiene historia: está formulado con el

³³ Juan Pablo II, *Discurso a la Rota Romana*, 29 de enero de 2005, AAS 97, 2005, p. 166.

³⁴ Cfr. Benedicto XVI, *Discurso a la Rota Romana*, 26 de enero de 2008, AAS 100, 2008, pp. 87 y 88.

³⁵ Lombardía, P., "Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia", en *id.*, *Escritos de derechos canónico y de derecho eclesiástico del Estado*, IV, Pamplona, 1991, p. 206; Bernal, J., "Persona in Ecclesia Christi". *La dimensión constitucional de la subjetividad canónica en el pensamiento de Pedro Lombardía*, en "Cuadernos doctorales" 12, 1994, pp. 333-335. Puede verse también la posición relativamente semejante de Rahner K. en los capítulos *Die ekklesiologisches Grundlegung der Pastoraltheologie y Die disziplin der Kirche*, en Arnold, F. X. et al., *Handbuch der Pastoraltheologie. Praktische Theologie der Kirche in ihrer Gegenwart*, I, Freiburg-Basel-Wien, 1964,

lenguaje de la ciencia jurídica, inmerso en una fuente legislativa, protegido por diversos instrumentos de derecho, explicado por la doctrina jurídica del momento y aplicado por tribunales que tienen su propia mentalidad. Esta posición, que podríamos llamar del *derecho divino encarnado*, ha tenido versiones cada vez más intensas. Se llega a considerar que cualquier dato del derecho canónico, precisamente por su forzoso contacto con el derecho divino, queda *ungido* por él y *manifiesta* el derecho divino. Algunas intervenciones de Benedicto XVI podrían entenderse incorporadas a esta percepción.³⁶ Debe quedarnos claro que no se ha empleado, según esta posición, la mezcla del derecho divino con la cultura humana para relativizar o abajar la fuerza del derecho divino, sino para ensalzar la categoría del derecho canónico, de todo él y de cualquiera de sus partes. Es fácil comprender que esta línea de pensamiento sufre al considerar el derecho divino simplemente como un límite en el ordenamiento canónico, ya que procura verlo siempre como un fundamento.

¿Qué decir ante todo esto? Es evidente que todo los planteamientos son comprensibles. No se puede negar que el derecho divino está culturalmente mediado y encarnado en la historia. Pero la verdad del derecho divino lleva implícitas tres notas insoslayables: *a)* sus contenidos son discernibles; *b)* el valor de esos contenidos es asimétrico en comparación con el resto de los contenidos jurídicos y prevalecen sobre ellos, y *c)* esos contenidos, aunque entren en contacto con la cultura, no quedan disueltos en la cultura humana. De lo contrario no tendría sentido hablar del derecho divino como una categoría propia.

En mi opinión, siguiendo el uso que hace el CIC de la noción de derecho divino,³⁷ este término debe entenderse en sentido estricto. O sea, aquellos contenidos relacionados con la justicia y la organización eclesial cuyo origen hay que atribuirlo al querer trinitario sobre la Iglesia. Contenidos

pp. 117-215 y 333-343. Muy crítico con los contenidos discernibles y fijos de derecho divino se muestra Lo Castro, G., *Il mistero del diritto. I. Del diritto e della sua conoscenza*, Turín, 1997, pp. 19-62.

³⁶ “Así se hace posible una hermenéutica legal que sea auténticamente jurídica, en el sentido de que, situándose en sintonía con el significado propio de la ley, se puede plantear la cuestión crucial sobre lo que es justo en cada caso. Conviene observar al respecto que, para percibir el significado propio de la ley, es necesario siempre contemplar la realidad que reglamenta, y ello no sólo cuando la ley sea prevalentemente declarativa del derecho divino, sino también cuando introduzca constitutivamente reglas humanas. Estas deben interpretarse también a la luz de la realidad regulada, la cual contiene siempre un núcleo de derecho natural y divino positivo, con el que debe estar en armonía cada norma a fin de que sea racional y verdaderamente jurídica”. Benedicto XVI, *Discurso a la Rota Romana*, 21 de enero de 2012, AAS 104, 2012, pp. 105 y 106.

³⁷ En los cánones 22, 24 § 1, 1059, 1075, 1163 § 2, 1165 § 2, 1290, 1692.

bien determinados. Datos de derecho natural o positivo que, por su origen, no pueden ser eliminados ni ser contravenidos, sea cual sea la mediación cultural o jurídica que reciban. El hecho de que cualquier normatividad canónica guarde relación (de contacto, de desarrollo, de determinación) con la ley divina no otorga carácter divino a todo fenómeno normativo ni a todo comportamiento comunitario. El derecho divino es histórico, puede formularse homogéneamente con el resto de los contenidos del derecho, ya que esto consiente desarrollos humanos, y no pocas veces los exige. Ahora bien, se distingue formalmente de esos desarrollos y de esas mediaciones.

Es claro para mí que la ley positiva (y la tradición canónica) recurre muy frecuentemente al derecho divino como norma límite.³⁸ Cuando el derecho positivo se refiere al derecho divino lo hace ordinariamente para establecer los confines insalvables de su propia condición de derecho positivo humano. Eso no significa por supuesto que el derecho divino no tenga también condición de fundamento. Ahora bien, que el derecho humano encuentre fundamento en el derecho divino no le hace cambiar de naturaleza. Le confiere un título de dignidad mas no lo cambia. Incluso habría que tener mucho cuidado para hablar de mezcla. En una mezcla las dos entidades previas no son reconocibles. Lo divino y lo humano no pierden su carácter propio. Aquí podríamos referirnos a la “notable analogía” (LG 8) entre Cristo y la Iglesia. Con todas las limitaciones de lo analógico, las dos naturalezas del Señor encuentran un reflejo en el derecho eclesial.

El oficio petrino en la Iglesia, por ejemplo, es de derecho divino. Puede considerarse también de derecho divino la necesidad de designar un sucesor a Pedro en la sede romana. Pero los modos para designarlo, exigencia ineludible para la encarnación de la potestad petrina, no pueden considerarse desde luego como derecho divino. Esos modos han sido distintos e incluso contrastantes en la historia. Es cierto que algunos son más adecuados que otros en unas circunstancias dadas; o que determinados modos tienen a su favor el haber sido elegidos en ejercicio del carisma jerárquico, pero han de ser considerados accesorios y mudables; no son derecho divino.

Al derecho positivo eclesial no se le pide que sea expresión del derecho divino. Lo que se le pide (lo cual ya es mucho) es que sea congruente con el derecho divino. En primer lugar que lo respete, que las diversas materias jurídicas no resulten antagónicas con él, o difíciles de conciliar; que lo enuncie

³⁸ “Sobre la base de las consideraciones hechas hasta ahora debería intuirse por qué no es congruente con una idea aceptable de derecho divino concebirlo como un *límite* al derecho humano”. Lo Castro, G., *op. cit.*, p. 55 (traducción mía). Sin embargo, hay que decir que Lo Castro entiende la condición de límite en sentido fuerte, es decir, como si el derecho divino fuese *exclusivamente* límite externo del derecho positivo, sin participar en él.

formalmente para que pueda ser reconocido y ejercitado; que dote al derecho divino de toda la eficacia posible; que valore jurídicamente los actos que van contra él; que exhorte a su conocimiento; que lo haga servir de orientación a otras fuentes jurídicas; que establezca cautelas para su protección. Todo esto es ser congruentes con el derecho divino. Pero este esfuerzo de congruencia no es derecho divino.

Dicho de otra manera, el hecho de que exista una verdadera conexión entre el derecho divino y el derecho humano no quiere decir que exista en toda norma canónica un núcleo de derecho divino, como si el derecho canónico fuera humano en su proceso de encarnación y divino en la sustancia que se encarna. Aunque eso puede suceder en ocasiones, sería muy inconveniente entender así el derecho canónico en su integridad.

Es verdad que el derecho divino clama por su vigor histórico, que se logra frecuentemente a través del derecho positivo. Por tanto, siempre existe una cierta exigencia de positivación para el derecho divino. En esa misma medida, existe también contacto inexcusable de lo divino y lo humano. Sin embargo, no es correcto dar la vuelta a la frase. No debemos empeñarnos en descubrir el derecho divino siempre que descubramos exigencias de la positivación canónica. El derecho canónico tiene un amplísimo campo de adecuación socioeclesial que para nada debe considerarse derecho divino.

EL DERECHO CANÓNICO COMO CIENCIA JURÍDICA. PASTORAL Y DERECHO

Alberto PACHECO ESCOBEDO

El positivismo jurídico es una postura que ha estado presente en la ciencia jurídica y en la enseñanza universitaria de muchos países, desde hace siglos y que influyó, y lo sigue haciendo en la formación que se imparte a la mayoría de los estudiantes de derecho. La facilidad de su exposición, la aparente claridad de sus principios, la comprensión sencilla por parte del alumno y con frecuencia la poca formación filosófica de los catedráticos que no son plenamente conscientes de lo que implica lo que están enseñando, hace que estas tesis perduren en la enseñanza en nuestras universidades con mayor o menor éxito.

A la sombra de estas ideas y con la influencia del liberalismo decimonónico y otras filosofías similares, parece muy lógico, al alumno que comienza sus estudios de derecho, establecer una distinción tajante entre moral y derecho que lleva a considerar estos campos de la conducta humana como campos que no se tocan y poco o nada influyen uno en el otro. El anticlericalismo del pensamiento liberal que pretendía hacer de la religión un asunto meramente interno de la conciencia del individuo, fue, como decimos, otra de las corrientes ideológicas que influyeron profundamente en el concepto mismo del derecho; y por lo que respecta al tema que nos interesa, ésta ponía en duda que existiera un derecho de la Iglesia que tuviera las condiciones para ser considerado como una ciencia jurídica.

Ante esta panorámica y ayudado por el creciente secularismo de la sociedad occidental que ha ido creciendo a partir, sobre todo, del siglo XVII, el concepto que se forma en los estudiosos del derecho estatal, que es el que fundamentalmente se enseña en las escuelas de derecho, el derecho canónico, como derecho de la Iglesia católica, queda fácilmente excluido de la enseñanza universitaria, como perteneciente más bien al campo de la moral de la religión o de la intimidad de la persona. Cuando mucho, en ocasiones se le llega a considerar como una ciencia jurídica de segundo orden, ignorando en la enseñanza del derecho la abundante historia jurídica del derecho de la

Iglesia, y la multitud de instituciones y conceptos de la ciencia jurídica que han nacido del mismo.

La teoría pura del derecho con su postura positivista ha contribuido no poco a esta separación entre el derecho vigente y la verdadera ciencia jurídica, reduciéndose ésta al estudio de las normas que en un momento histórico determinado están en vigor en un país por haber sido promulgadas por la autoridad competente y dejando al margen, como disciplinas que no son realmente jurídicas, todas aquellas que no gozan de ese respaldo de la autoridad política correspondiente. Ahí, el derecho de la Iglesia queda reducido, como mucho, a un subproducto, del cual el verdadero derecho, el positivo, se ha desprendido sobreponiéndose de etapas históricas ya superadas.

Pero aun en el seno de la misma Iglesia, y no sólo en siglos recientes sino desde la antigüedad, han nacido diversas corrientes que con una eclesiología equivocada y una espiritualidad exagerada, consideran al mismo derecho de la Iglesia como una superestructura de la que hay que prescindir para que se viva el original espíritu del verdadero cristianismo. Estas corrientes que han dejado a la Iglesia, formando sectas o instituciones ajenas a la Iglesia tradicional, tienen en común el antijuridicismo, pretendiendo también, cada una en su manera de entender el mensaje cristiano, prescindiendo de la organización que da la norma jurídica. Para muchas estas corrientes, el derecho en la Iglesia es una estructura que estorba o aniquila el verdadero espíritu cristiano, que debe ser individual y subjetivo en la relación personal de cada miembro de la Iglesia con la divinidad.

No han faltado, como digo, a lo largo de la historia de la Iglesia, personas que respondiendo a determinadas ideologías, han deseado una comunidad espiritual considerando al mundo material como malo y opuesto al espíritu y han pensado que es inadecuado que esa Iglesia que desearían puramente espiritual, cuente con un cuerpo de normas jurídicas de un camino equivocado, una mera creación humana de la autoridad que trata de imponerse sobre el pueblo de la Iglesia y que con eso, desvirtuaría el verdadero espíritu fundacional.

El fenómeno del antijuridicismo ha recorrido casi toda la historia de la Iglesia y todavía se pueden encontrar intentos del mismo en la época actual entre algunos movimientos.

Las primeras sectas que negaron la necesidad de tener normas de derecho en la Iglesia fueron los gnósticos que representaron un problema serio a la jerarquía de los siglos II y III. Traigo a colación esta reliquia histórica, porque es revelador lo que sucedió en este grupo, cuando se abandonó la vertiente jurídica de la Iglesia. De ellos afirma San Ireneo, para explicar las continuas divisiones y subdivisiones que se produjeron entre los mismos y

que se repiten siempre en este tipo de movimientos “la mayoría de sus autores —en realidad, todos— (dice el santo) quieren ser maestros; se van de la secta que abrazaron y urden una enseñanza a partir de otra doctrina, y luego a partir de ésta surge todavía otra, mas todos insisten en ser originales y en haber hallado por sí mismos las doctrinas que de hecho se limitaron a compaginar” (AdvHaer. 1.28.1).

Este fenómeno se repite a lo largo de la historia de la Iglesia, cuando se pretende que ésta sea solamente espiritual y se abandona como una superestructura inadecuada, la vertiente jurídica de la misma. Es la postura de los montanistas, de los albigenses, de todas las Iglesias nacidas de la reforma protestante y que también está presente en el movimiento modernista y en algunos movimientos carismáticos recientes o contemporáneos a los que parecen estorbarles los cánones para presidir de ellos.

Un ejemplo que ha dejado mayores heridas en el cuerpo de la Iglesia es el de Lutero, quien ordenó quemar en la plaza pública de Witenberg en el acto público de su rebelión frente a la Iglesia institucional junto con la bula de excomunión, el *Corpus Iuris Canonici*, pues según sus tesis, éste no era más que una manifestación de la autoridad pontificia con la que ejercía un control abusivo y mataba la espiritualidad original que debía vivirse en la Iglesia.

Por el contrario, la correcta interpretación de la verdad revelada y de las enseñanzas de Cristo como fundador de la Iglesia, indican con toda claridad que en ésta es especialmente imperativa la necesidad de justicia y por tanto, la de las normas para vivir según lo justo (es decir, las normas jurídicas que la rigen, ya que responden a la necesidad que todo hombre advierte de vivir según lo justo (vivir según el plan de Dios), lo cual constituye a las normas canónicas en el vehículo indispensable para obtener las finalidades espirituales de todos los hombres, por lo que establece el fin mismo de la Iglesia.

Así, toda auténtica norma jurídica —norma que busca vivir según lo justo— no plantea incompatibilidad ninguna entre fe y derecho, pues la experiencia jurídica se desarrolla dentro de la obra de redención que su fundador confió a la Iglesia, la cual sólo puede cumplir la razón misma de su fundación respetando las exigencias de la justicia.

Lo anterior hace ver que no hay incompatibilidad entre fe y derecho, sino que en la comunidad eclesial es necesario el derecho y la dimensión de justicia que éste implica para poder vivir según la fe. Y es que no hay comunidad humana ordenada que no sea jurídica aunque su fin último sea sobrenatural, pues el ser humano es necesariamente jurídico.

El derecho canónico es el derecho de la Iglesia, la cual está compuesta por hombres que forman una comunidad, pues no es posible alcanzar el fin de la Iglesia en forma aislada e individual. Además, la misma finalidad de la Iglesia la conforma como una comunidad jurídica, pues sus miembros, lo que se proponen es vivir según las normas de la justicia y ésta se concreta en buena parte en normas jurídicas.

Bien es cierto que en la Iglesia existen una serie de normas conocidas técnicamente como de derecho divino, que la Iglesia respeta y observa sin modificarlas, pero esas mismas normas son disposiciones que actúan como organizadoras fundamentales de la vida cristiana, y tienen, por tanto, un carácter organizador de la comunidad y son de contenido jurídico.

El derecho canónico es verdaderamente un instrumento eficaz para la construcción de aquel bien común que es “condición indispensable para el desarrollo integral de la persona humana cristiana” (Juan Pablo II).

La legislación canónica se mueve siempre en parámetros dentro de los cuales, el legislador realiza una elección dentro de una serie de factores como son el derecho divino natural y positivo, la naturaleza misma de la propia Iglesia y de sus miembros, que siendo personas tienen un patrimonio original de tipo jurídico que les es dado por su propia naturaleza y que al concretarse en normas positivas se ve organizado por el orden que éstas contienen y que en concreto se refiere a personas enriquecidas antológicamente por su condición de ser bautizados.

El derecho canónico no es una superestructura puesta sobre las raíces espirituales y sobrenaturales de los fieles. El derecho de la Iglesia distingue con toda claridad los diversos campos que abarca el derecho y la moral, y con técnica cuidadosa y refinada, trata los asuntos del fuero externo y del fuero interno en lo que éste debe ser tratado para aplicar con justicia los hechos externos que implica su aplicación. Tampoco es una expresión unilateral de la voluntad de la jerarquía ya que la misma es garantía de la autonomía necesaria de todos los fieles, de tal forma que todos ellos participen en las tareas eclesiales.

Tampoco es un límite para engendrar deberes de obediencia sino que es tutela de libertad y cauce de actuación personal responsable en la misión común en la que participan todos los miembros de la Iglesia por su común condición de bautizados.

Ante un análisis superficial, podría parecer que las materias que trata el derecho canónico no son propiamente jurídicas. Así, en una primera aproximación al Código Canónico, podría pensarse por alguien que ahí se tratan, sobre todo, materias espirituales, como el extenso libro IV, De la función de

santificar de la Iglesia, que legisla extensamente sobre los sacramentos y de los demás actos del culto divino; evidentemente se trata de materias espirituales, pero que en la organización del pueblo de Dios, esas realidades espirituales, deben estar organizadas según normas de justicia para realizar su función de santificar. En la aplicación y ejercicio de dichas realidades, existen derechos y obligaciones en los ministros de los sacramentos, en la forma de conferirlos, en los sujetos de los mismos, que tienen derecho a que les sean administrados esos medios de santificación. Sin la organización que prestan las normas jurídicas, la misma función de santificar, que es el fin de la Iglesia, se haría desorganizada e inútil.

Lo mismo puede aplicarse a esa realidad profundamente sobrenatural, que es lo que la Iglesia cree y enseña, o sea las verdades de la fe. Desde luego que no es función del derecho de la Iglesia la formulación de las verdades dogmáticas pero la misma unidad de fe, necesaria para constituir la Iglesia y para que ésta realice su función de santificación, se haría imposible sin normas que organicen la impartición de los sacramentos, la designación de sus ministros y las obligaciones, y derechos de los que deben otorgarlos y recibirlos. Sin normas jurídicas, la misma función santificadora de la Iglesia se volvería anárquica y la fe perdería su unidad para tornarse subjetiva.

Las materias espirituales están tan metidas en la legislación canónica, que puede decirse que toda ella responde, como no podría ser de otra forma, al fin último de la Iglesia. El mismo Código termina en el último de sus cánones, con una alusión a dicho fin sobrenatural de la Iglesia. En materia que puede parecer tan alejada de las materias jurídicas como es el modo de proceder en el traslado de los párrocos, el canon 1752 indica que es necesario tener “en cuenta la salvación de las almas que debe ser siempre la ley suprema de la Iglesia”.

Con lo dicho, queda claro que en la Iglesia el derecho no es una simple conveniencia, sino que la dimensión jurídica es necesaria para la existencia misma de la Iglesia y que garantiza su fidelidad al carisma fundacional. Sin normas jurídicas que la organicen y marquen los cauces de fidelidad de todos sus miembros a la doctrina del fundador, no sería la Iglesia que Cristo fundó. Y esto se debe a que la Iglesia está constituida de tal manera que es una sociedad de fieles que no pueden lograr solos e individualmente los propósitos de su fundador, y por tanto, la dimensión jurídica es constitutiva de la Iglesia por los fines que se propone, que siendo espirituales se realizan entre hombres que deben convivir entre sí y ayudarse mutuamente en orden a esos mismos fines espirituales.

El hombre, en cuanto es cristiano, es miembro de la Iglesia y la misma estructura de ésta comporta una dimensión jurídica. La incorporación a la

Iglesia, la necesidad de una jerarquía, los mismos carismas recibidos personalmente por los fieles no son solamente relaciones de caridad o con un sentido puramente moral, sino que se integran en relaciones de solidaridad y de servicio que derivan de su condición de fiel ante los demás miembros de la Iglesia y de la naturaleza misma de la jerarquía en su oficio de servir a los demás.

Por último, es necesario afirmar que el derecho no es una organización extrínseca añadida, como si fuera un elemento adicional.

La Iglesia es una Iglesia jurídica, además de una Iglesia de caridad, cuyos factores constituyentes son, entre otros, su organización y estructura jurídica.

No es correcto oponer el derecho a lo pastoral, como si aquél fuera un freno o un obstáculo para lograr éste. Por el contrario, sólo dentro del cauce jurídico del derecho puede darse una verdadera acción pastoral. Lo contrario, sería volver a la pretensión de las sectas puramente espirituales, que terminan fácilmente, según la experiencia histórica, en anarquía y en escisión del cuerpo eclesial.

Un ejemplo patente en el que el derecho canónico muestra una técnica superior, una fidelidad a los principios naturales de la institución y una defensa de justicia en la relaciones intrapersonales, es la legislación sobre el matrimonio. La legislación matrimonial del derecho canónico no es una serie de normas que en su parte medular sea de aplicación solamente a los miembros de la Iglesia, independiente de confesiones religiosas o sistemas de moralidad. En este sentido, es necesario afirmar contra la costumbre muy extendida de pensar que existen varios tipos de matrimonios. Matrimonio sólo hay uno, que es el que está inscrito en la misma naturaleza del hombre y de la mujer, con fines y propiedades claramente establecidas y que no pueden modificarse por voluntad de los contrayentes ni del legislador. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica y guardando todos los espacios propios de una analogía, pensar en distintos tipos de matrimonios sería como pensar en distintos tipos de compraventas en las que se habrían suprimido algunos de sus elementos esenciales, sin que se quiera abandonar el término de compraventa para determinar dichas figuras. No puede haber compraventas con precio y otras sin él; unas con cosa vendida y otras sin ella; otras con comprador y otras si él. En forma análoga han tratado algunas legislaciones estatales a la institución matrimonial natural, y han dado carácter de matrimonio a las uniones meramente sexuales que no tienen como fin la procreación, ni la perpetuidad de la unión ni el bien de los cónyuges.

El llamar “matrimonio” a uniones de personas del mismo sexo es una muestra de cómo el derecho puede desvirtuarse en su función de justicia para ser instrumento de falsas libertades.

En esta materia, el derecho estatal en la mayoría de los países ha demostrado la fragilidad de las tesis de las doctrinas positivistas del derecho, pues no hay nación en la cual no se haya introducido el divorcio como disolución del vínculo conyugal. Las exageraciones a las que se ha llegado en algunas legislaciones, permitiendo dar nombre de matrimonio a uniones de personas del mismo sexo, es una muestra de cómo el derecho positivo puede desvirtuarse.

El canonista es un jurista que ama el derecho y la ciencia jurídica, y ante estas circunstancias no tiene más que lamentarse de la situación en la que ha quedado el matrimonio y la familia en muchas legislaciones civiles. El divorcio ha matado por completo toda ciencia jurídica en el derecho estatal. Nadie se interesa por estudiar a profundidad el matrimonio en la legislación civil: en los tribunales no se tramitan causas de posible validez o invalidez del matrimonio, pues ante cualquier problema conyugal, la misma legislación civil, con las facilidades que otorga, parece indicar la puerta falsa del divorcio. El matrimonio en el Código Civil ha dejado de ser una institución objeto de interés y de estudio por parte de los juristas.

No es materia del presente trabajo mostrar la injusticia de esas legislaciones, sino anotar la incidencia de las mismas sobre la ciencia del derecho.

Por último, la misión del canonista en la Iglesia, y en la sociedad en general, tiene como cometido aportar a la vida de la primera su visión de jurista, o sea, la perspectiva de contemplar la realidad desde el punto de vista de la ordenación justa de la vida eclesial, lo cual supone una interpretación previa del texto legal y a su vez presupone no sólo un conocimiento a fondo de la ley positiva sino de sus fuentes y motivaciones. Por lo que en la Iglesia es indispensable la existencia de verdaderos juristas, que no sólo conozcan el texto legal sino que cultiven con profundidad la ciencia del derecho en todos sus aspectos. Si la Iglesia puede existir sin derecho, la función del canonista, es una función indispensable para la vida sana de la sociedad eclesial.

LA PRESENCIA DE LA SANTA SEDE EN LOS ESTADOS Y ORGANISMOS INTERNACIONALES. ACUERDOS, RELACIONES DIPLOMÁTICAS

Vicente PRIETO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La subjetividad jurídica internacional de la Santa Sede*. III. *Los concordatos*. IV. *Presencia de la Santa Sede en organismos y convenciones internacionales*. V. *El Estado de la Ciudad del Vaticano*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho bien conocido de la presencia y actividad de la Santa Sede en la moderna sociedad internacional. Se manifiesta principalmente en las relaciones diplomáticas con los Estados, en la suscripción de acuerdos o convenios de diverso tipo, y en la presencia continua y activa en las organizaciones internacionales, de modo particular en la más importante de todas, las Naciones Unidas.

Como descripción concreta de esta realidad resultan ilustrativos los datos ofrecidos por la más reciente edición del *Anuario Pontificio*, correspondiente al 2013.¹ Cabe señalar que la Santa Sede mantiene relaciones diplomáticas con 180 Estados² y un representante con categoría de Nuncio Apostólico ante la Unión Europea;³ sus representantes (delegados u observadores per-

* Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia.

¹ *Anuario Pontificio per l'anno 2013*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2013.

² *Ibidem*, pp. 1303-1328.

³ *Ibidem*, p. 1328.

manentes) desarrollan su labor ante numerosas organizaciones internacionales gubernamentales⁴ y no gubernamentales.⁵

Están en vigor actualmente, además, alrededor de 160 acuerdos bilaterales de diverso tipo y denominación (concordatos, acuerdos, convenciones, protocolos, *Modus vivendi*, canjes de notas), entre la Santa Sede y alrededor de cincuenta Estados de todas las áreas geográficas y culturales.⁶

⁴ Naciones Unidas (Nueva York), Oficina de las Naciones Unidas e Instituciones Especializadas (Ginebra), Oficina de las Naciones Unidas e Instituciones especializadas (Viena), Agencia Internacional de la Energía Atómica (AIEA), Organismos de Naciones Unidas para el Ambiente y los Asentamientos Humanos (UNEP, UN-Habitat), Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización Mundial del Comercio (OMC), Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPCW), Organización Mundial del Turismo (OMT), Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Organización de los Estados Americanos (OEA), Organización de la Liga de los Estados Árabes, Unión Africana, Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), Comité Internacional de Medicina Militar, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) (*ibidem*, pp. 1329-1332).

⁵ Comité Internacional de Ciencias Históricas, Comité Internacional de Historia del Arte, Comité Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas, Comité Internacional para la Neutralidad de la Medicina, Consejo Internacional de Monumentos, Alianza Internacional del Turismo, Asociación Mundial de Juristas. El Estado de la Ciudad del Vaticano es miembro, por su parte, de la Unión Astronómica Internacional, del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, del Comité Técnico Internacional para la prevención y extinción del fuego, de la Asociación Médica Mundial, del Consejo Internacional de Archivos y de la Interpol (*ibidem*, p. 1333).

⁶ Sin la intención de hacer una enumeración exhaustiva, nos remitimos como fuente a las recopilaciones de los concordatos de Martín de Agar, J. T., *Raccolta di Concordati (1950-1999)*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2000; *I Concordati dal 2000 al 2009*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2000. En los últimos años destacan los concordatos, acuerdos o convenciones con Israel (1993 y 1997), Francia (1999, 2001, 2005, 2008), Organización para la Liberación de Palestina (2000), Portugal (2004), Filipinas (2007), Brasil y Andorra (2008), Montenegro (2011).

En América Latina existen acuerdos con Argentina (1957, 1966, 1992), Bolivia (1986), Brasil (2008), Colombia (1973), Ecuador (1937, 1978, 1982), El Salvador (1968), Haití (1966, 1984), Panamá (2005), Paraguay (1960, 2002), Perú (1980), República Dominicana (1954, 1958, 1990) y Venezuela (1964, 1994).

Además de los países con tradición concordataria consolidada (España —1976, 1979—, Italia —1984—, Alemania —Concordato de 1933 y acuerdos con los distintos *länder*—, Austria —1976, 1995, 2009—, Portugal —2004—), en Europa deben recordarse los acuerdos suscritos con los Estados que antes de 1989 se encontraban bajo la directa influencia y control de la Unión Soviética: Hungría (1990), Polonia (1993), Estonia (1999), Lituania, Letonia y Eslovaquia (2000). En relación con la antigua Yugoslavia, están en vigor los acuerdos con

Los datos anteriores demuestran, sin necesidad de mayores comentarios, el amplio uso por parte de la Santa Sede de los instrumentos y mecanismos del derecho internacional, que no hubiera sido posible sin el reconocimiento por parte de los demás miembros de la comunidad internacional (tanto los Estados singulares como sus organizaciones), de que la Santa Sede es sujeto capaz de ejercitar derechos y asumir obligaciones en el ámbito del derecho internacional.

Con todo, no deja de llamar la atención el hecho de que la Iglesia católica, a través de su órgano supremo de gobierno (la Santa Sede), sea la única confesión religiosa que desarrolla importantes aspectos de sus relaciones “externas” en el ámbito de un ordenamiento que, en principio, parecería destinado a regular las relaciones entre Estados (o entre organizaciones de Estados) en materias que resultan, también en principio, ajenas a las finalidades propias de una entidad religiosa.

En las páginas que siguen se abordará en primer lugar, la cuestión de la subjetividad internacional de la Santa Sede, con los antecedentes y consecuencias de este hecho en el derecho internacional. De modo más detenido se examinarán dos de los ámbitos en los que la actividad de la Santa Sede ha sido más relevante: la suscripción de Concordatos (Acuerdos, Pactos, Convenios) con los Estados, y su presencia en organizaciones internacionales. Finalmente, se tratará sobre la situación jurídica de una realidad que a menudo se confunde, incluso en el modo habitual de hablar, con la Santa Sede: el Estado de la Ciudad del Vaticano.⁷

Croacia (1996) y Bosnia (2006). De la misma área geográfica es el Acuerdo con Albania —país de mayoría musulmana— de 2002.

Aunque la mayoría de los acuerdos, convenciones o concordatos han sido suscritos con países europeos y latinoamericanos, no faltan países de tradición islámica (Marruecos —1984—, Túnez —1964—, Kazajstán —1998—) y del África subsahariana (Gabón —1997—, Costa de Marfil —1989, 1992—, Camerún —1989, 1995—, Mozambique —2012—). Existe también un acuerdo con una organización internacional (la Organización de la Unidad Africana), suscrito en 2000. Para una descripción del panorama concordatario durante los pontificados de Pablo VI, Juan Pablo II y Benedicto XVI, véase Ferrer Ortiz, J., “Acuerdos con la Santa Sede y Estado laico: el caso español”, *Iglesia católica y relaciones internacionales. Actas del III Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Almería, 7-9 de noviembre de 2007*, Comares, Granada, 2008, pp. 314 y 315. En relación con los concordatos latinoamericanos, véase el volumen de Navarro Floria, J. G. (coord.), *Acuerdos y concordatos entre la Santa Sede y los países americanos*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2011.

⁷ Un excelente resumen de las distintas cuestiones se encuentra en el reciente estudio de Bonet Navarro, J., “Presencia y actuación de la Iglesia católica en la sociedad internacional”, en Martínez-Torrón, J. et al. (coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls*, Madrid, Iustel, 2013, vol. I, pp. 101-127.

II. LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA SANTA SEDE

1. *Antecedentes. Iglesia católica y derecho internacional*

Se suele señalar como punto de referencia del nacimiento del moderno derecho internacional la Paz de Westfalia, en 1648, que dio fin a la Guerra de los 30 Años entre Estados católicos y protestantes. Los principios consagrados en Westfalia determinaron la evolución posterior de la moderna sociedad internacional y de su derecho.

Del concepto medieval de Cristiandad (la *respublica sub Deo*, el ordenamiento general de la comunidad cristiana) se pasa a la comunidad de Estados soberanos e independientes, entendida como una sociedad entre soberanos *superiorem non recognoscentes*. Por tanto, se rechaza el reconocimiento de cualquier autoridad política o religiosa superior y se hace valer la propia soberanía como atributo originario, en modo alguno derivado de concesiones o delegaciones por parte de otra autoridad.⁸ Como consecuencia, el derecho internacional nace principalmente como derecho de “coexistencia”, de coordinación, entre las diversas soberanías de los Estados europeos de la época.⁹

Con todo, en el “nuevo orden” el papa conservaba su calidad de soberano de un Estado (el Pontificado). Esta realidad permitía una situación de “paridad”, desde el punto de vista político, con los demás soberanos. De este modo, paradójicamente fueron éstos los siglos en los que se afirmó definitivamente la personalidad internacional de la Santa Sede, a pesar del debilitamiento de su posición política internacional causado por las corrientes de pensamiento hostiles al Papado.¹⁰

Actualmente se puede afirmar que superados los periodos de incertidumbre y dudas, derivados de las circunstancias descritas, es un dato de hecho la adaptación de la Iglesia católica, y en particular de la Santa Sede, a las normas del ordenamiento internacional en diversos aspectos de sus relaciones externas.

⁸ A la pluralidad de Estados soberanos e independientes se añade la diversidad religiosa, consecuencia de la reforma protestante.

⁹ Cfr. Paniagua Redondo, R., “Aproximación conceptual al derecho internacional público”, *Anuario de Derecho Internacional*, 1998, vol. XIV, pp. 349-355; Prieto, V., *Relaciones Iglesia-Estado. La perspectiva del derecho canónico*, Salamanca, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2005, pp. 121 y 122.

¹⁰ Cfr. Barberini, G., *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 9 y 10; Ferlito, S., *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 161; Paniagua Redondo, R., *op. cit.*, p. 349; Arangio-Ruiz, G., “Stati e altri enti (Soggettività internazionale)”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1982, vol. XVIII, p. 156.

A esta realidad ha contribuido, en no poca medida, la misma evolución del derecho internacional. Es bien sabido que éste —en la realidad contemporánea—, no tiene como finalidad exclusiva regular la “coexistencia” entre entes independientes y soberanos. Mayor importancia ha adquirido su papel en asegurar la “cooperación” entre los miembros de la comunidad internacional. Tanto la multiplicación sin precedentes de tratados internacionales como la formación de una amplia red de organizaciones cuyos fines abarcan cada día un mayor número de materias, reflejan esta idea de cooperación. En este contexto se facilita y favorece la actividad internacional de la Santa Sede.¹¹

Otros motivos que explican el uso por parte de la Santa Sede de las normas y mecanismos del derecho internacional derivan de la naturaleza del mismo, nacido para regular las relaciones entre entes soberanos e independientes. En este contexto, la Iglesia encuentra instrumentos útiles y acordes con su propia naturaleza.

En efecto, la Iglesia ha reivindicado siempre la libertad para desarrollar su misión religiosa, sin reconocer nunca sumisión alguna a una autoridad superior. Asimismo, posee un ordenamiento jurídico autónomo (el derecho canónico), y una organización unitaria y universal, en cuyo vértice se encuentra el romano pontífice (la Sede Apostólica), que representa a la Iglesia en su conjunto y en cada país. Por último, la Santa Sede desde la antigüedad ha gozado casi siempre de independencia y soberanía política, también territorial, aunque hoy en día tenga un carácter reducido (el Estado de la Ciudad del Vaticano).

Todo lo anterior explica que, desde el momento en el que comienzan a consolidarse las relaciones entre los Estados modernos, la Santa Sede haya estado presente como sujeto independiente no solamente como soberana de un territorio sino sobre todo, como representante del interés religioso de los católicos esparcidos en los diversos Estados, y como sostenedora de principios de convivencia de reconocido valor moral, con plena personalidad internacional y con los derechos que ésta lleva consigo, entre los que destacan, como se verá más adelante, el *ius legationis* y el *ius contrahendi*.¹²

Por otra parte, como subraya Dalla Torre, el cumplimiento de la misión de la Iglesia comporta, por su propia naturaleza, que la Iglesia y su pastor supremo puedan gozar en el devenir de la historia, de todos los instrumentos jurídicos aptos para ejercer las funciones derivadas de la propia misión.

¹¹ Ferlito, S., *op. cit.*, pp. 184 y 185. En la misma línea, Paniagua se refiere al derecho internacional contemporáneo como el sistema normativo de las relaciones de *coexistencia y cooperación* entre los miembros de la sociedad internacional (Paniagua Redondo, R., *op. cit.*, p. 373).

¹² *Cf.* Martín de Agar, J. T., *Raccolta di...*, *cit.*, pp. 9 y 10.

Uno de esos instrumentos en la forma actual de organización de la sociedad humana, es el ordenamiento internacional.¹³

El Código de Derecho Canónico refleja esta realidad. Así, por ejemplo, se lee en el canon 3 que “los cánones del Código no abrogan ni derogan los convenios de la Santa Sede con las naciones o con otras sociedades políticas, por tanto, estos convenios siguen en vigor como hasta ahora, sin que obsten en nada las prescripciones contrarias de este Código”, y en el canon 362 se afirma que el derecho activo de legación del romano pontífice se desarrolla “observando las normas del Derecho internacional”.¹⁴

2. *Los sujetos de derecho internacional*

En el derecho se entiende comúnmente por *subjetividad jurídica* a la posesión por parte de un ente, de una cualidad jurídica abstracta (llamada también “personalidad”, “capacidad jurídica”) que lo hace idóneo para ser titular de derechos, deberes y otras situaciones jurídicas concretas en el ámbito de un ordenamiento.¹⁵

¹³ Cfr. Dalla Torre, G., *La città sul monte (contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica)*, Roma, AVE, 1996, p. 206.

¹⁴ En sentido semejante, el canon 365 indica que los legados pontificios cumplen su función “según las normas de derecho internacional”. Por su parte, la Const. Apost. *Pastor Bonus* (28 de junio de 1988), establece en su artículo 45 que la “función propia de la segunda sección [de la Secretaría de Estado] de relaciones con los Estados, es atender los asuntos que se han de tratar con los gobiernos”. En el artículo 46 se concretan sus funciones: “a ella le compete: 1. Favorecer las relaciones, sobre todo diplomáticas, con los Estados y con las otras sociedades de derecho público, y tratar los asuntos comunes en orden a promover el bien de la Iglesia y de la sociedad civil mediante los concordatos y otras convenciones semejantes, si es el caso, teniendo en cuenta el parecer de las asambleas episcopales interesadas; 2. Representar a la Santa Sede en los organismos internacionales y en congresos sobre cuestiones de índole pública, consultando a los dicasterios competentes de la Curia Romana; 3. Tratar, en el ámbito específico de sus actividades, lo referente a los Representantes Pontificios”. Finalmente, el artículo 47 dispone: “1. En circunstancias especiales, por mandato del Sumo Pontífice, esta sección, consultando con los dicasterios competentes de la Curia Romana, lleva a cabo lo referente a la provisión de las Iglesias particulares, así como a la constitución y cambio de ellas y de sus asambleas. 2. En los demás casos, especialmente donde está vigente un régimen concordatario, le corresponde resolver los asuntos que se deben tratar con gobiernos civiles, quedando firme lo prescrito en el art. 78”. Este último artículo establece que “siempre que haya que tratar con los Gobiernos lo referente a la constitución o cambio de Iglesias particulares y de sus asambleas, o bien a su provisión, no procederá sino consultando a la sección de la Secretaría de Estado para las relaciones con los Estados”.

¹⁵ Cfr. Arangio-Ruiz, G., “Stati e altri enti...”, *cit.*, pp. 135 y 136. Más recientemente, del mismo autor, “On the Nature of the International Personality of the Holy See”, *Révue Belge de Droit International*, 1996, vol. 2, pp. 355-369, disponible en: <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201996/RBDI%2019962/Etudes/RBDI%201996.2%20-%20pp.%20354%20%20C3%A0%20369%20-%20Gaetano%20Arangio-Ruiz.pdf> (4 de octubre de 2013).

La definición anterior es válida, en principio, en cualquier sistema jurídico. Sin embargo, las características propias del derecho internacional, y en particular el hecho de que su objeto es regular las relaciones entre entes independientes —es decir, no sujetos a una autoridad superior—, hacen que con frecuencia aparezca una visión propia y típica de los fenómenos jurídicos, y de la subjetividad.

Por tanto, sería un error aplicar a la subjetividad jurídica internacional los criterios propios del derecho constitucional, o en general del derecho interno de los Estados, puesto que en el ordenamiento internacional no existe una autoridad pública que “reconozca” o “conceda” personalidad a un ente, con el cumplimiento previo de determinados requisitos fijados por la ley. En cambio, lo que cuenta en derecho internacional es la realidad “de hecho” (es decir, *hechos* que demuestran la propia autonomía, independencia y capacidad de relación con otros sujetos del ordenamiento),¹⁶ así como el reconocimiento por parte de otros sujetos de éste.

En resumen los sujetos de derecho internacional aparecen como “unidades de hecho jurídicamente simples”, fruto de la causalidad histórico-social, y se presentan ante este derecho tal y como son de hecho. Es decir, como entes reales, preexistentes al mismo ordenamiento, constituyendo un dato que éste no contribuye a determinar.¹⁷ De este modo, más que partir de la formulación de principios más o menos abstractos para analizar después los hechos a la luz de estos principios, se parte de la praxis para llegar a la formulación de principios.¹⁸

En la determinación de la subjetividad internacional suelen considerarse dos factores. Por un lado, la autoconciencia del ente como soberano y el deseo de ser reconocido como tal por la comunidad internacional, por otro, la existencia de “pruebas” de la mencionada soberanía.

Más concretamente, los elementos que contribuyen a descubrir la existencia de un sujeto internacional derivan del ente en sí mismo (soberanía, autonomía, poder de autoorganización) y de la capacidad de llevar a cabo actos jurídicos internacionalmente relevantes frente a otros sujetos análogos

¹⁶ Meijknecht los denomina “Elements of Factual Existence”. Entre ellos menciona la capacidad de celebrar tratados, de presentar reclamos ante otros sujetos, de asumir las consecuencias de las violaciones del derecho internacional, actividad diplomática activa y pasiva, etcétera (Meijknecht, A., *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2001, pp. 35-44).

¹⁷ Ferlito, S., *op. cit.*, pp. 57 y 58.

¹⁸ Buonomo, V., “Considerazioni sul rapporto Santa Sede-Comunità Internazionale alla luce del diritto e della prassi internazionale”, *Ius Ecclesiae*, vol. 8, 1996, p. 5; “Convenios internacionales (adhesión de la Santa Sede a)”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. II, p. 722.

(relaciones diplomáticas, tratados con los derechos y deberes consiguientes, funciones de mediación y arbitraje, ser miembro de organizaciones internacionales, capacidad de ser destinatario de las normas del ordenamiento internacional).¹⁹

Dado que en la comunidad internacional el “tipo” de ente independiente y soberano es el Estado, se afirma que es precisamente éste el sujeto por excelencia del derecho internacional. Sin embargo, con el nacimiento de los organismos y servicios internacionales, especialmente en los años siguientes a la Primera Guerra Mundial, el concepto de soberanía entendido como prerrogativa del Estado y base de la subjetividad internacional fue sometido a revisión. Se llegó a la conclusión de que la noción de soberanía no está necesariamente unida a la existencia de un territorio, puesto que éste es simplemente un criterio de determinación de la competencia, pero no el único.²⁰

Es, pues, pacíficamente reconocida la existencia de sujetos diversos de los Estados del derecho internacional, entre los que se encuentran en primer lugar el conjunto de estructuras institucionales que usualmente se llaman “organizaciones internacionales”. Así, los insurgentes, gobiernos en el exilio, movimientos de liberación nacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja, son otros ejemplos de entes estudiados por la doctrina como posibles sujetos de derecho internacional, distintos del Estado.²¹

3. *La Santa Sede, sujeto de derecho internacional*

En una primera aproximación al tema deben distinguirse tres realidades diversas, aunque conectadas entre sí: *a)* la Iglesia católica, entendida como comunidad internacional de creyentes, dotada de un ordenamiento jurídico independiente y soberano (el derecho canónico); *b)* el Estado de la

¹⁹ Buonomo, V., “Considerazioni sul rapporto...”, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

²⁰ *Cfr.* Bonet Navarro, J., *op. cit.*, pp. 104 y 105. La crisis de la visión “estatalista” del derecho internacional, desde el punto de vista de los derechos de la persona, ha sido estudiada recientemente por Domingo, R., “La crisis del derecho internacional”, en Blanco, M. *et al.* (coords.), *Ius et Iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada, Comares, 2010, pp. 370 y 371.

²¹ *Cfr.* Bettetini, A., “Sul titolo giuridico di partecipazione della Santa Sede alle organizzazioni e alle conferenze internazionali”, *Il Diritto Ecclesiastico*, vols. 3-4, 1996, p. 722 y ss. Recientemente, en el mismo sentido, afirma López-Jacoiste, J., que “en la actualidad, la acción internacional ejercida por ciertas entidades que no son Estados es reconocida por la comunidad internacional que se caracteriza por la pluralidad y heterogeneidad de sus sujetos”. López-Jacoiste Díaz, E., “La Santa Sede: sujeto activo del orden internacional”, en Blanco, M. *et al.* (coords.), *Ius et Iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada, Comares, 2010, p. 597.

Ciudad del Vaticano, en adelante ECV, realidad territorial nacida en 1929 como consecuencia de los Pactos Lateranenses entre Italia y la Santa Sede, y c) la Santa Sede, entendida como el órgano de gobierno tanto de la Iglesia católica como del ECV.

La capacidad jurídica y de obrar (es decir, de llevar a cabo actos internacionalmente relevantes) ha sido siempre reconocida a la Santa Sede, nunca a la Iglesia. Con otras palabras, quien ha estado “presente” en el contexto del ordenamiento internacional ha sido siempre la Santa Sede, nunca la Iglesia católica como comunidad de creyentes.²² Quien actúa a nivel internacional bajo el nombre de Santa Sede es el romano pontífice.²³

En relación con el ECV, la personalidad internacional de la Santa Sede es un hecho independiente del ejercicio de la soberanía territorial, tanto sobre los Estados Pontificios hasta 1870, como actualmente sobre el ECV. La mejor prueba se encuentra en lo ocurrido durante casi sesenta años (1870-1929), periodo en el que no existían ya los Estados Pontificios y no había nacido todavía el Estado Vaticano.²⁴

Durante ese periodo, la Santa Sede ejerció todos los derechos y deberes propios de un sujeto de derecho internacional, y en particular el *ius legationis*, activo y pasivo; el *ius tractandi*, a través de la firma de diversos acuerdos o concordatos,²⁵ y la actividad de mediación y arbitraje.²⁶ Por último, los

²² Cf. Buonomo, V., “Considerazioni sul rapporto...”, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

²³ Se afirma en el canon 361 del Código de Derecho Canónico que “bajo el nombre de Sede Apostólica o Santa Sede se comprende no sólo al Romano Pontífice, sino también, a no ser que por su misma naturaleza o por el contexto conste otra cosa, la Secretaría de Estado, el Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia, y otras Instituciones de la Curia Romana”. De acuerdo con esta norma es habitual la distinción entre un sentido “estricto” del concepto Santa Sede (el oficio del Romano Pontífice) y un sentido “amplio” (los organismos de la Curia Romana).

²⁴ Véase Arangio-Ruiz, G., “Stati e altri enti...”, *op. cit.*, pp. 156 y 157. Como recuerda Buonomo, otras situaciones análogas de “interrupción” en el ejercicio de la soberanía territorial de la Santa Sede se dieron entre 1798 y 1801 con la experiencia de la República Romana, y entre 1809 y 1814 con la ocupación napoleónica de los Estados Pontificios (Buonomo, V., “Considerazioni sul rapporto...”, *op. cit.*, p. 14).

²⁵ Por ejemplo, en orden cronológico, los acuerdos con Rusia (1882); el Concordato con Guatemala (1884); las Convenciones con Suiza relativas al Cantón Ticino (1884-1888) y a la diócesis de Basilea (1884); el Concordato con Portugal sobre el Patronato de las Indias Orientales (1886); concordatos con Montenegro (1886) y Colombia (1887); acuerdos con la Gran Bretaña acerca de la Isla de Malta (1890); Concordato con Ecuador (1890); Convención con España (1904); concordatos con Serbia (1914), Letonia (1922), Baviera (1924), Polonia (1925), Rumania (1927), Lituania (1927); *Modus vivendi* con Checoslovaquia (1927); convenciones con Portugal para las Indias Orientales y con Colombia sobre las misiones (1928). Véase Buonomo, V., “Considerazioni sul rapporto...”, *op. cit.*, p. 14.

²⁶ De acuerdo con los datos recogidos y clasificados por Buonomo, se dieron *buenos oficios* en la controversia entre Gran Bretaña y Portugal acerca de las fronteras del Congo (1890);

mismos Pactos Lateranenses fueron firmados no por el Estado Vaticano (que aún no existía) sino por la Santa Sede, reconocida por Italia como interlocutor válido en el ámbito de las relaciones internacionales.

Actualmente, la actividad internacional de la Santa Sede, reconocida por la praxis internacional, se manifiesta a través de los siguientes aspectos:

- a) Ejercicio del *ius contrahendi*, a través de la suscripción de los *tratados* llamados concordatos, acuerdos, convenciones, etcétera, los cuales han sido admitidos universalmente en la praxis internacional como verdaderos pactos de derecho internacional.
- b) Participación en acuerdos, instituciones internacionales y convenciones multilaterales;²⁷ actividad en organizaciones internacionales.
- c) La Santa Sede pertenece al sistema de las Naciones Unidas, con la posibilidad de participar con pleno derecho en las conferencias intergubernamentales convocadas por las organizaciones del sistema.
- d) Desde el punto de vista de las *costumbres* internacionales, la Santa Sede se considera y es considerada como destinataria de las normas consuetudinarias propias de las relaciones entre sujetos de derecho internacional (en materia de suscripción de tratados, legaciones diplomáticas, etcétera).
- e) Derecho de legación activo y pasivo, universalmente reconocido.
- f) Mediación y arbitraje.

En síntesis, la Santa Sede goza de subjetividad internacional porque constituye un centro de poder independiente que realiza actos jurídicamente propios. Ejercita por tanto una soberanía externa, que es a su vez reflejo de

en el llamado al emperador de Etiopía Menelik a favor de los prisioneros italianos de guerra (1896); para prevenir el conflicto entre Estados Unidos y España sobre Cuba (1898). *Mediación* para prevenir la guerra entre Francia y Prusia (1870); a pedido de Gran Bretaña y Venezuela para definir las fronteras de Guayana (1894). *Arbitraje* en la controversia sobre las Islas Carolinas entre Alemania y España (1885); en la delimitación de fronteras entre Ecuador y Perú (1893), Haití y República Dominicana (1895), Argentina y Chile (1900-1903), Ecuador y Colombia (1906); en la controversia sobre la posesión de minas de oro entre Brasil y Bolivia (1909), Brasil y Perú (1910); ofrecimiento de arbitraje a Argentina, Chile y Brasil (1914). En 1905 se firmó el tratado entre Colombia y Perú, en el que las partes decidieron someter al arbitraje de la Santa Sede todas las controversias futuras, con excepción de las relativas al honor y a la independencia nacionales que no requirieran solución inmediata (*idem*). De estos datos se desprende además con suficiente claridad que en los años que nos ocupan la capacidad de mediación y arbitraje de la Santa Sede era reconocida por Estados no católicos.

²⁷ En particular se debe recordar la intervención activa de la Santa Sede en el proceso de codificación del derecho internacional, a través de su participación en las distintas convenciones convocadas con este objetivo por las Naciones Unidas.

la que posee dentro de la Iglesia. Esta soberanía se manifiesta a través de su *unidad organizativa*, fuente de la capacidad de ser sujeto de normas y relaciones internacionales, y a través de su *independencia*, entendida como ausencia de sujeción a otros poderes.²⁸

Solamente a la Santa Sede le son reconocidos, en cuanto a un ente soberano, los derechos propios de la subjetividad, con un doble título: órgano central de gobierno de la Iglesia católica y del ECV. Sin embargo, históricamente el reconocimiento de la subjetividad internacional no se ha apoyado esencialmente sobre estos elementos personales o territoriales, sino sobre el hecho de la *autoridad moral*, reconocida también por Estados no católicos.²⁹

Los motivos por los que el reconocimiento de la Santa Sede como sujeto de derecho internacional no se extienden a otras confesiones religiosas son en primer lugar de tipo histórico. En efecto, los miembros originarios de la moderna sociedad internacional fueron los Estados cristianos europeos y la Santa Sede. Desde el comienzo, por tanto, la Santa Sede intervino en las relaciones entre “potencias”, al mismo nivel de las demás y siendo reconocida como tal. Como ha escrito Maresca, la Santa Sede ha sido de hecho el más antiguo sujeto de derecho diplomático, que ya existía con plena titularidad y ejercicio de todas las capacidades jurídico-diplomáticas, cuando los Estados más potentes, que hoy ocupan y dominan la escena política no se habían asomado todavía a la historia.³⁰

Otras razones derivan de la posición singular de la Iglesia frente a otras confesiones. No es sólo una comunidad de creyentes; posee, al mismo tiempo, una organización jerárquica y centralizada; un ordenamiento jurídico autónomo y claramente determinado; organismos de gobierno con competencias específicas y capacidad imperativa a nivel universal, etcétera.

Las demás confesiones no están organizadas con instrumentos internos y externos que correspondan a una organización jurídica independiente, es decir, de soberanía, poderes públicos, representación diplomática, etcétera. La Santa Sede, en cambio, posee todas estas características. El resultado

²⁸ Cfr. Vega Gutiérrez, A. M., “El «status» jurídico de la Santa Sede en la ONU”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1998, vol. XIV, p. 386; Arangio-Ruiz, G., “Note sulla personalità internazionale della Santa Sede”, en Barberini, G. (ed.), *La politica internazionale della Santa Sede 1965-1990*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 27-29; López-Jacoiste Díaz, E., “Personalidad internacional de la Santa Sede”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. VI, pp. 194-198.

²⁹ Cfr. Barberini, G., “La presenza della Santa Sede nella politica internazionale”, en Barberini, G. (ed.), *La politica internazionale della Santa Sede 1965-1990*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 9-14.

³⁰ Maresca, A., *Teoria e tecnica del diritto diplomatico: introduzione alla diplomazia*, Milán, Giuffrè, 1986, p. 128.

es una posición internacional específica, no como consecuencia de ser una confesión religiosa sino como resultado de su peculiar organización y presencia en la vida de la comunidad internacional.³¹

Todo lo anterior lleva a concluir que la Iglesia se encuentra en una posición *análoga* a la de los Estados, que permite el tipo de relación jurídica que es propio del derecho internacional.³²

III. LOS CONCORDATOS

Se designa con el nombre de “concordato” a la convención bilateral estipulada entre la Santa Sede y un Estado, con el fin de regular materias de interés común. En virtud del concordato, las partes contratantes, haciendo concesiones recíprocas, se obligan a asumir determinadas actitudes y comportamientos, y a emanar normas para la disciplina jurídica de la porción de la Iglesia católica que vive y obra en el marco del ordenamiento del Estado contratante.³³

En cuanto a la terminología, se da generalmente el nombre de “concordato” al pacto general y solemne en el que se tratan de modo global las

³¹ Ciprotti puso de relieve hace años que fuera de la Iglesia católica no existe ninguna confesión religiosa que presente la doble característica de poseer una organización jerárquica no limitada al territorio de un único Estado y, en segundo lugar, que afirme su independencia de los diversos Estados. Por estos motivos el problema de la personalidad y el reconocimiento internacionales de la soberanía no se ha planteado a ninguna otra confesión religiosa, incluso en los tiempos más recientes (Ciprotti, P., “Funzione, figura e valore della Santa Sede”, *Concilium*, 1970, vol. 8, pp. 79-90).

³² Cfr. Bonet Navarro, J., *op. cit.*, pp. 102-107. El autor concluye que la discusión doctrinal sobre la personalidad internacional de la Santa Sede, salvo algunas excepciones, se encuentra superada (p. 102). En el mismo sentido, Arangio-Ruiz, G.: “nobody nowadays doubts that the Roman Church is endowed with an international legal personality” (Arangio-Ruiz, G., “On the Nature...”, *cit.*, p. 1). Véase Meijknecht, A., *op. cit.*, p. 33; Bathon, M., “The Atypical International Status of the Holy See”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2001, vol. 5, disponible en: http://bahai-library.com/bathon_status_holy_see (fecha de consulta: 15 de octubre de 2013). Sobre la capacidad de celebrar tratados de la Santa Sede, en cuanto sujeto de derecho internacional, véase Maluwa, T., “The Treaty-Making Capacity of the Holy See in Theory and Practice: A Study of the Jus Tractatum of a Non-State Entity”, disponible en: http://reference.sabinet.co.za/webx/access/journal_archive/00104051/684.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2013). Más recientemente ha tratado del tema Portmann, R., *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 116-118.

³³ Cfr. D’Avack, P. A., *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, Milán, Giuffrè, 1978, vol. 2, p. 185. Una síntesis reciente y completa del tema en Martín de Agar, J. T., “Concordato”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. II, pp. 431-440; Calvo-Alvarez, J., “Desarrollo del derecho concordatario después del CIC de 1983”, *Ius Canonicum*, vol. 49, 2009, pp. 347-372.

cuestiones de mutuo interés. Otros acuerdos más limitados (sea en razón de la materia o del grado de solemnidad) reciben nombres diferentes como acuerdo, convención, *modus vivendi*, protocolo, canje de notas, etcétera.³⁴

Tanto el concordato propiamente dicho como los demás acuerdos poseen la característica jurídica común de constituir un pacto formal, establecido por vía diplomática y regulado por las normas internacionales propias de los tratados. Por este motivo, no obstante las diferencias que existen entre los diversos tipos de acuerdo, bajo el término genérico de concordato se pueden incluir todos (desde el punto de vista de los efectos jurídicos se trata de cuyos términos son sinónimos).³⁵

1. *Apuntes históricos*

Se estima comúnmente que el primer concordato fue el llamado *Concordato de Worms* (1122), entre el papa Calixto II y el emperador Enrique V para resolver el problema de las investiduras.

En los siglos siguientes se pueden recordar otros pactos, como el firmado entre el papa Martín V y los Padres del Concilio de Constanza, por un lado, y España, Francia, Alemania e Inglaterra, por otro (1418); los *Concordatos de la Nación Germánica* estipulados en Frankfurt (1446) entre el papa Eugenio IV y los príncipes alemanes, y confirmados en Viena (1448) entre Nicolás V y el emperador Federico III; el *Concordato de Bolonia* (1516), entre el papa León X y el rey de Francia, Francisco I, con el objeto de regular el ámbito y los límites de los poderes episcopales y del rey de Francia en relación con la autoridad primacial de la Sede Apostólica.

Con la reforma protestante y las doctrinas regalistas (siglos XVII-XVIII) la motivación de los concordatos respondía a una doble preocupación de la Santa Sede: evitar los peligros de cisma en que podían caer las Iglesias nacionales, y defenderse de las intervenciones abusivas por parte del poder civil. Al mismo tiempo la Iglesia se vio obligada a conceder privilegios a los Estados, especialmente en lo relativo al nombramiento de obispos y a los beneficios eclesiásticos. Un ejemplo lo constituye el Concordato de 1753 con España, entre Benedicto XIV y el rey Fernando VI.

Posteriormente y hasta nuestros días se pueden distinguir las siguientes etapas principales: 1) los concordatos europeos y los de los países americanos que poco antes habían obtenido la independencia (siglo XIX); 2) los

³⁴ El canon 365, 1o. y 2o. del Código de Derecho Canónico distingue de hecho entre “concordatos y otras convenciones de este tipo”.

³⁵ Cfr. Martín de Agar, J. T., *Raccolta di...*, cit., p. 10.

concordatos celebrados como consecuencia de los acontecimientos y cambios producidos por la Primera Guerra Mundial, y 3) a partir de los años 50 del siglo pasado, los concordatos anteriores y posteriores al Concilio Vaticano II.

La Revolución francesa y las ideas liberales condicionaron los concordatos del siglo XIX. El primer concordato del siglo fue firmado entre Napoleón y el papa Pío VII (1801). De este modo, se evitó el peligro de cisma en Francia y fue restaurado el culto católico después de las persecuciones revolucionarias. No obstante, a la Iglesia se impusieron restricciones y controles especialmente rígidos. La situación se agravó con la interpretación unilateral del Concordato, contenida en los 77 artículos orgánicos promulgados por el mismo Napoleón.

Los concordatos se generalizaron como sistema normal de relación entre la Iglesia y los Estados católicos, y también con los no católicos, como los Países Bajos, Rusia, los Estados alemanes, los Cantones suizos, etcétera. Estos concordatos, en la mayoría de los casos, buscaron poner fin a las persecuciones contra la Iglesia y salvaguardar los derechos espirituales de los católicos, aún a costa de renunciar a privilegios e intereses temporales. Además del Concordato napoleónico, otros dos influyeron notablemente en los decenios sucesivos: los concordatos con España (1851) y Austria (1855).

En la segunda mitad del siglo XIX fueron firmados varios concordatos con países de América Latina: Guatemala (1852, 1884), Haití (1860), Honduras (1861), Nicaragua (1861), El Salvador (1862), Venezuela (1862), Ecuador (1862, 1890) y Colombia (1887).

La llamada “nueva era de los concordatos” hace referencia a los firmados después de la Primera Guerra Mundial. En el breve lapso de quince años fueron firmados diversos concordatos y acuerdos: Letonia (1922), Baviera (1924), Polonia (1925), Rumania (1926), Checoslovaquia (1927), Lituania (1927), Prusia (1929), Baden (1932), Alemania y Austria (1933), Yugoslavia (1935) y Ecuador (1937). Destacan los Pactos Lateranenses (1929), suscritos con Italia, que pusieron fin a la llamada *cuestión romana*.

En estos concordatos, llamados también “postbélicos”, se establecen garantías formales para los derechos y libertades de la Iglesia. Así, por ejemplo, el derecho al libre y público ejercicio del culto; la libertad en el ejercicio del poder espiritual y de la jurisdicción eclesiástica; el derecho de ejercer la función magisterial, también a través de la fundación de escuelas confesionales; libertad para constituir asociaciones con fines eclesiásticos y religiosos, y la libertad de comunicación entre la autoridad eclesiástica y los fieles.

En el lapso comprendido entre la Segunda Guerra Mundial y el Concilio Vaticano II (1939-1962) fueron firmados tres concordatos de particular relevancia con Portugal (1940), España (1953) y República Dominicana (1954).

Después del Concilio Vaticano II, hasta la década de los setenta, la Santa Sede suscribió numerosos concordatos y acuerdos: *a)* con *países de mayoría católica*: Venezuela (1964), Argentina (1966), Colombia (1973); *b)* con *países de tradición cristiana pero religiosamente pluralistas*: Austria (1964, 1968 y 1969), Baja Sajonia (1965), Baviera (1966, 1968 y 1974), Renania-Palatinado (1969), Saar (1966); *c)* con *países socialistas*, con el fin de garantizar a la Iglesia un mínimo de libertad y de independencia: Hungría (1964), Yugoslavia (1966), y *d)* con un *país de confesión islámica*: Túnez (1964).

La praxis de los últimos decenios demuestra que no ha disminuido la actividad concordataria. Más aún, ha aumentado notablemente en los años posteriores al Concilio confirmando, en la práctica, la vigencia de la institución concordataria y su compatibilidad con los principios conciliares.³⁶ Algunos de los acuerdos postconciliares contienen una regulación general, o por lo menos amplia, de los distintos asuntos (Argentina 1966, Colombia 1973, España 1976 y 1979, Perú 1980, Italia 1984, Marruecos 1984, Malta 1988 y 1991, San Marino 1992, Israel 1993, Polonia 1993, Croacia 1996, Portugal 2004, Brasil 2008). Sin embargo, la mayoría trata de cuestiones particulares de notable importancia como el nombramiento de obispos, la definición de los límites de las diócesis, asistencia espiritual a las fuerzas armadas, cuestiones económicas, etcétera.

2. Naturaleza jurídica

El concordato asume en la actualidad la forma de un tratado internacional y está sometido a las normas del derecho internacional en lo relativo a su celebración, efectos, interpretación y cesación.

Las características principales del concordato son las siguientes: *a)* en relación con los *sujetos* se suscribe al máximo nivel, es decir, entre la Santa Sede y las autoridades supremas del Estado; *b)* en cuanto a la *forma*, reviste aquella más o menos solemne de una convención diplomática o tratado internacional, y *c)* en cuanto al *contenido*, se regulan materias que de algún modo interesan a las partes contratantes.

Actualmente, la doctrina mayoritaria, en los ámbitos del derecho internacional y del derecho eclesiástico del Estado, sostiene que el concordato es un verdadero tratado internacional. Esta postura se confirma, ante todo, por la intención y la praxis de las partes, que desean someterse, explícita o implícitamente, a las normas del ordenamiento internacional.³⁷

³⁶ Cf. Const. Past. *Gaudium et Spes*, núm. 76.

³⁷ Prieto, V., *op. cit.*, pp. 169-173.

En el pasado, uno de los argumentos contra la realidad de tratado internacional del concordato se apoyaba en la consideración del carácter exclusivamente interestatal del derecho internacional. Esta concepción, como ya se ha visto, puede considerarse superada por el hecho de que el ordenamiento internacional admite sin dificultad diversos sujetos de los Estados. La reconocida subjetividad internacional de la Santa Sede es, por tanto, uno de los argumentos más sólidos a favor del concordato-tratado internacional. Además, los concordatos siguen en su forma de elaboración las normas del derecho internacional, con su típica secuencia de actos: negociación de plenipotenciarios, firma simultánea, ratificación, canje de instrumentos de ratificación. Todo ello de modo totalmente análogo a los procedimientos habituales en la conclusión de tratados internacionales.³⁸

No obstante lo anterior, es indudable que los concordatos presentan peculiaridades bien conocidas en comparación con los tratados que habitualmente se firman entre Estados. Las diferencias derivan, principalmente, de la naturaleza especial de uno de los sujetos, la Santa Sede, y por tanto de la heterogeneidad de las partes contratantes; de los destinatarios, puesto que las autoridades civil y eclesiástica tienen en común los mismos súbditos, dentro del mismo territorio; y del objeto, referido a materias religiosas o eclesiásticas. Estas características han llevado a una parte de la doctrina a hablar de los concordatos como tratados “sui generis”, o tratados “cuasi-internacionales”.³⁹

Sin embargo, el tratado internacional admite modalidades muy diversas.⁴⁰ En la actualidad no existe ninguna dificultad para que una organización supranacional, de base personal (no territorial), concluya verdaderos

³⁸ Catalano, G., *Problematica giuridica dei Concordati*, Milán, Giuffrè, 1963, p. 143.

³⁹ Catalano, G., “La natura giuridica dei concordati nella moderna dottrina”, *La istituzione concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho Canónico*, Salamanca, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto San Raimundo de Peñafort, 1971, pp. 31 y 32.

⁴⁰ Como ya afirmó Rousseau, C., en 1944, “la única definición técnica satisfactoria de tratado internacional es una definición de orden formal, elaborada en función del procedimiento utilizado para su formación. El tratado internacional, en sentido estricto, se define por su forma, no por su contenido” (Rousseau, C., *Principes généraux de droit international public*, París, 1944, p. 156). En el mismo sentido, Guggenheim: “el Derecho internacional admite que un tratado puede tener cualquier contenido...; cualquier materia puede ser su objeto” (Guggenheim, P., *Traité de droit international public*, Ginebra, Librairie de l’Université, Georg et Cie, 1953, p. 57). Igualmente de claro es Puente Egado: “el acuerdo internacional puede tener cualquier contenido; materia de tratado internacional son todas aquellas cuestiones, muy diversas según las circunstancias de tiempo y lugar, que sujetos de derecho internacional puedan hacer objeto de mutuo acuerdo” (Puente Egado, J., “Problemas técnicos del derecho concordatario desde el punto de vista del derecho internacional”, *Concordato y sociedad pluralista*, Salamanca, Sígueme, 1972, p. 73).

acuerdos —que deben definirse como internacionales— con Estados o grupos de Estados.⁴¹

La especificidad de las materias, objeto del concordato (materias “eclesiásticas”), es otro de los argumentos contra su calificación como tratado internacional. Al respecto, hace falta aclarar que materia “eclesiástica” no significa materia “espiritual”, en el sentido de materia que está por encima del mundo del derecho. La regulación del derecho de libertad religiosa, por ejemplo, forma parte del ordenamiento jurídico de todos los Estados modernos y de no pocas convenciones internacionales, y nadie duda que sea una materia (en su dimensión externa, social) dotada de juridicidad. Otro tanto se podría afirmar sobre la disciplina jurídica civil de los entes eclesiásticos, el servicio militar, o el matrimonio, para mencionar solamente algunas de las materias típicamente concordatarias. Todas ellas son materias externas y sociales que pueden ser objeto de regulación jurídica.⁴²

Para salir al paso de la crítica que afirma la presencia en los concordatos de un cierto “desequilibrio” a favor de la Iglesia (el sujeto que asume obligaciones sería principalmente el Estado), podría decirse que este hecho, presente también en acuerdos con otras confesiones religiosas, proviene de la circunstancia de que son las confesiones las que necesitan un estatuto civil, y no al revés: el Estado no pretende obtener una legitimidad jurídico-religiosa.⁴³

En síntesis se puede afirmar que en la actualidad para la mayoría de los autores, los concordatos son verdaderos tratados internacionales, o al menos equiparados a ellos en sus efectos jurídicos, aunque presentan aspectos y peculiaridades propios, lo que no es exclusivo del concordato, puesto que aparece en otras variantes o formas de tratado internacional. Un argumento importante se deriva de la voluntad expresa de las partes de actuar dentro de este orden, y de la aceptación por parte de los miembros de la comunidad internacional.⁴⁴

En este contexto es obligatoria la referencia a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969)⁴⁵ y que fue ratificada por la Santa Sede el 25 de febrero de 1977.

⁴¹ Cfr. Giménez Martínez de Carvajal, J., “Los concordatos en la actualidad”, *Derecho canónico*, Pamplona, Eunsa, 1974, vol. 2, p. 382.

⁴² Prieto, V., *op. cit.*, p. 172.

⁴³ Cfr. Martín de Agar, J. T., *Raccolta di...*, *cit.*, p. 28.

⁴⁴ Cfr. Giménez Martínez de Carvajal, J., *op. cit.*, p. 383; Lillo, P., *Concordato, accordi, e intese tra lo Stato e la Chiesa cattolica*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 51-54.

⁴⁵ Entró en vigor el 27 de enero de 1980, una vez cumplido el requisito de la adhesión por parte de 35 Estados. Se conoce simplemente como la Convención de Viena sobre el

Aunque la Convención está circunscrita a las relaciones entre Estados (artículo 1o.) y, para los fines de la misma son calificados como tratados internacionales solamente los acuerdos entre Estados,⁴⁶ la misma Convención admite de modo expreso el valor jurídico, desde el punto de vista del derecho internacional, de los acuerdos entre Estados y otros sujetos de derecho internacional distintos a éstos (es precisamente el caso de los concordatos), y la aplicación a estos acuerdos de todas las reglas de la Convención que son vinculantes en el ordenamiento internacional independientemente de la misma Convención, en cuanto son reglas de derecho internacional general.⁴⁷ La Santa Sede, además, fue el primer sujeto del ordenamiento internacional que ratificó la Convención, contribuyendo así a su entrada en vigor.⁴⁸

3. *Contenido*

En las circunstancias actuales, los concordatos se ocupan, principalmente, por un lado, del estatuto jurídico de la Iglesia católica en el ordena-

Derecho de los Tratados, a ésta se debe añadir la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales, del 21 de marzo de 1986.

⁴⁶ Por tratado se entiende “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 2o., a).

⁴⁷ “El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de Derecho internacional o entre éstos otros sujetos de Derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará: a) al valor jurídico de tales acuerdos; b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del Derecho internacional independientemente de esta Convención; c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de Derecho internacional” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 3o.).

⁴⁸ Véase Finocchiaro, F., *Diritto ecclesiastico*, Bolonia, Zanichelli, 1997, vol. 6, pp. 39 y 40. El autor recuerda además los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, encargada de los proyectos preparatorios de la Convención, en los que se encuentran referencias a la preocupación de salvaguardar en el ámbito del ordenamiento internacional los acuerdos suscritos o por suscribir por parte de la Santa Sede, reconociéndola como el ejemplo tal vez más importante de sujeto de derecho internacional distinto de los Estados. Consideraciones análogas, con las referencias oportunas a la documentación disponible sobre los trabajos preparatorios de la Comisión de derecho internacional, en Barberini, G., *Chiesa e Santa...*, cit., p. 49. Sobre el mismo argumento, aunque con una interpretación distinta del concepto de “Estado” utilizado por la Convención (que sería aplicable directamente a la Santa Sede), véase Ferlito, S., *op. cit.*, pp. 112 y ss.

miento interno del Estado, por otro, de los derechos y deberes de los ciudadanos católicos en relación con el ejercicio del derecho civil de libertad religiosa.⁴⁹

Es frecuente el uso de la expresión “cuestiones mixtas” (*res mixtae*) para indicar las materias en las que las partes tienen un interés común (desde puntos de vista distintos), y por tanto, pueden convertirse en objeto de mutuo acuerdo. Las más clásicas son el matrimonio, la educación, el estatuto jurídico de los ministros sagrados, la atención pastoral de las fuerzas armadas, etcétera.

Más concretamente, son objeto frecuente de acuerdo concordatario el reconocimiento y estatuto jurídico de la Iglesia católica; la libertad de comunicación entre la Santa Sede, los obispos y los fieles; la libertad de organización de la Iglesia, la libertad de culto y de predicación; el nombramiento de obispos; las circunscripciones eclesiásticas; el reconocimiento de personas jurídicas e instituciones de la Iglesia; el estatuto jurídico de clérigos y religiosos; la atención pastoral de las fuerzas armadas, de centros hospitalarios, asistenciales y penitenciarios; la enseñanza de la religión católica en la escuela pública; el reconocimiento de títulos académicos y derecho a erigir centros educativos en sus distintos niveles; el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, competencia eclesiástica en las causas de nulidad matrimonial y efectos civiles de las respectivas sentencias; asociaciones de la Iglesia; las cuestiones patrimoniales, exenciones fiscales, devolución de bienes confiscados a la Iglesia, o bien la correspondiente indemnización; los seminarios y centros de estudios eclesiásticos; las inmunidades y exenciones para los lugares de culto; las limitaciones a eventuales actividades políticas de la Iglesia o de eclesiásticos.

La lista, en cualquier caso, no puede ser determinada a priori. Las circunstancias cambian y también evolucionan los modos de resolver las cuestiones “mixtas”. En los últimos decenios el límite de las posibles materias se ha ampliado en algunos sectores. Además de las cuestiones más clásicas aparecen otras como la construcción de edificios dedicados al culto, la tutela del patrimonio histórico y artístico, la posibilidad para los ciudadanos de destinar a la Iglesia un porcentaje de sus impuestos, la objeción de conciencia, etcétera.⁵⁰

⁴⁹ Cfr. Minnerath, R., “La libertà religiosa tra norme costituzionali e norme concordatarie”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, vol. I, 1999, pp. 87-96.

⁵⁰ Véase Martín de Agar, J. T., *Raccolta di...*, cit., pp. 37-39.

4. *Versatilidad y significado instrumental*

Todo concordato se presenta como un instrumento “situado” históricamente. Se trata, por tanto, de acuerdos jurídicos fuertemente ligados a las circunstancias de tiempo y lugar.

Ferrari como conclusión de su análisis de los concordatos europeos, latinoamericanos, con países musulmanes y con Israel, subraya la capacidad de adaptación del instrumento concordatario a contextos históricos, culturales y políticos diversos. En ocasiones las materias de acuerdo son diferentes, otras son las mismas pero tratadas con mayor o menor amplitud. En buena medida el acuerdo concreto depende de la situación interna de cada Estado y de la Iglesia. Esto explica que problemas análogos reciban soluciones diversas tanto en el tiempo como en el espacio. El autor concluye que la autonomía y la colaboración entre Iglesia y Estado constituyen la aportación más cualificada que el instrumento concordatario puede ofrecer para un desarrollo equilibrado de las estructuras sociales y políticas de cada nación.⁵¹

Se puede afirmar, en conclusión, la esencial *historicidad* y *versatilidad* de la institución concordataria. El concordato ha sido compatible a lo largo de la historia con las más variadas circunstancias políticas y sociales (*Ancien Régime*, Estados totalitarios, los modernos Estados democráticos), y también en nuestros días demuestra una notable capacidad de adaptación a las situaciones más variadas.

Más allá de rígidos planteamientos formalistas, el hecho más importante consiste en la voluntad de las dos partes, manifestada en modos diversos, de alcanzar un acuerdo en materias de interés común, y el compromiso de atenerse a lo pactado. Lo accidental e instrumental es la forma jurídica concreta que se utiliza en cada momento histórico. Por lo mismo, la pretensión de absolutizar el concordato, o de encasillarlo en estructuras jurídicas excesivamente rígidas, además en demostrar una posible falta de perspectiva histórica, hace imposible la comprensión de la verdadera naturaleza del concordato, al ignorar su carácter relativo e instrumental.⁵²

⁵¹ Ferrari, S., “Il modello concordatario post-conciliare”, disponible en: http://www.oliv.it/aretematiche/63/documents/Ferrari_Modelloconcordatario.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2013).

⁵² Cfr. Rigobello, A., “I nuovi accordi tra Stato e Chiesa”, en Unione Giuristi Cattolici Italiani (ed.), *I nuovi accordi tra Stato e Chiesa. Prospettive di attuazione (Atti del XXXVI Convegno nazionale di studio. Roma, 6-8 dicembre 1985)*, *Quaderni di Iustitia*, 37, Roma, Giuffrè, 1986, p. 7. Años antes Wagnon expresaba conceptos análogos: “la justificación del Concordato está en su utilidad. Así, en la medida en que conserva esta utilidad conservará su razón de ser hacia el futuro” (Wagnon, H., “L’institution concordataire”, *La institución concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho Canónico*, Salamanca, Consejo Superior de Inves-

Por tanto, cuando hoy se afirma que el concordato es un tratado internacional, se quiere decir que en la realidad actual los Estados y la Iglesia han querido utilizar los instrumentos del derecho internacional para resolver sus problemas o para regular establemente asuntos de interés común. En el futuro podría asumir características jurídicas distintas. Por análogos motivos no es posible aplicar los criterios actuales del derecho internacional a los concordatos del pasado, cuando el planteamiento de las relaciones Iglesia-Estado era diverso, tanto desde el punto de vista civil como eclesiástico.

La diversidad y versatilidad del concordato se advierte también cuando se contempla la evolución de las materias tratadas, que dependen en buena medida del contexto histórico. En este sentido, Dalla Torre ha hecho notar que, en los numerosos acuerdos firmados durante el pontificado de Juan Pablo II, aparecen materias nuevas (objeción de conciencia, bioética, bienes de interés cultural, medios de comunicación, respeto de la *privacy*), añadidas a otras habituales en este tipo de pactos (libertad en los nombramientos eclesiásticos, personería jurídica civil de los entes canónicos, efectos civiles del matrimonio, atención pastoral de las fuerzas armadas, etcétera).⁵³

5. *¿Institución superada?*

A pesar de la evidencia de los datos de los últimos decenios que demuestran la vitalidad de la institución concordataria, no han faltado ni faltan quienes piensan que se trata de una institución en vías de extinción. Para algunos, sería una reliquia del pasado vinculada con la confesionalidad católica del Estado. Para otros, se trataría de una institución que podría tener sentido en el marco de Estados totalitarios que no respetan adecuadamente la libertad religiosa, pero que sería sencillamente inútil en el contexto de los modernos Estados democráticos que reconocen la libertad religiosa de todos los ciudadanos, y la independencia y autonomía de las confesiones religiosas, entre ellas la Iglesia católica. En este contexto, además, el concordato podría convertirse fácilmente en un instrumento de privilegios y de tratamiento preferente para favorecer a una Iglesia, en contra del principio democrático de igualdad de todas las confesiones ante la ley.

tigaciones Científicas, Instituto San Raimundo de Peñafort, 1971, p. 13); para Condorelli, los concordatos son “instrumentos cuya funcionalidad debe ser valorada en concreto, no a la luz de esquemas abstractos” (Condorelli, M., “Concordati e libertà della Chiesa”, *Il Diritto Ecclesiastico*, 1968, vol. I, p. 284). Véase Ferrer Ortiz, J., *op. cit.*, pp. 315-317.

⁵³ Dalla Torre, G., “L’attività concordataria di Giovanni Paolo II”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, p. 6.

Martín de Agar ha hecho una clara síntesis de éstas y otras objeciones, y sus respuestas siguen teniendo validez.⁵⁴ En primer lugar, la inmensa mayoría de los nuevos concordatos han sido suscritos con Estados no confesionales, e incluso con algunos de mayoría no cristiana (Israel, Estados musulmanes). De hecho, actualmente la idea de concordato, más que confesionalidad del Estado, lo que indica es cooperación con éste.

En segundo lugar, cuando se trata de Estados que tutelan adecuadamente la libertad religiosa, en sus dimensiones individuales, colectivas e institucionales, esto no impide que los derechos de la Iglesia y de los católicos se aseguren ulteriormente a través de acuerdos formales del máximo nivel. Algo similar ocurre en otros ámbitos relacionados con la libertad religiosa: aunque se trata de un derecho consagrado en las Constituciones de los Estados democráticos, es frecuente su inclusión en tratados internacionales.

Además, como recuerda Dalla Torre, en los acuerdos con Estados democráticos en los que parecería superfluo buscar la garantía de libertades ya aseguradas por el derecho común, lo que se pretende es una regulación acordada bilateralmente sobre las modalidades de ejercicio de esas libertades y de los derechos correlativos.⁵⁵ Se trata, por otra parte, de un fenómeno (el de la legislación concordada) aceptado pacíficamente en relación con múltiples realidades sociales.⁵⁶

Por su parte, Feliciani ha subrayado que actualmente el concordato, al tener como objeto principal el de definir el estatus jurídico de la Iglesia en un determinado país, no puede considerarse genéricamente como sinónimo de régimen de privilegio. Al respecto, este autor hace notar, por ejemplo, que muchas de las disposiciones contenidas en el Acuerdo entre el Estado italiano y la Santa Sede de 1984 han encontrado eco puntual en los acuerdos suscritos a partir de entonces con otras confesiones religiosas.⁵⁷

Estas ideas llevan a concluir que actualmente el objeto del concordato no es la tutela privilegiada del catolicismo por parte del Estado sino la libertad e identidad de los católicos y de la Iglesia, en pie de igualdad con las demás confesiones religiosas. Es más, con frecuencia, el concordato ha sido la “puerta” para abrir “nuevos espacios de libertad” y extender el sistema pacticio a confesiones distintas de la Iglesia católica, concretando de este

⁵⁴ Martín de Agar, J. T., *Raccolta di...*, *cit.*, pp. 16-21.

⁵⁵ *Cf.* Dalla Torre, G., “L’attività concordataria di...”, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁶ Ferrari hace notar como la política de concertación entre el Estado y las organizaciones sociales más relevantes (sindicatos, partidos políticos, grupos de presión, etcétera) ha creado un sustrato favorable para la colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas (Ferrari, S., *op. cit.*).

⁵⁷ Feliciani, G., “La laicità dello Stato negli insegnamenti di Benedetto XVI”, *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2011, pp. 8 y 9.

modo un modelo de relaciones entre el Estado y las Iglesias basado en el principio de cooperación.⁵⁸

IV. PRESENCIA DE LA SANTA SEDE EN ORGANISMOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

Además de la diplomacia bilateral, la Santa Sede ejerce el *ius legationis* en las relaciones multilaterales, a través de su participación en diversos organismos internacionales y en las convenciones convocadas por ellos. El sentido de su participación responde al principio enunciado en el canon 747, 2, del Código de Derecho Canónico: “corresponde siempre y en todo lugar a la Iglesia proclamar los principios morales, incluso los referentes al orden social, así como dar su juicio sobre cualesquiera asuntos humanos, en la medida en que lo exijan los derechos fundamentales de la persona humana o la salvación de las almas”.⁵⁹

Por tanto, la acción de la Santa Sede, no está ligada a intereses particulares, políticos o económicos, sino a criterios éticos y a principios de justicia (solidaridad, bien común).⁶⁰ En esta actividad la Santa Sede es aceptada y actúa de conformidad con su propia naturaleza. En función de las materias y del tipo de organización, actúa como órgano central de gobierno de la Iglesia católica, o del Estado de la Ciudad del Vaticano.⁶¹

⁵⁸ Cfr. Ferrer Ortiz, J., *op. cit.*, pp. 316 y 317. Es el caso de Italia, España y Colombia. Otro ejemplo que recuerda Ferrer es el artículo 7o. del Acuerdo entre la Santa Sede y Eslovaquia, del 24 de noviembre de 2000, con el que expresamente se reconoce a los católicos el derecho a la objeción de conciencia, de acuerdo con los principios morales y doctrinales de la Iglesia católica. De este modo, el concordato se convierte “en una *punta de lanza* para lograr nuevos espacios de libertad” (*cit.*, p. 316, nota 8); Martín de Agar, J. T., “Libertad religiosa y concordatos”, en Blanco, M. *et al.* (coords.), *Ius et Iura. Escritos de derecho eclesíástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada, Comares, 2010, pp. 653-667; Fumagalli Carulli, O., “Concordats as Instruments for Implementing Freedom of Religion”, *Ius Canonicum*, 102, 2011, pp. 437-446. En relación con países de mayoría musulmana, cfr. Palomino, R., “The Role of Concordats Promoting Religious Freedom With Special Reference to Agreements in the Middle East”, *Atti del Simposio internazionale per il decennale dell’entrata in vigore del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, Città del Vaticano, 19-23 novembre 2001*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2004, pp. 893-900, disponible en: <http://bibliotecanica.net/docsad/btcaadk.htm>.

⁵⁹ Cfr. Concilio Vaticano II, Const. Past. *Gaudium et Spes*, núm. 76; Decl. *Dignitatis Humanae*, núm. 13.

⁶⁰ Cfr. Benedicto XVI, “Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de abril de 2008”, *AAS*, 100, 2008, pp. 331 y 332.

⁶¹ Cfr. Buonomo, V., “Organismos internacionales”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. V, pp. 831 y 832; “Brevi

De acuerdo con el M. pr. *Sollitudo omnium Ecclesiarum* de Pablo VI (24 de junio de 1969), los representantes de la Santa Sede son *delegados* u *observadores*, según la Santa Sede sea o no miembro de la respectiva organización internacional, y según participe en una conferencia con o sin derecho de voto (artículo II, 1).⁶² En la mayor parte de las organizaciones gubernamentales, la Santa Sede ha asumido la posición de observador permanente.⁶³

1. *La Santa Sede y la Organización de las Naciones Unidas.* *Relaciones con otras organizaciones internacionales*

Las relaciones de la Santa Sede con las Naciones Unidas comenzaron a través de diversas cuestiones concretas.⁶⁴ En particular la actividad a favor de los refugiados⁶⁵ y la participación en la Agencia Internacional para la Energía Atómica, AIEA.⁶⁶

annotazioni sulla diplomazia multilaterale della Santa Sede”, *Ius Ecclesiae*, 2007, vol. 19, 3, pp. 671-687.

⁶² Véase Código de Derecho Canónico, cánones 362-363 y Const. Apost. *Pastor Bonus*, artículos 41 y 46.

⁶³ Las organizaciones de las que la Santa Sede es miembro, y actúa a través de un delegado, son la Agencia Internacional para la Energía Atómica (AIEA), la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI), la Unión Postal Universal (UPU) y la Unión Internacional de Comunicaciones (ITU). En estas dos últimas, la Santa Sede actúa en nombre del Estado de la Ciudad del Vaticano. Como consecuencia de su adhesión a algunos tratados multilaterales, la Santa Sede es miembro, además, de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPCW) y de la Comisión Preparatoria de la Organización para la Prohibición Mundial de los Experimentos Nucleares (CTBTO). A nivel regional, la Santa Sede es miembro de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

⁶⁴ Véase García-Martín, C., “El estatuto jurídico de la Santa Sede en las Naciones Unidas”, *Ius Canonicum*, 75, 1998, pp. 247-289.

⁶⁵ Teniendo en cuenta la contribución de la Santa Sede para ayudar a resolver el problema de los refugiados durante la Segunda Guerra Mundial, se establecieron relaciones de diverso tipo con la Organización Internacional para los Refugiados. Una de las formas de relación fue el nombramiento, por parte de la Santa Sede, de un observador permanente ante la OIR, en Ginebra. La OIR fue disuelta en 1952. En su lugar se instituyó la figura del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Su trabajo comenzó el 1.º de enero de 1951. De acuerdo con los Estatutos (artículo 4o.) fue constituido un Comité Consultivo. El 10 de septiembre de 1951 a través de la Resolución 393 (XIII), el ECOSOC nombró quince Estados, entre ellos la Santa Sede, como miembros del Comité, admitiendo así la sugerencia de algunas delegaciones de aceptar Estados que no eran miembros de Naciones Unidas, pero que estaban particularmente interesados en el problema de los refugiados. De esta manera, por primera vez, la Santa Sede fue llamada a formar parte de uno de los organismos de las Naciones Unidas.

⁶⁶ En el mes de julio de 1955 fue convocada la Conferencia de Ginebra sobre el uso pacífico de la energía atómica, y en octubre de 1956 tuvo lugar la Conferencia de Nueva

Las condiciones para convertirse en *miembro* de las Naciones Unidas aparecen en los artículos 3o. y 4o. de la Carta de la ONU. En estos artículos se distingue entre miembros *originarios* (los que participaron en la Conferencia de San Francisco) y *derivados* (los Estados admitidos posteriormente). Las condiciones para estos últimos son: ser un Estado amante de la paz; aceptar las obligaciones dispuestas por la Carta; ser capaz de cumplir estas obligaciones de acuerdo con el juicio de la misma ONU. El procedimiento de admisión establece (artículo 4.1) la recomendación positiva del Consejo de Seguridad y la aprobación por parte de la Asamblea General.

La figura del *observador*, en cambio, se estableció inicialmente para los Estados que por diversos motivos no querían o no podían convertirse en miembros de la ONU. Entre 1948 y 1975 alrededor de quince Estados recibieron el estatus de observador permanente.⁶⁷ A partir de los años setenta fueron admitidos con el mismo estatuto sujetos de derecho internacional desprovistos de la condición de Estado, como las organizaciones gubernamentales.⁶⁸ El estatuto de observador permanente ha sido también aplicado a las ONG. Desde 1964 la Santa Sede ha gozado de la condición de observador permanente, como Estado no miembro.⁶⁹

En 2002, con la aceptación de Suiza y del recién independizado Timor Oriental como Estados miembros de la ONU, la Santa Sede se convirtió en el único Estado no miembro con la condición de observador permanente. Su actual estatuto ante las Naciones Unidas fue definido el 1o. de julio de 2004, con la aprobación por parte de la Asamblea General de la Resolución

York en la que se aprobó el Tratado institutivo de la AIEA. El entonces secretario general de las Naciones Unidas, Dag Hammarskjold, insistió en obtener la participación de la Santa Sede en las conferencias. Su presencia debería dar una prueba irrefutable de las finalidades exclusivamente pacíficas y neutrales de estas iniciativas. Al participar en la mencionada Conferencia de Nueva York y ratificar después el Tratado (20 de agosto de 1957), la Santa Sede se convertía simultáneamente en parte contrayente de un tratado y en miembro fundador de una organización gubernamental unida a las Naciones Unidas.

⁶⁷ Suiza (1948), Austria (1949), Italia (1949), Corea del Sur (1949), Finlandia (1952), España (1953), Mónaco (1956), Santa Sede (1964), Bangladesh (1972), República Democrática Alemana (1972), Corea del Norte (1973), Guinea Ecuatorial (1974), Vietnam del Sur (1975).

⁶⁸ OEA (Organización de los Estados Americanos), OUA (Organización para la Unidad Africana), y la Comunidad Económica Europea (CEE), hoy Unión Europea.

⁶⁹ Sobre los antecedentes y las circunstancias concretas que llevaron a este reconocimiento, véase Prieto, V., *op. cit.*, pp. 214-217; Corral Salvador, C. y Sánchez Patrón, J. M., “La participación de la Santa Sede en las Naciones Unidas: su nuevo estatuto de «Estado observador permanente»”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2005, vol. XXI, pp. 456-459. El Reglamento para las representaciones pontificias (6 de enero de 2003) incluye a los observadores permanentes en la categoría de los representantes pontificios o jefes de misión; Migliore, C., “Observador permanente”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. V, pp. 679-681.

58/314, sobre “Participación de la Santa Sede en la labor de las Naciones Unidas”.⁷⁰

El documento recuerda en primer lugar “que la Santa Sede pasó a ser un Estado observador permanente ante las Naciones Unidas el 6 de abril de 1964 y que desde entonces ha sido invitada a participar en todos los períodos de sesiones de la Asamblea General”. Después de mencionar que la Santa Sede es parte de diversos instrumentos internacionales (convenciones y tratados), miembro de distintos órganos subsidiarios de Naciones Unidas, organismos especializados y organizaciones internacionales, y observador permanente en otros organismos, la Asamblea General “reconoce que la Santa Sede, en su condición de Estado observador y con arreglo a las modalidades que se indican en el anexo de la presente resolución, podrá ejercer los derechos y prerrogativas relativos a la participación en los periodos de sesiones y los trabajos de la Asamblea General y las conferencias internacionales convocadas bajo los auspicios de la Asamblea u otros órganos de las Naciones Unidas, así como en las conferencias de las Naciones Unidas”.

En el anexo se enumeran los derechos y prerrogativas relativos a la participación de la Santa Sede: derecho de participar en el debate general de la Asamblea General; derecho a inscribirse en la lista de oradores; derecho de hacer intervenciones; derecho de respuesta; derecho de que sus comunicaciones sean publicadas y distribuidas; derecho de plantear cuestiones de orden; derecho de copatrocinar proyectos de resolución y de decisión sobre cuestiones relativas a la Santa Sede. En cualquier caso, “la Santa Sede no tendrá derecho a votar ni a presentar candidatos en la Asamblea General”.⁷¹

Además de las Naciones Unidas, la Santa Sede tiene observadores permanentes en las principales organizaciones internacionales gubernamentales. Sus atribuciones dependen de los estatutos de cada organismo.⁷²

⁷⁰ Véase A/RES/58/314, del 16 de julio de 2004. El texto castellano de la resolución se encuentra en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/58/314&Lang=S (fecha de consulta: 11 de octubre de 2013). Mediante la resolución 67/19 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 2012, Palestina fue admitida como Estado observador no miembro, con una situación semejante a la Santa Sede. Cfr. A/RES/67/19, disponible en: http://www.iece.es/Galerias/fichero/Varios/Resena_ResolucionNNUU_Palestina_30nov2012.pdf (fecha de consulta: 11 de octubre de 2013).

⁷¹ Un amplio comentario a la resolución y a otras decisiones posteriores que la desarrollan, en Corral Salvador, C. y Sánchez Patrón, J. M., *op. cit.*, pp. 459-474; López-Jacoiste Díaz, E., *op. cit.*, pp. 604-611. La autora concluye que “con la resolución de 2004 de la Asamblea General, los derechos y prerrogativas de la Santa Sede pasan a ser derechos y obligaciones internacionales codificados, y explicitados con el objetivo de que sean aplicados y, en su caso, reivindicados por la Santa Sede” (p. 606).

⁷² En 1949 fue nombrado el primer observador permanente ante la FAO, ante la UNESCO en 1952, en 1967 el Consejo de Europa, la OEA en 1978, y en 1998 la OMC y la Unión Africana.

2. *La Santa Sede en las convenciones y tratados internacionales*

La Santa Sede pertenece al llamado sistema de Naciones Unidas, lo que implica la posibilidad de participar con pleno derecho en las conferencias gubernamentales (ambiente, alimentación, diplomacia, derecho marítimo, derecho penal, derechos humanos, mujer, hábitat, desarrollo, etcétera) convocadas por las organizaciones que hacen parte del “sistema”, independientemente del hecho de que la Santa Sede ante la organización promotora, tenga la posición de miembro o de observador permanente. Las conferencias, en efecto, están abiertas a la participación “de los Estados miembros de la Organización, de los Estados miembros de las Agencias especializadas o de la AIEA, y de los Estados que son parte en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia”, en aplicación de la cláusula *all states* de los Estatutos de la ONU (es decir, son miembros de las conferencias internacionales todos los países de la “familia” de Naciones Unidas).⁷³

El hecho de que la Santa Sede no sea propiamente un Estado, no ha sido obstáculo para poder participar, con pleno derecho, en las diversas conferencias. Lo hace como miembro de la respectiva conferencia, con los mismos derechos y obligaciones (incluidas las reglas de procedimiento) de los Estados participantes (la expresión “Estado”, usada normalmente en las convenciones y en los trabajos preparatorios, ha sido siempre considerada aplicable al sujeto participante de la Santa Sede).⁷⁴

La situación de la Santa Sede en estas conferencias es distinta de la de (*observador permanente*). En efecto, todo miembro de la conferencia puede unirse al consenso general, o bien manifestar reservas o hacer declaraciones interpretativas. Éstos son los instrumentos de los que se sirve la Santa Sede, participando de modo activo —derecho de voto— en la formación del consenso.⁷⁵ Como consecuencia, la Santa Sede ha suscrito un número notable de convenciones y de tratados constitutivos de organismos internacionales.

⁷³ Esta fórmula se consolidó en el sistema de Naciones Unidas desde la Conferencia sobre refugiados convocada por la ONU en julio de 1951. La mención de la AIEA se añadió después de su creación en 1957 (Cfr: Buonomo, V., “Considerazioni sul rapporto...”, *op. cit.*, p. 32).

⁷⁴ Cfr. Barberini, G., *Chiesa e Santa...*, *cit.*, p. 49; Ferlito, S., *op. cit.*, pp. 102-104.

⁷⁵ No obstante, en ocasiones la Santa Sede ha preferido hacerse presente como observador, no como miembro (es decir, con voz y sin voto). Fue el caso de la Conferencia de Pekín sobre la Mujer, en 1995.

V. EL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO

El Estado Pontificio era la entidad estatal existente hasta el 20 de septiembre de 1870, fecha de la ocupación de su territorio (excepto el conjunto del Vaticano) por las tropas italianas. El 2 de octubre de 1870, a través de un plebiscito, se declaró la anexión de Roma y de la provincia romana al reino de Italia.

La situación, evidentemente anómala, en las relaciones entre el Estado italiano y la Santa Sede (llamada, en los años siguientes, la *cuestión romana*) se intentó solucionar en un primer momento con la llamada Ley de Garantías del 13 de mayo de 1871. Se trataba de una ley unilateral del Estado italiano por lo que no fue aceptada por la Santa Sede. La intención de la ley era la de ofrecer garantías de independencia al Papado. El rechazo de la Santa Sede fue motivado con la consideración de que su libertad es originaria. Por tanto, no podía ser “concedida” por el Estado (y menos todavía quedar sometida a los cambios políticos y parlamentarios). En segundo lugar se tenía la convicción de la necesidad práctica del llamado *principatus civilis* del romano pontífice, como garantía concreta de independencia en el ejercicio de las propias funciones.

La solución de la *cuestión romana* y la creación del Estado de la Ciudad del Vaticano llegaron finalmente con los Pactos Lateranenses, que fueron firmados el 11 de febrero de 1929.⁷⁶ La ley italiana de ejecución es la 810, del 27 de mayo de 1929. El Estado de la Ciudad del Vaticano nació el 7 de junio de 1929, con el canje de los instrumentos de ratificación de los Pactos Lateranenses.

Los Pactos Lateranenses constan de diversos instrumentos:

- a) El *tratado*, con el que se regula la posición de la Santa Sede frente al ordenamiento italiano. Fue estipulado y ratificado de acuerdo con las formalidades específicas propias de los tratados internacionales.
- b) El *concordato* entre la Santa Sede y el Estado italiano, con el que se regula la posición jurídica de la Iglesia católica en Italia.⁷⁷

⁷⁶ Recientemente se ha ocupado del tema Filipazzi, A., “Tre modalità di sovranità territoriale della Santa Sede: dallo Stato Pontificio alla Città del Vaticano”, *Ius Ecclesiae*, vol. 25, 1, 2013, pp. 123-130.

⁷⁷ Modificado en 1984 con el Acuerdo de Revisión del Concordato Lateranense entre la Santa Sede y el Estado italiano (Acuerdo de Villa Madama, ratificado el 18 de febrero de 1984). Véase Ganswein, G., “I rapporti tra Stato e Chiesa in Italia. La «libertas Ecclesiae» nel concordato del 1929 e nell’accordo del 1984”, *Ius Ecclesiae*, vol. 23, 1, 2011, pp. 135-146.

- c) La *Convención financiera*, añadida al Tratado, para la liquidación de los créditos entre la Santa Sede e Italia (artículo 25 del Tratado).⁷⁸

Con el *tratado*, en el que la Santa Sede es considerada como verdadero sujeto internacional, se garantiza la efectiva independencia de modo *visible* del romano pontífice y de su actividad de gobierno. En sus artículos 3.1 y 4o., se establece la constitución de la Ciudad del Vaticano, para los fines expuestos en el preámbulo. Se trata de un territorio de 0.44 kilómetros cuadrados, con pocos centenares de personas como residentes. El territorio comprende la Basílica de San Pedro, la plaza; el Palacio apostólico, otros edificios circundantes y los jardines. Este territorio se sustrae a cualquier injerencia del Estado italiano, y es erigido como Estado independiente bajo la soberanía y la exclusiva, y absoluta potestad y jurisdicción del Papa.⁷⁹

El ECV es un Estado con características propias. Juan Pablo II habló expresamente de un “Estado atípico”:⁸⁰

- a) “El ECV es soberano, pero no posee todas las características ordinarias de una comunidad política. Se trata de un Estado atípico: existe para garantizar convenientemente el ejercicio de la libertad espiritual de la Sede Apostólica, es decir, como medio para asegurar la independencia real y visible de la misma en su actividad de gobierno a favor de la Iglesia universal, y de su actividad pastoral dirigida a todo el género humano”.
- b) El ECV “no posee una sociedad propia a cuyo servicio haya sido constituido, y tampoco se apoya en las formas de acción social que determinan la estructura y la organización de cualquier otro Estado”.
- c) “Las personas que ayudan a la Sede Apostólica o que cooperan en el gobierno del ECV no son, salvo pocas excepciones, ciudadanos de éste ni, en consecuencia, poseen los derechos y deberes (en particular los de naturaleza tributaria) que ordinariamente derivan de la pertenencia a un Estado”.
- d) “Menos aún desarrolla, ni puede desarrollar, la actividad económica propia de un Estado; y no pertenece a sus finalidades institucionales la producción de bienes económicos...”.

⁷⁸ Los créditos eran motivados por los “daños ingentes” padecidos por la pérdida del Estado pontificio y de los bienes de entes eclesiásticos.

⁷⁹ Una descripción del ordenamiento jurídico vaticano y sus relaciones con el Estado italiano, en Dalla Torre, G., “Ciudad del Vaticano (Estado de la)”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. II, pp. 108-112.

⁸⁰ Juan Pablo II, “Carta la Sede Apostólica al cardenal Agostino Casaroli, secretario de Estado, del 20 de noviembre de 1982”, *L’Osservatore Romano*, 1982, p. 1. *Cfr.* AAS 75, 1983, pars I, pp. 119-125.

En síntesis, el ECV es una entidad territorial creada con el objeto preciso de servir a un determinado sujeto, la Santa Sede. Su razón de ser es de naturaleza *instrumental*: nace en el contexto de circunstancias determinadas de tiempo y lugar con la finalidad de manifestar de modo visible la independencia de la Santa Sede en el ejercicio de su función de gobierno.

La relación instrumental del ECV con la Santa Sede existe en función del ejercicio libre y autónomo de la potestad de gobierno del papa. En realidad, el verdadero problema que subyacía en la *cuestión romana* no era el de los derechos territoriales adquiridos e innegables de la Santa Sede sobre el Estado Pontificio, sino el de la libertad e inmunidad del papa de toda potestad humana en el cumplimiento de su misión espiritual y religiosa.

Así, la Santa Sede actúa en el ámbito internacional como órgano central de gobierno de dos entes diversos, la Iglesia católica y el ECV. La doctrina jurídica se ha dividido en dos posturas principales cuando se busca explicar la posición del ECV en el ordenamiento internacional (teorías monistas y dualistas).⁸¹ Algunos sostienen que el ECV no es sujeto de derecho internacional⁸² distinto de la Santa Sede; otros, por el contrario, reconocen en el ECV una subjetividad jurídica internacional distinta aunque dependiente de la que se reconoce a la Santa Sede.

Entre los motivos aducidos para demostrar la subjetividad internacional del ECV se pueden subrayar los siguientes:

- a) La voluntad de las partes al suscribir el Tratado Lateranense (el Estado italiano y la Santa Sede, ambos sujetos de derecho internacional) fue precisamente la de constituir una entidad estatal. Además, en los años siguientes han sido firmados entre el ECV e Italia numerosos acuerdos sobre materias técnicas relativas a relaciones entre dos Estados. Por tanto, Italia ha planteado siempre sus relaciones con el ECV de acuerdo con el modelo propio de las relaciones entre sujetos internacionales. El ECV nació y “vive” como verdadero Estado desde el punto de vista formal, y goza de las atribuciones propias de un

⁸¹ Acerca de los distintos planteamientos y teorías, con sus respectivos representantes, véase Minnerath, R., *L'Église et les états concordataires: 1846-1981. La souveraineté spirituelle*, París, Cerf, 1983, pp. 70-72.

⁸² En ocasiones la argumentación lleva consigo también la negación de la subjetividad internacional de la Santa Sede. En efecto, para las posturas doctrinales que admiten esta subjetividad solamente para los Estados “típicos” (compuestos por los tres elementos clásicos: territorio, población y soberanía), la negación de una verdadera realidad estatal al ECV (que no sería un Estado verdadero sino una forma de organización de los poderes y de la actividad de la Santa Sede) lleva consigo la negación de la subjetividad internacional de la Santa Sede, en cuanto desprovista de una verdadera realidad estatal sobre la cual ejerce su soberanía.

Estado, incluida la existencia de un ordenamiento jurídico propio, distinto del ordenamiento canónico, aunque fundado y fuertemente limitado por éste.⁸³

- b) Algunos Estados distintos de Italia también han reconocido explícitamente la subjetividad internacional del ECV. Fue el caso de los concordatos con España (1953), República Dominicana (1954) y Venezuela (1964), en los cuales se reconoce la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede y del ECV.
- c) La actividad internacional de la Santa Sede y del ECV han sido, en la práctica, de diversa naturaleza, dependiendo del sujeto implicado. En el caso de la Santa Sede, su actividad es reconducible a las materias relacionadas directamente con la misión y actividad de la Iglesia, los derechos de los fieles católicos, su magisterio moral, etcétera. En lo que respecta al ECV, en cambio, se trata de materias de tipo técnico, vinculadas con su realidad territorial.⁸⁴

En consecuencia existiría una duplicidad de sujetos, cada uno de los cuales sería portador de un patrimonio de situaciones jurídicas distintas y autónomas.

Sin embargo, más que de “duplicidad de sujetos”, parece más oportuno hablar de un “doble título de soberanía”, ejercido por la Santa Sede sobre dos realidades sustancialmente diversas: la Iglesia católica y el ECV. Soberanía diversa pero sin duda con finalidades conformes que están en relación con el bien de la Iglesia y el cumplimiento de su misión.⁸⁵

En otras palabras, es un hecho que el romano pontífice —la Santa Sede en sentido estricto— es, simultáneamente, soberano temporal y cabeza de la Iglesia. No obstante, actúa de modo diverso según se trate de una u otra función, aún sirviéndose de las mismas estructuras y de los mismos representantes diplomáticos.⁸⁶

En el ámbito internacional el sujeto que participa y asume los diversos derechos y obligaciones es la Santa Sede, según las circunstancias y las ma-

⁸³ Buonomo, V., “Considerazioni sul rapporto...”, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁸⁴ El ECV es miembro regular, por ejemplo, de distintas organizaciones internacionales, de modo totalmente distinto al propio de las representaciones de la Santa Sede ante organizaciones similares. También es parte de más de cincuenta convenciones y acuerdos estipulados en el ámbito de organizaciones internacionales relacionadas con materias llamadas técnicas o con exigencias de funcionamiento del ente territorial.

⁸⁵ Buonomo, V., “Considerazioni sul rapporto...”, *op. cit.*, p. 18; Minnerath, R., *L'Église et les états concordataires...*, *cit.*, p. 71.

⁸⁶ Véase Prieto, V., *op. cit.*, pp. 136-138 y 223-233.

terías decide intervenir en nombre propio o, de acuerdo con una fórmula ya consolidada (cuando se trata de relaciones en las que el territorio es el ámbito natural), “en nombre y por cuenta del Estado de la Ciudad del Vaticano”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Annuario Pontificio per l'anno 2013*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2013.
- ARANGIO-RUIZ, G., “Note sulla personalità internazionale della Santa Sede”, en BARBERINI, G. (ed.), *La politica internazionale della Santa Sede 1965-1990*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- , “On the Nature of the International Personality of the Holy See”, *Révue Belge de Droit International*, 1996, vol. 2.
- , “Stati e altri enti (Soggettività internazionale)”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1982, vol. XVIII.
- BARBERINI, G., *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale*, Turín, Giapichelli, 1996.
- , “La presenza della Santa Sede nella politica internazionale”, en BARBERINI, G. (ed.), *La politica internazionale della Santa Sede 1965-1990*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- BATHON, M., “The Atypical International Status of the Holy See”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 5, núm. 1, 2001, disponible en: http://bahai-library.com/bathon_status_holy_see (fecha de consulta: 15 de octubre de 2013).
- BENEDICTO XVI, “Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de abril de 2008”, *AAS*, núm. 100, 2008.
- BETTETINI, A., “Sul titolo giuridico di partecipazione della Santa Sede alle organizzazioni e alle conferenze internazionali”, *Il Diritto Ecclesiastico*, vols. 3-4, 1996.
- BONET NAVARRO, J., “Presencia y actuación de la Iglesia católica en la sociedad internacional”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. et al. (coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls*, Madrid, Iustel, 2013, vol. I.
- BUONOMO, V., “Brevi annotazioni sulla diplomazia multilaterale della Santa Sede”, *Ius Ecclesiae*, vol. 19, núm. 3, 2007.
- , “Considerazioni sul rapporto Santa Sede-Comunità Internazionale alla luce del Diritto e della prassi internazionale”, *Ius Ecclesiae*, vol. 8, 1996.

- , “Convenios internacionales (adhesión de la Santa Sede a)”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. II.
- , “Organismos internacionales”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. V.
- CALVO-ALVAREZ, J., “Desarrollo del derecho concordatario después del CIC de 1983”, *Ius Canonicum*, vol. 49, 2009.
- CATALANO, G., “La natura giuridica dei concordati nella moderna dottrina”, *La institución concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho Canónico*, Salamanca, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto San Raimundo de Peñafort, 1971.
- CATALANO, G., *Problematica giuridica dei Concordati*, Milán, Giuffrè, 1963.
- CIPROTTI, P., “Funzione, figura e valore della Santa Sede”, *Concilium*, vol. 8, 1970.
- CONDORELLI, M., “Concordati e libertà della Chiesa”, *Il Diritto Ecclesiastico*, vol. I, 1968.
- CORRAL SALVADOR, C. y SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., “La participación de la Santa Sede en las Naciones Unidas: su nuevo estatuto de «Estado observador permanente»”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXI, 2005.
- D’AVACK, P. A., *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, Milán, Giuffrè, 1978, vol. 2.
- DALLA TORRE, G., “Ciudad del Vaticano (Estado de la)”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. II.
- , “L’attività concordataria di Giovanni Paolo II”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012.
- , *La città sul monte (contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica)*, Roma, AVE, 1996.
- DOMINGO, R., “La crisis del derecho internacional”, en BLANCO, M. *et al.* (coords.), *Ius et Iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada, Comares, 2010.
- FELICIANI, G., “La laicità dello Stato negli insegnamenti di Benedetto XVI”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011.
- FERLITO, S., *L’attività internazionale della Santa Sede*, Milán, Giuffrè, 1988.
- FERRARI, S., “Il modello concordatario post-conciliare”, disponible en: http://www.olix.it/areetematiche/63/documents/Ferrari_Modelloconcordatario.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2013).

- FERRER ORTIZ, J., “Acuerdos con la Santa Sede y Estado laico: el caso español”, *Iglesia católica y relaciones internacionales. Actas del III Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Almería, 7-9 de noviembre de 2007*, Granada, Comares, 2008.
- FILIPAZZI, A., “Tre modalità di sovranità territoriale della Santa Sede: dallo Stato Pontificio alla Città del Vaticano”, *Ius Ecclesiae*, vol. 25, núm. 1, 2013.
- FINOCCHIARO, F., *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli, 1997, vol. 6.
- FUMAGALLI CARULLI, O., “Concordats as Instruments for Implementing Freedom of Religion”, *Ius Canonicum*, núm. 102, 2011.
- GANSWEIN, G., “I rapporti tra Stato e Chiesa in Italia. La «libertas Ecclesiae» nel concordato del 1929 e nell’accordo del 1984”, *Ius Ecclesiae*, vol. 23, núm. 1, 2011.
- GARCÍA-MARTÍN, C., “El estatuto jurídico de la Santa Sede en las Naciones Unidas”, *Ius Canonicum*, núm. 75, 1998.
- GIMÉNEZ MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J., “Los concordatos en la actualidad”, *Derecho canónico*, Pamplona, Eunsa, 1974, vol. 2.
- GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, Ginebra, Librairie de l’Université, Georg et Cie, 1953.
- JUAN PABLO II, “Carta la Sede Apostólica al cardenal Agostino Casaroli, secretario de Estado, del 20 de noviembre de 1982”, *L’Osservatore Romano*, 1982.
- LILLO, P., *Concordato, accordi, e intese tra lo Stato e la Chiesa cattolica*, Milán, Giuffrè, 1990.
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., “La Santa Sede: sujeto activo del orden internacional”, en BLANCO, M. et al. (coords.), *Ius et Iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada, Comares, 2010.
- , “Personalidad internacional de la Santa Sede”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. VI.
- MALUWA, T., “The Treaty-Making Capacity of the Holy See in Theory and Practice: A Study of the Jus Tractatum of a Non-state Entity”, 1987, disponible en: http://reference.sabinet.co.za/webx/access/journal_archive/00104051/684.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2013).
- MARESCA, A., *Teoria e tecnica del diritto diplomatico: introduzione alla diplomazia*, Milán, Giuffrè, 1986.
- MARTÍN DE AGAR, J. T., “Concordato”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. II.

- , *I Concordati dal 2000 al 2009*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2010.
- , “Libertad religiosa y concordatos”, en BLANCO, M. *et al.* (coords.), *Ius et Iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada, Comares, 2010.
- , *Raccolta di Concordati (1950-1999)*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2000.
- MEIJKNECHT, A., *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2001.
- MIGLIORE, C., “Observador permanente”, *Diccionario general de derecho canónico*, Navarra, Universidad de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, vol. V.
- MINNERATH, R., *L'Église et les états concordataires: 1846-1981. La souveraineté spirituelle*, París, Cerf, 1983.
- , “La libertà religiosa tra norme costituzionali e norme concordatarie”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1999, vol. I.
- NAVARRO FLORIA, J. G. (coord.), *Acuerdos y concordatos entre la Santa Sede y los países americanos*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2011.
- PALOMINO, R., “The Role of Concordats Promoting Religious Freedom with Special Reference to Agreements in the Middle East”, *Atti del simposio internazionale per il decennale dell'entrata in vigore del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, Città del Vaticano, 19-23 novembre 2001*, Ciudad del Vaticano, Librería Edición Vaticana, 2004, disponible en: <http://bibliotecanonica.net/docsad/btcadk.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2013).
- PANIAGUA REDONDO, R., “Aproximación conceptual al derecho internacional público”, *Anuario de Derecho Internacional*, 1998, vol. XIV.
- PORTMANN, R., *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- PRIETO, V., *Relaciones Iglesia-Estado. La perspectiva del derecho canónico*, Salamanca, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2005.
- PUENTE EGIDO, J., “Problemas técnicos del derecho concordatario desde el punto de vista del derecho internacional”, *Concordato y sociedad pluralista*, Salamanca, Sígueme, 1972.
- RIGOBELLO, A., “I nuovi accordi tra Stato e Chiesa”, en UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI (ed.), *I nuovi accordi tra Stato e Chiesa. Prospettive di attuazione (Atti del XXXVI Convegno nazionale di studio. Roma, 6-8 dicembre 1985)*, *Quaderni di Iustitia*, 37, Roma, Giuffrè, 1986.

ROUSSEAU, C., *Principes généraux de droit international public*, París, 1944.

VEGA GUTIÉRREZ, A. M., “El «status» jurídico de la Santa Sede en la ONU”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XIV, 1998.

WAGNON, H., “L’institution concordataire”, *La institución concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho Canónico*, Salamanca, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto San Raimundo de Peñafort, 1971.

LA INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA, LA CERTEZA MORAL Y LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA EN LAS CAUSAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO*

Joaquín LLOBELL**

SUMARIO: I. *La simplificación y la celeridad de las causas de nulidad del matrimonio.* II. *La instrucción de la causa al servicio de la verdad: las pruebas y el principio inquisitorio canónico. Conceptos preliminares.* III. *Las declaraciones de las partes y el concepto de “confesión judicial” usado por la Instr. “Dignitas connubii”.* IV. *La fase decisoria: la sentencia “definitiva” del tribunal.* V. *La certeza moral y la motivación de la sentencia.*

I. LA SIMPLIFICACIÓN Y LA CELERIDAD DE LAS CAUSAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

1. *La permanente búsqueda de modos para aligerar el proceso*

Siempre que la Santa Sede ha consultado a los obispos acerca de las causas de nulidad del matrimonio, éstos —que son los jueces naturales de cada porción

* Estas consideraciones tienen carácter divulgativo, no de investigación para expertos. Están extraídas del libro *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, Rialp, 2014, al que remito para un examen más detenido de lo que ahora expongo.

Uso las siguientes principales abreviaturas, además de las utilizadas habitualmente para los distintos libros que componen la Biblia: artículo/s (sin más indicación: de la DC), can./cans.: canon/es (sin más indicación: del CIC 1983); CIC: Código de Derecho Canónico [Codex Iuris Canonici] promulgado por Juan Pablo II, 25 de enero de 1983; CIC 1917: Código de Derecho Canónico promulgado por Benedicto XV, 27 de mayo de 1917; DC: Pontificio Consejo para los textos legislativos, Instr. Dignitas Connubii, 25 de enero de 2005; DRR: Discurso del Papa a la Rota Romana, seguido del año y, si existe, del número del §. RR FE 2013: Benedicto XVI, concesión de “facultades especiales” solicitadas por el Decano de la Rota Romana, 11 de febrero de 2013, en Del Pozzo, Massimo *et al.* (eds.), *Norme procedurali canoniche commentate*, Roma, Coletti a San Pietro, 2013, p. 216.

Las referencias de las citas son lo más escuetas posibles. Puesto que la mayor parte de los documentos se encuentran fácilmente en la página web de la Santa Sede (que tiene un buen buscador), daré sólo los datos que bastan para su consulta en esta nueva colección de fuentes.

** Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Roma.

del pueblo de Dios— han respondido “coralmente” que se debe lograr que esas causas se concluyan con una mayor rapidez, según el proverbio clásico que dice “justicia lenta, justicia negada”. Por otra parte, dicha solicitud contiene, además de una aspiración muy justa, algunas “autoacusaciones” implícitas e inconscientes respecto a la falta de preparación y de dedicación de los miembros de no pocos tribunales eclesiásticos.

El citado adagio es recogido en el CIC y en la DC, en tono propositivo: “los jueces y los tribunales han de cuidar de que, sin merma de la justicia, todas las causas se terminen cuanto antes, y de que en el tribunal de primera instancia no duren más de un año, ni más de seis meses en el de segunda instancia” (canon 1453; DC, artículo 72). De hecho el CIC y la DC usan varias veces la expresión “cuanto antes” (*quam primum*) al referirse a la actuación de los jueces. De todos modos esta actitud está presente en todas las épocas del derecho canónico como demuestran en el siglo XII el Decreto de Graciano (*cf.* C. 33, q. 2, Rúbrica *tertia pars*, cánones 1, 4; C. 35, q. 6, Rúbrica *sexta pars*, canon 10), en el siglo XIII algunas decretales del *Liber Extra* (*cf.* X.2.1.20, Honorio III, *Venerabilis frater*; X.4.18.3, Clemente III, *Videtur nobis*), las Constituciones *Dispendiosam* y *Saepe* del Concilio de Vienne (1311-1312), acogidas en las decretales de Clemente V (*cf.* Clem.2.1.2, Clemente V, *Dispendiosam*; Clem.5.11.2, Clemente V, *Saepe*), el Concilio de Trento (*cf.* Sess. 24, *De reformatione*, artículo 1563, canon 20).¹ En el Concilio Vaticano I (artículos 1860-1870),² en el Vaticano II,³ en el primer Sínodo de los Obispos (posterior al Concilio Vaticano II) al estudiar los principios directivos para la reforma del CIC 1917 (1967),⁴ en los Sínodos sobre la familia (1980)⁵ y sobre

¹ *Cf.* *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, Bolonia, Instituto para la Ciencia Religiosa, Dehoniane, 2000, pp. 772 y 773 (este canon no es recogido en Denzinger, Heinrich, Schönmetzer, Adolf *et al.*, *Enchiridion Symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, Bolonia, ed. Bilingüe, Dehoniane, 1995).

² *Cf.* Gasparri, Petrus, “Praefatio”, *Codex iuris canonici praefatione, fontium annotatione et índice analytico-alphabetico auctus*, ed. Typis Polyglottis Vaticanis, ed. 1, 1917, p. 32.

³ *Cf.* *Acta et documenta Concilio Oecumenico Vaticano II apparando, Series I (antepreparatoria), Appendix voluminis II: Analyticus conspectus consiliorum et votorum quae ab episcopis et praelatis data sunt, Pars II: De sacramentis —De locis sacris (...)— De processibus (...)*, Sub secreto, Typis Polyglottis Vaticanis, MCMLXI, pp. 576, §§ 4, 6; pp. 581 y 582, §§ 4-9.

⁴ *Il diritto processuale, specie nelle cause matrimoniali, tenga presenti le esigenze di umanità, sia nella speditezza...* (Card. Pericle Felici, *Congregazione conclusiva. Sintesi degli interventi e delle relative risposte*, 4 de octubre de 1967, núm. 13, en Caprile, Giovanni, *Il Sinodo dei Vescovi 1967. Prima assemblea generale (29 settembre-29 ottobre 1967)*, Roma, Civiltà Cattolica, 1968, p. 133.

⁵ *Iustitia dilata est iustitia negata* (Card. Carter, en Caprile, Giovanni, *Il Sinodo dei Vescovi 1980. Quinta assemblea generale (26 settembre-25 ottobre 1980)*, Roma, Civiltà Cattolica, 1982, núm. 9, p. 469.

la Eucaristía (2005),⁶ muchos obispos solicitaron que los procesos matrimoniales fueran más rápidos. La necesidad de poner los medios para que los procesos sean expeditos, respetando el tiempo exigido para permitir la necesaria actividad de las partes y del tribunal que consentirá el conocimiento de la verdad, ha sido frecuentemente afirmada por Juan Pablo II (*cf.* DRR 1986 núm. 6, 2005 núm. 6) y por Benedicto XVI (*cf.* DRR 2006 y 2010). Por expresa voluntad del Papa Francisco, los próximos Sínodos de Obispos (en la asamblea extraordinaria de 2014 y en la ordinaria de 2015) estudiarán la pastoral matrimonial, también desde el punto de vista de la tempestividad de las decisiones de los tribunales eclesiásticos.⁷

Ante estas solicitudes, la Santa Sede siempre ha conseguido dar algún paso que agilizara el proceso matrimonial. Por ejemplo, la incorporación del sencillo proceso documental en el CIC 1917, cuya sentencia de primera instancia a favor de la nulidad permite la celebración de un nuevo matrimonio (*cf.* DC, artículo 301 § 2); la posibilidad de solicitar un nuevo capítulo de nulidad en grado de apelación (*cf.* Congregación para los Sacramentos, Instr. Provida Mater Ecclesia, 15 de agosto de 1936, artículo 219 § 2), contra la prohibición del CIC 1917 (canon 1891 § 1); la ampliación de los tribunales competentes, la posibilidad de que uno de los jueces del colegio sea laico y de que en primera instancia sea posible un juez único clérigo (*cf.* Pablo VI, M.p. *Causas matrimoniales*, 28 de marzo de 1971, núms. 4 y 5, y CIC 1983, cánones 1421 § 2, 1425 § 4, 1673); la posibilidad de ratificar con un sencillo decreto judicial (motivado, al menos de modo mediato) la sentencia a favor de la nulidad del matrimonio de primera instancia, agilizando la exigencia de la doble sentencia conforme (a la que la Santa Sede no ha renunciado en las causas normales) y la ampliación de los casos que pueden ser juzgados con el proceso documental (*cf.* Pablo VI, M.p. *Causas matrimoniales*, 28 de marzo de 1971, núms. 8 § 3 y 10-11, y CIC 1983, cánones 1682 § 2, 1686); la radical simplificación de las causas incidentales (*cf.* DC, artículos 218-228); la incorporación en la disciplina universal de la jurisprudencia de la Rota Romana sobre la conformidad equivalente entre dos sentencias que, sin renunciar a la necesidad de la doble sentencia a favor de la nulidad del matrimonio, agiliza la posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio (*cf.* DC, artículo 291 § 2); la posibilidad de la Signatura

⁶ *Cf. Sínodo de Obispos, XI Asamblea General Ordinaria, La eucaristía: fuente y culmen de la vida y de la misión de la Iglesia, proposiciones finales al santo padre, 22 de octubre de 2005, núm. 40 § “e”.*

⁷ *Cf. Documento preparatorio de la III Asamblea General Extraordinaria del Sínodo de los Obispos, 5 de noviembre de 2013, núm. 4, e) y f).*

Apostólica de dispensar *ad casum* la necesidad de la doble sentencia conforme (*cf.* Benedicto XVI, *Lex propria Signaturae Apostolicae*, 21 de junio de 2008, artículo 115 § 2); las temporales facultades especiales en favor de la Rota Romana (*cf.* RR FE 2013), etcétera.

2. *Motivos de la lentitud de los tribunales*

Pero la cuestión es que las causas no sólo deben decidirse *quam primum*. Las mismas normas que dan esta indicación añaden: *salva iustitia* (*cf.* cánones 1446 § 1, 1453; DC, artículo 72). Es decir, la rapidez no puede ir en detrimento del respeto del carácter “declarativo” de la decisión sobre la “verdad objetiva” acerca de la validez del matrimonio: se necesita aceptar los tiempos requeridos por la naturaleza de las cosas (para que crezca un árbol, para que nazca un niño): “el deber de una justicia tempestiva forma parte del servicio concreto de la verdad, y constituye un derecho de las personas. Con todo, una *falsa celeridad*, que vaya en detrimento de la verdad, es aún más gravemente injusta” (Juan Pablo II DRR 2005, núm. 6).

¿Cuáles son las causas reales de la excesiva duración de los procesos? Simplificando la cuestión, se pueden reducir a las siguientes:

- a) La falta de jueces bien preparados y con tiempo disponible para el trabajo en el tribunal. La experiencia demuestra que es la causa principal de los retrasos. Cuando hay jueces competentes que dedican a esta función pastoral el tiempo necesario, las causas suelen durar lo justo. Frecuentemente es necesaria una dedicación exclusiva. Esto supondrá para los jueces-sacerdotes reducir mucho el trabajo en una parroquia.
- b) La carencia de abogados que, con pleno respeto de la verdad, puedan ayudar a los cónyuges a presentar a los jueces, con claridad, los posibles motivos de nulidad del matrimonio y las pruebas útiles para demostrarlos.
- c) La existencia de algunos abogados deshonestos que adoptan posturas contrastantes (“esquizofrénicas”), según la posición procesal del cónyuge al que defienden. Cuando patrocinan a la parte actora, la finalidad de tales patronos es lograr, a cualquier medio, la sentencia de nulidad del matrimonio. Para ello, si lo necesitan, inventan motivos de nulidad y construyen pruebas falsas. Puesto que, con mucha frecuencia, el otro cónyuge es parte demandada sólo formalmente —de hecho, no se opone a una petición que o le favorece (si desea celebrar

un nuevo matrimonio canónico) o le es indiferente, si vive al margen de la Iglesia—, el defensor del vínculo y el juez, quienes perciben las maniobras de dicho abogado y la pasividad del otro cónyuge, tratan de buscar pruebas para llegar al conocimiento de la verdad (*cf.*: DC, artículos 56 § 3, 71), lo que alarga notablemente la fase instructoria. Sin embargo, esos mismos abogados tratan de impedir (de modo doloso) la declaración a favor de la nulidad, cuando patrocinan a una parte demandada que se opone en modo absoluto a la petición del otro cónyuge, aunque se trate de una parte actora que actúa con rectitud. Ya que en estos casos, la parte actora puede tener motivos y pruebas verdaderos que le permitan lograr la deseada declaración de nulidad, el abogado deshonesto de la parte demandada trata de presentar pruebas falsas a favor de la validez del vínculo y, cuando piensa que de tal modo no obtendrá su finalidad, trata de alargar indefinidamente la causa, planteando nuevas pruebas e interponiendo recursos y cuestiones incidentales. Con este “obstruccionismo procesal”, tales abogados desvirtúan prácticamente el *favor matrimonii*, la tutela de la indisolubilidad, que invocan con hipocrecia y los hacen “odiosos” tanto a los cónyuges como a los pastores que con honestidad y motivadamente, piensan que ese matrimonio es nulo, pero se sienten impotentes ante las artimañas de dichos abogados. Tal situación, aunque no sea muy frecuente, se suele producir en países en los que existen abundantes abogados, porque la decisión de la Iglesia tiene efectos civiles. Algunos obispos de esos países, al saber de los procesos inacabables o que se alargan de modo injusto e insoportable, pueden llegar a pensar que el proceso judicial no es adecuado para decidir estas causas. En realidad, lo justo debería ser corregir con energía esos abusos y prohibir que los abogados reincidentes actúen ante los tribunales de la Iglesia.

A todo este complejo conjunto de causas se refirió Juan Pablo II en el primer DRR tras la entrada en vigor del CIC 1983:

En la reforma del derecho procesal canónico, se han hecho esfuerzos por salir al paso de una crítica muy frecuente y no del todo infundada, sobre la lentitud y duración excesiva de las causas. Acogiendo, pues, una exigencia muy sentida y sin querer lesionar, ni disminuir lo más mínimo las necesarias garantías ofrecidas por el *iter* y las formalidades procesales, se ha procurado hacer más ágil y funcional la administración de justicia simplificando los trámites, aligerando las formalidades, acortando los términos, aumentando los poderes discrecionales del juez, etc. Este esfuerzo no debe anularse con tácticas dilatorias

o falta de diligencia en el estudio de las causas, con actitudes de inercia que impiden adoptar la nueva estructura procesal, ni tampoco por la impericia en la aplicación de los procedimientos (DRR 1984, núm. 5).⁸

3. *La búsqueda de soluciones alternativas al proceso judicial. La sugerencia del cardenal Ratzinger de “administrativizar” las causas de nulidad del matrimonio*

Sin embargo, las causas de nulidad del matrimonio suelen tener una duración que raramente se ciñe a la indicación del canon 1453 (*cf.* DC, artículo 72): “todas las causas... en el tribunal de primera instancia no duren más de un año, ni más de seis meses en el de segunda instancia”. Por ello, porque quien solicita la declaración de la nulidad, con frecuencia desea volver a casarse ante la Iglesia y, dependiendo de la edad, tener descendencia del nuevo matrimonio, es lógico que se sigan buscando soluciones alternativas a la vía judicial que permitan alcanzar una decisión con mayor celeridad. El interés eclesial hacia esta cuestión creció ante una sugerencia del cardenal Ratzinger: “podría suceder, por ejemplo, que en un futuro se pudiera comprobar con posterioridad, gracias a alguna verificación extrajudicial, que el primer matrimonio había sido nulo. Esto lo podría comprobar incluso quien tiene responsabilidad pastoral local. Son posibles tales soluciones en el campo del derecho, que pueden simplificar mucho las cosas”.⁹ Una actitud similar manifestaron numerosos obispos en el Sínodo sobre la eucaristía (2005) al examinar la atención pastoral de los divorciados que se volvieron a casar (*supra* nota 6).

Es evidente que el entonces Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe no cuestionaba la necesidad de una intervención jurídica de la Iglesia. Esa “verificación extrajudicial” por parte del pastor local no puede no tener naturaleza jurisdiccional, puesto que será el cauce que permitirá el acceso a la celebración de un nuevo matrimonio canónico de quien, sin tal intervención, tendría prohibido dicho acceso por el impedimento del vínculo precedente. Además, la segunda unión podría (debería) ser declarada nula, por parte de otro pastor competente, si la anterior declaración de nulidad del primer vínculo no poseyera naturaleza pública documentable. La esencial naturaleza pública y social del matrimonio, en ámbito eclesiástico y civil

⁸ La traducción es mía, porque la publicada es imprecisa. *Cfr.* DRR 1989, núm. 4.

⁹ Ratzinger, Joseph, *La sal de la tierra. Cristianismo e Iglesia católica ante el nuevo milenio. Conversación con Peter Seewald*, Madrid, Palabra, 1997, p. 224; Scola, Angelo, (cuando era cardenal-patriarca de Venecia), “Processi matrimoniali: una prospettiva pastorale”, *Il Regno-documenti*, 7/2006, pp. 226-231.

excluye soluciones en el mero ámbito de la conciencia (Congregación para la Doctrina de la Fe, *Carta a los obispos de la Iglesia Católica sobre la recepción de la comunión eucarística por parte de los fieles divorciados que se han vuelto a casar*, 14 de septiembre de 1994, núms. 3, 4, 8 y 9). Por tanto, la verificación jurisdiccional extrajudicial de que hablaba Ratzinger no puede ser más que administrativa, ya que la potestad de régimen se divide en legislativa (la cual resulta impropio para resolver *a posteriori* casos singulares con naturaleza declarativa), judicial (la cual se desea evitar) y administrativa.

Existe otro motivo, no señalado por Ratzinger, a favor de la “administrativación” de las causas de nulidad del matrimonio: la aparente y frecuente ausencia en la práctica, de uno de los presupuestos del proceso judicial, es decir, la carencia de dos partes verdaderamente *enfrentadas* (una a favor y otra en contra de la declaración de la nulidad). Efectivamente, en muchos casos, son los dos cónyuges quienes desean solicitar la nulidad o, al menos, uno no se opone o se desinteresa por completo de la solicitud del otro. Por otra parte, el defensor del vínculo —la figura que institucionalmente, en el vigente sistema, debe defender la validez del matrimonio y oponerse (de acuerdo con su conciencia, *pro rei veritate* y en aplicación del *favor matrimonii*) a la solicitud de que sea declarado nulo— carece, de hecho, de medios para proponer pruebas (proposición que también puede hacer el mismo juez de oficio, sin que nadie lo solicite: *cf.* canon 1452 § 2; DC, artículo 71 § 2) y, con frecuencia (contra la ley), se convierte en un mero asesor del tribunal en la fase inmediatamente previa a dictar la sentencia, una vez concluida la fase instructoria (*cf.* Papa Francisco, *Discurso a la Signatura Apostólica*, 8 de noviembre de 2013).

4. *Las condiciones irrenunciables de cualquier procedimiento eclesial sobre la nulidad del matrimonio*

En realidad no hay ningún impedimento “ontológico” para que la decisión acerca de la validez o nulidad del matrimonio corresponda a una autoridad administrativa. El único impedimento absoluto provendría de la ley divina de la indisolubilidad si se pretendiera conceder a esa autoridad administrativa un poder “constitutivo” y “discrecional” (que son características típicas, aunque no necesarias, de la potestad administrativa) en vez de la potestad meramente “declarativa” exigida por la disposición divina: “...lo que Dios ha unido, que no lo separe el hombre” (Mt 19, 6). Por tanto, esa potestad administrativa para declarar la validez o la nulidad de un matrimonio debería renunciar al uso de la discrecionalidad y respetar una serie

de requisitos imprescindibles para garantizar la naturaleza esencialmente *declarativa* de la decisión y tutelar la indisolubilidad y el derecho a la verdad que poseen los cónyuges, la Iglesia y la sociedad civil. Esos requisitos son:

- a) *Adecuada instrucción de la causa.* La necesidad de recoger todas aquellas pruebas que permitan conocer la verdad. Siendo el matrimonio esencialmente bilateral (ambos cónyuges) se debería informar de la petición de nulidad de un cónyuge al otro, no tanto para que *pueda defenderse* (las causas de nulidad del matrimonio no son “contra” nadie: DRR 2006), cuanto porque *debe colaborar* al conocimiento de lo que sucedió al celebrar el matrimonio, aportando las pruebas que considere útiles. Por otra parte, el *favor veritatis* exigirá que la autoridad valore la oportunidad de investigar, buscando otras pruebas de oficio. La naturaleza pública del vínculo matrimonial y su carácter objetivo exigen (a diferencia de lo que sucede en la confesión sacramental, la cual posee una dimensión meramente de conciencia) que la autoridad llamada a decidir verifique la declaración de quien solicita la nulidad, contrastándola con otras pruebas para alcanzar la certeza moral, de la que hablaremos en el § 5.
- b) *Obtención de la certeza moral acerca de la nulidad del matrimonio.* Para poder declarar la nulidad del matrimonio las pruebas recogidas en la fase instructoria deben producir, en quien debe decidir, la llamada “certeza moral”. De otro modo, si no alcanza dicha certeza, deberá decidir que “no consta la nulidad en este caso”, como requiere el *favor matrimonii* y el *favor veritatis*, ya que la ausencia de la certeza moral sobre la nulidad comporta lógicamente, sin ningún formalismo, que se debe presumir que el matrimonio es válido.
- c) *Posibilidad de impugnar la decisión.* Aunque en la vía administrativa se renunciara a la exigencia —vigente en la vía judicial (salvo en el proceso documental)— de contar con dos decisiones de otros tantos órganos distintos a favor de la nulidad, y, por tanto, una sola decisión a favor de la nulidad del matrimonio pudiera bastar para contraer otro sucesivo, no parece que se pueda renunciar al derecho de impugnar la decisión (a favor o contra la validez del matrimonio) por parte de quien la considere injusta. El derecho a que los actos jurídicos no meramente procedimentales sean revisados por otra autoridad formalmente superior es universal en el derecho canónico (salvo los actos del Papa), tanto en sede administrativa como judicial, y la doctrina lo considera de derecho natural (*cf.* RR FE 2013, núm. 1).

5. *La conservación del proceso judicial con algunas eficaces simplificaciones, como la admisión del juez único laico tanto en primera como en segunda instancia*

Estando así las cosas, hay que reconocer que la “administrativación” de las causas de la nulidad del matrimonio no supondría un paso relevante para hacer más expedita la realización de las causas de nulidad del matrimonio. En efecto, la duración de las causas judiciales proviene, fundamentalmente, de las dificultades en la fase de instrucción —aspecto que no podría faltar en la vía administrativa— y en la fase de revisión de la sentencia. El derecho de las partes (públicas y privadas) a la revisión (al menos una vez) de una decisión sobre la validez del matrimonio tampoco podría faltar en la vía administrativa por su naturaleza esencialmente “declarativa”, y el requisito de exigir una sola decisión a favor de la nulidad para poder celebrar un nuevo matrimonio se podría adoptar tanto en la vía administrativa como en la judicial.

Por otra parte, la actividad de los tribunales de la Iglesia —exceptuados los de la Curia romana (Signatura Apostólica y Congregación para la Doctrina de la Fe), salvo la Rota Romana— se reduce, en la práctica, a juzgar sobre la validez del vínculo matrimonial. Es decir, los tribunales no retrasan el tratamiento de las causas de nulidad del matrimonio porque se dediquen a otro tipo de procesos, sino porque instruir bien una causa y realizar una decisión adecuadamente motivada comporta un esfuerzo y un tiempo no indiferentes, y porque, en ocasiones, los jueces desempeñan otras tareas pastorales (como las que realiza el “pastor local” indicado en la sugerencia de Ratzinger), diversas de las judiciales, que les impiden dedicar el tiempo requerido al tribunal. Además, el pastor local no posee habitualmente la preparación técnica suficiente, ni el tiempo ni los medios necesarios para instruir y decidir la causa. De hecho, la ley recomienda al obispo diocesano que se abstenga de juzgar en las causas de la nulidad del matrimonio y le obliga a erigir un tribunal vicario (*cf.* DC, artículo 22 §§ 2 y 3).

Por tanto, no parece eficaz abandonar estructuras consolidadas desde hace muchos siglos (el proceso judicial) para adoptar otra (el proceso administrativo) la cual no puede prescindir de las fases del proceso judicial que requieren más tiempo (la recogida de las pruebas y el derecho a que un segundo órgano revise la decisión del primero). En definitiva, la mejor solución parece ser la de formar bien a los jueces, permitirles que dediquen a ese oficio todo el tiempo necesario y evitar dilaciones debidas a maniobras obstruccionistas de algunos abogados. De hecho el Código concede un gran

poder a los jueces, aunque algunos no sean conscientes de ello o no sean capaces (por carencia de la necesaria preparación) de actuar en consecuencia, a causa de un cierto complejo de inferioridad o miedo ante los abogados. Ésta ha sido la opción seguida por Juan Pablo II y Benedicto XVI al promover la promulgación y aplicación de la DC. Como hemos recordado, el papa Francisco ha querido que los próximos Sínodos de Obispos reflexionen sobre la pastoral matrimonial, dando la debida importancia a la función de los tribunales eclesiásticos.¹⁰

Desde luego caben otras simplificaciones, como reducir las formalidades para determinar el objeto del proceso (el decreto de concordancia de las dudas), o confiar las causas de modo habitual a un único juez (tanto en primera como en segunda instancia) y permitir que ese juez sea laico (hombre o mujer, competente y buen cristiano), al modo en que, siguiendo un amplio sector doctrinal entre el que me encuentro, parece consentir el papa Francisco en la Exhort. Apost. *Evangelii gaudium* (24 de noviembre de 2013, núm. 104) al tratarse de un oficio para el que no es necesario el sacerdocio ministerial. Lo importante es respetar la naturaleza declarativa de la decisión, exigiendo que el juez llegue a conocer la realidad sobre la validez del vínculo. Aunque la colegialidad ofrezca mayores garantías —según el proverbio “cuatro (seis) ojos ven más que dos”—, ante la realidad, no meramente circunstancial, de la carencia de personas preparadas y con la necesaria disponibilidad de tiempo, un modo equilibrado y muy eficaz de agilizar las causas podría ser el mencionado recurso al juez único en los dos primeros grados del proceso, manteniendo la colegialidad en la Rota Romana (cfr. *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 de abril de 1994, artículos 1o., 17 y 18). La admisión del juez único me parece más respetuosa con la naturaleza declarativa de la decisión de las causas de nulidad del matrimonio que la abrogación de la obligación de la doble sentencia conforme.¹¹

¹⁰ Véase *supra* nota 7.

¹¹ Cfr. Llobell, Joaquín, *Suggerimenti per attuare le possibilità offerte dalla vigente normativa per rendere più celeri le cause di nullità del matrimonio*, en Franceschi, Héctor y Ortiz, Miguel Ángel (coords.), *La ricerca della verità sul matrimonio e il diritto a un processo giusto e celere. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma, Edusc, 2012, pp. 387-402, traducción al inglés: *The Problem of “Sluggishness” in Causes of Nullity of Marriage—General Overview and Practical Manifestations*, en Navarro, Luis y Dugan, Patricia M. (eds.), *Matrimonial Law and Canonical Procedure: A Continuing Education Course Held at the Pontifical University of the Holy Cross (Rome, 20-24 September 2010)*, Montreal, Wilson & Lafleur Itée, 2013, pp. 231-293; *La tempestività delle cause di nullità del matrimonio: possibilità offerte dalla vigente normativa e qualcuna “de iure condendo”* (relazione in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario del Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano e di Appello, Napoli, 26 febbraio 2013), *Iustitia pro salute animarum. Atti e studi*, Tribunale Ecclesiastico Regionale Campano e di Appello, Nápoles, 2013, pp. 21-64.

II. LA INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA AL SERVICIO DE LA VERDAD: LAS PRUEBAS Y EL PRINCIPIO INQUISITORIO CANÓNICO. CONCEPTOS PRELIMINARES

La justicia y la verdad están íntimamente ligadas. La mentira implica una injusticia; en las causas de la nulidad del matrimonio, la injusticia consiste en que un hombre y una mujer vivan con los derechos y obligaciones propios de los cónyuges sin serlo, o viceversa. Una sentencia no es justa porque la dicte la autoridad (el juez que actúa en nombre del obispo diocesano o del Romano Pontífice), sino porque refleja adecuadamente el problema planteado por los esposos y formula la solución justa: “vuestro matrimonio es válido, aunque existan graves dificultades objetivas (pero superables con la gracia de Dios) para vivirlo bien o haya fracasado; por eso seguís teniendo los derechos y obligaciones conyugales”. O, “nuestro matrimonio fue nulo y, por tanto, no tienes los derechos y deberes conyugales, aunque tengas tales otros derechos y obligaciones respecto a nuestros hijos y entre nosotros, especialmente respecto a los efectos civiles (pensión para la parte más débil y la prole, custodia y derecho a visitar a los hijos, etcétera)”.

Para conocer la verdad de lo acaecido cuando se celebró el matrimonio, es necesario indagar en el pasado (a veces lejano), porque es innata la tendencia a deformar la realidad, embelleciéndola o depauperándola para autojustificarse o para atribuirse una culpa que realmente no fue cometida. Por eso en cualquier proceso es fundamental la instrucción de la causa, en la que cada parte trata de demostrar que la verdad hace justa su petición al juez y requiere que la sentencia conceda lo que solicita. En el proceso de nulidad del matrimonio es particularmente importante tratar de llegar al conocimiento de la verdad objetiva, porque el juez no puede modificar la realidad: “...lo que Dios ha unido, que no lo separe el hombre” (Mt 19, 6). Si el matrimonio es válido, sigue siéndolo aunque el juez lo declare nulo, y viceversa, ya que la sentencia es meramente declarativa. La completa certeza de haber llegado a conocer la verdad absoluta no es habitualmente posible. Pero las personas prudentes (la prudencia es una de las virtudes que deben poseer los jueces: la *uris prudentia*) son capaces de tener “certeza moral” de haber llegado, o no, al conocimiento de la verdad. Tal certeza se funda casi necesariamente en diversas pruebas acerca de lo realmente acaecido. Por ello, la fase de la instrucción, aquélla en la que el juez recoge las pruebas, es esencial y, habitual y lógicamente, ocupa la mayor parte de la duración del proceso, al menos en primera instancia.

La ley contiene una serie de indicaciones sobre las pruebas llenas de sentido común y provenientes de la multiseccular experiencia judicial. Esas

reglas no pueden aplicarse de modo mecánico y formalista; no obstante, no ponderarlas y no aplicarlas comportaría, en la mayor parte de los casos, un presuntuoso uso de la libertad que fácilmente desembocaría en arbitrariedad e injusticia. Así, “§ 1. La carga de la prueba incumbe al que afirma. § 2. No necesitan prueba aquellas cosas que la misma ley presume” (DC, artículo 156).

Las pruebas están encaminadas a demostrar la veracidad de las afirmaciones de las partes, aunque las mismas declaraciones de los cónyuges ya poseen un cierto valor probatorio, con tal que sean apreciadas libremente y con sentido común, si no se quiere incurrir en una manifiesta contradicción al identificar lo que hay que probar con el modo de hacerlo (*infra* § 3). A la vez la ley establece algunas “presunciones”, por ejemplo, “§ 1. El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio. § 2. Pero si uno o ambos contrayentes excluyen con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo, o un elemento esencial del matrimonio, o una propiedad esencial, contraen inválidamente” (canon 1101). En este caso no se debe probar la coincidencia entre el consentimiento interno y el externo, porque esa coincidencia se presume, sino la falta de conformidad.

“No pueden admitirse pruebas bajo secreto, a no ser por causa grave y asegurando su notificación a los abogados de las partes, según lo dispuesto en los arts. 230, 234” (DC, artículo 157 § 2).

El derecho a la intimidad está tutelado por el ordenamiento canónico (*cf.* canon 220). Por ello, existe la grave obligación del secreto profesional y de los datos reservados de la otra parte (*cf.* DC, artículos 73, 104 § 1). Sin embargo, pertenece a la esencia del modo procesal de conocer la verdad que todas y cada una de las pruebas sean conocidas por ambas partes, además por los jueces y notarios. Cuando un cónyuge propone una prueba es porque la considera útil para demostrar su versión de la realidad. Pero puede manifestar una realidad parcial que, si fuera considerada absoluta, podría llevar a dictar una sentencia injusta. Con frecuencia tal parcialidad sólo puede detectarla el otro cónyuge, quien posee datos desconocidos para el juez. Todos los ordenamientos procuran evitar daños (físicos, morales, patrimoniales, etcétera) a quienes intervienen en el proceso para que el juez conozca la verdad: se protege a los testigos o peritos que intervienen en causas contra peligrosos delincuentes (terroristas, mafiosos, narcotraficantes). Mas es sabido que la realidad, objeto de un proceso judicial, es habitualmente “desagradable”, a veces “muy” desagradable. La causa grave que puede hacer que sea justo que una prueba no sea dada a conocer —a la parte que no la ha presentado, o a ambas (cuando la prueba ha sido adquirida por el

juez de oficio o por la espontánea presentación de un testigo)—, no puede consistir, por ejemplo, en el temor de un testigo a entristecer a la parte que “queda mal” como consecuencia de su declaración, o a perder la amistad de la parte que se puede sentir traicionada por haber referido algo “contra” ella: “soy amigo de Platón, pero soy más amigo de la verdad”, cuenta Amonio (175-242 d.C.) que decía Aristóteles refiriéndose a la enseñanza recibida de su maestro Platón. El juez no debe aceptar una declaración testimonial dada con la condición de que no se dé a conocer a uno o a ambos cónyuges: podría deformar la verdad, aunque sea inconscientemente, y la parte perjudicada no podría compensar ese error con otras pruebas porque desconoce que se ha producido esa declaración imprecisa. “El juez debe evitar un número excesivo de testigos y de otras pruebas, y ha de denegar la admisión de pruebas aportadas con el fin de retardar el juicio” (DC, artículo 157 § 3).

Esta disposición manifiesta el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la duración más breve posible del proceso. A la vez hay que aceptar que el proceso sólo tiene razón de ser si sirve para conocer la verdad, y que ese conocimiento requiere, especialmente en primera instancia, practicar con diversas pruebas, para lo que suelen ser necesarios bastantes meses: “los jueces y los tribunales han de cuidar de que, sin merma de la justicia, todas las causas se terminen cuanto antes, y de que en el tribunal de primera instancia no duren más de un año, ni más de seis meses en el de segunda instancia” (DC, artículo 72).

El *favor veritatis* canónico y la habitual identificación del instructor de la causa con uno de los miembros del tribunal que dictará la sentencia justifican la presencia del sistema *inquisitorio* en el ordenamiento de la Iglesia. Se entiende por *inquisición* la activa participación del juez que decidirá la causa en la proposición y en la práctica de las pruebas (*cf.* DC, artículo 71). Este sistema plantea el problema de la posible excesiva intervención del juez para demostrar una hipótesis previa y, por tanto, de la falta de independencia y de objetividad al valorar las pruebas que él mismo ha considerado útiles para conocer la verdad. Por lo cual, en los ordenamientos estatales se sigue el principio *dispositivo* (sólo las partes pueden aportar pruebas) en las causas civiles (patrimoniales) y la separación entre el instructor y el juez que decide en las causas penales. El sistema inquisitorio, aunque comporte riesgos, es en sí mismo justo e impregna el proceso penal de bastantes ordenamientos del “primer mundo jurídico”. La inquisición sería injusta si comportara —como ha sucedido en amplios periodos de la historia, también en el proceso penal canónico— el ocultamiento a las partes (en particular al acusado en una causa penal) de las pruebas, o de alguna de ellas, que puede llevar a una sentencia condenatoria basada sobre una prueba falsa o parcial respecto a la cual el condenado no ha podido defenderse porque nunca la conoció.

Para adquirir pruebas que se encuentran en el territorio de competencia de otro tribunal existe la institución del “auxilio judicial”: “todo tribunal tiene derecho a pedir la ayuda de otro tribunal para la instrucción de la causa” (DC, artículo 29 § 1). Este auxilio se produce también con los tribunales estatales, especialmente cuando la sentencia canónica tiene relevancia civil: “los tribunales eclesiásticos y los organismos eclesiásticos competentes pueden solicitar a los tribunales judiciales [del Estado] la citación o notificación de las partes, peritos o testigos, tanto en cuanto a diligencias de carácter probatorio como de otra naturaleza” (artículo 1626 § 3 del Código Civil de Portugal).

III. LAS DECLARACIONES DE LAS PARTES Y EL CONCEPTO DE “CONFESIÓN JUDICIAL” USADO POR LA INSTR. “DIGNITAS CONNUBII”

El valor probatorio de las declaraciones de las partes es uno de los argumentos más importantes y problemáticos del vigente proceso de nulidad del matrimonio. Para comprender el problema y acertar con la justa solución es necesario recordar que el *favor matrimonii* y el concepto auténtico de certeza moral impiden declarar la nulidad del matrimonio cuando existe “cualquier prudente duda positiva de error” sobre la invalidez del vínculo (*cfi.* DC, artículo 247 § 2). Y que, por otra parte, el vigente ordenamiento canónico permite declarar la nulidad siempre que el juez alcance dicha certeza moral, la cual es sinónimo de “prueba plena”.

Esta certeza puede radicarse (cuando no es posible contar con otras pruebas) en la única declaración de una de las partes. En cualquier caso, para que este medio probatorio, por sí solo pueda determinar la certeza moral del juez es necesario —además de que no existan otras pruebas, lo cual será *muy* excepcional— que esa declaración reúna los requisitos (circunstancias, indicios, adminículos, etcétera) que le consienta alcanzar la calificación jurídica de “prueba plena” (*cfi.* DC, artículos 180 y 202).

El CIC 1917 no consideraba entre los medios de prueba a las declaraciones de las partes, las cuales eran establecidas en un título precedente al de las pruebas. Se acogía así la tradición jurídica (no sólo canónica) según la que lo afirmado por una parte procesal y no probado por otro medio carece de valor probatorio en el proceso, salvo que la afirmación sea contra sí misma (confesión judicial). Sin embargo, la mayor sensibilidad por la dignidad de la persona humana y la consideración de que quien solicita la nulidad del matrimonio lo puede hacer prevalentemente por motivos de conciencia (incompatibles con las declaraciones conscientemente falsas) ha llevado al le-

gislador eclesiástico a reconocer eficacia probatoria a las declaraciones de las partes; es decir, a aceptar que la declaración de algo que les favorece y que es lo que debe ser probado también puede servir para conocer la verdad. A la vez el *favor veritatis* y el sentido común exigen que, siempre que sea posible, las declaraciones de las partes sean examinadas en el contexto de las otras pruebas, las cuales confirmarán o desmentirán lo sostenido por las partes. No olvidemos que con absoluta rectitud de intención es posible errar.

De este sistema queda exceptuada la “confesión judicial” *stricto sensu*:

- a) “Confesión judicial es la afirmación escrita u oral sobre algún hecho ante el juez competente, manifestada por una de las partes acerca de la materia del juicio y contra sí misma, tanto espontáneamente como a preguntas del juez” (CIC 1983, canon 1535).
- b) “§ 1. La confesión judicial de una de las partes, cuando se trata de un asunto privado y no entra en juego el bien público, releva a las demás de la carga de la prueba”.
- c) “§ 2. Sin embargo, en las causas que afectan al bien público, la confesión judicial y las declaraciones de las partes que no sean confesiones pueden tener fuerza probatoria, que habrá de valorar el juez juntamente con las demás circunstancias de la causa, pero no se les puede atribuir fuerza de prueba plena, a no ser que otros elementos las corroboren totalmente” (CIC 1983, canon 1536).

Este sistema no manifiesta formalismo sino que otorga sentido común: el valor de prueba plena reconocida a la confesión judicial en las causas privadas supone el reconocimiento de la libertad de disposición sobre los bienes privados. En efecto, si el demandado confiesa que debe la cantidad de dinero que le solicita el actor no es necesario demostrar si es o no verdad, puesto que el demandado puede donar liberalmente dicha suma. Sin embargo, en las causas públicas en las que predomina el *favor veritatis*, la confesión judicial no posee carácter de prueba plena y, por tanto, no produce *automáticamente* la certeza moral: si la madre del acusado en un proceso penal confiesa ser ella quien cometió el delito, tal confesión no comportará automáticamente la liberación del hijo y la condena de la madre si las demás pruebas culpan a éste: la primera puede inculparse por amor al hijo.

Por otra parte, en las causas de nulidad del matrimonio no se puede hablar estrictamente de “confesión”, puesto que viene a faltar el requisito esencial de que sea “contra la misma parte” (*cf.*: cánones 1535 y 1679). En las causas de nulidad del matrimonio cuando un cónyuge (actor o demandado) afirma ser culpable de la nulidad del matrimonio porque, por ejemplo,

excluyó una propiedad esencial, dicha declaración no es “contra” el cónyuge que declara (el cual obtendría el beneficio deseado: poder celebrar otro matrimonio), sino contra el vínculo, el cual es indisponible. Por otra parte, el cónyuge demandado que apoya la petición del actor, declarando ser culpable de la nulidad de la que le acusa el actor, en realidad se convierte en litisconsorte activo *sucesivo* a la citación. De hecho, la DC no ha recibido la disposición del canon 1526 § 2, núm. 2, porque no es aplicable a las causas de nulidad del matrimonio: “no necesitan prueba: los hechos afirmados por uno de los contendientes y admitidos por el otro”. Por tanto, la confesión judicial como prueba plena *stricto sensu* no se aplica a las causas de nulidad del matrimonio por dos motivos: *a)* porque las declaraciones de los cónyuges no son una verdadera confesión, al no ser “contra” quien declara, y *b)* porque su naturaleza pública exige que el juez tenga certeza moral de juzgar según la verdad objetiva.

Sin embargo, el CIC 1983 y la DC reconocen valor probatorio a las declaraciones de las partes: “procure el juez interrogar a las partes, para mejor averiguar la verdad” (artículo 177; *cf.* canon 1530; artículos 65, 95 § 1, 138 § 2). Más aún, la DC modifica, en las causas de nulidad del matrimonio, el concepto codicial de confesión judicial, e incorpora el usado por la jurisprudencia de la Rota Romana: “no obstante, en las causas de nulidad de matrimonio se entiende por confesión judicial la declaración oral o escrita por la que la parte afirma ante el juez competente un hecho propio contrario a la validez del matrimonio, espontáneamente o respondiendo a preguntas del juez” (DC, artículo 179 § 2).

Una vez incorporada la jurisprudencia rotal al sistema normativo, la DC afirma que esa confesión judicial casi nunca podrá producir por sí sola la “prueba plena”, salvo que sea realmente imposible recoger otras pruebas, eventualidad que verdaderamente es muy difícil que se produzca, considerada la naturaleza social y pública del matrimonio. Lo normal será lo señalado en DC: “la confesión judicial y las demás declaraciones judiciales de las partes pueden tener fuerza probatoria, que habrá de valorar el juez juntamente con las demás circunstancias de la causa” (DC, artículo 180 § 1).

Cuando muy excepcionalmente no existan otras pruebas aparte de la confesión judicial, “no se les puede atribuir fuerza de prueba plena, a no ser que concurran otros elementos probatorios que las corroboren totalmente... Para valorar las declaraciones de las partes el juez ha de requerir, si es posible, testigos que declaren acerca de la credibilidad de las partes; y se servirá también de otros indicios y adminículos” (DC, artículo 180 §§ 1 y 2). En cualquier caso, corresponde al juez la valoración de las declaraciones de las partes, en particular las causas de nulidad del matrimonio por simulación

del consentimiento, sobre las que las declaraciones de los cónyuges tienen una particular transcendencia, aunque, normalmente, esa simulación tendrá reflejo en la conducta externa y, por tanto, será susceptible de ser probada por medio de testigos y documentos, y por los mismos hechos, por ejemplo, en la simulación del *bonum prolis*, o *fidei*, o *coniugum*, etcétera. De hecho, la jurisprudencia de la Rota Romana, al considerar el valor probatorio de las declaraciones de las partes especialmente en las causas por simulación, usa la *máxima de experiencia* “los hechos son más elocuentes que las palabras” (*facta eloquentiora sunt verbis*) que ayuda a valorar las declaraciones (“las palabras”) a la luz de las otras pruebas (“los hechos”). Por otra parte, el juez deberá valorar críticamente también los testigos de credibilidad, aunque sean muy cualificados (*cf.* DC, artículo 180 § 2) ¿Por qué los motivos que llevan a ese cualificado testigo a respaldar la declaración del cónyuge no encuentran apoyo o son contradictorios con otras pruebas?

IV. LA FASE DECISORIA: LA SENTENCIA “DEFINITIVA” DEL TRIBUNAL

La sentencia “definitiva” es la respuesta del tribunal a las peticiones de las partes: al objeto del proceso fijado por el mismo tribunal al inicio de la causa en el decreto de fórmula de las dudas (DC, artículo 135 § 3). Sin embargo, la sentencia “definitiva” que declara la nulidad del matrimonio en primera instancia no es sinónimo de sentencia “eficaz”, porque todavía no es ejecutiva, ya que el ordenamiento canónico, salvo en el proceso documental, exige la doble sentencia conforme para que la decisión a favor de la nulidad del matrimonio pueda permitir la celebración de un nuevo matrimonio (DC, artículo 301).

La sentencia del tribunal colegial debe reflejar fielmente el parecer de la mayoría de los jueces: la colegialidad no se refiere sólo a la parte dispositiva, sino a toda la sentencia, también a la motivación. Por ello, aunque debe ser público quien es el redactor, es confuso atribuir la decisión sólo al ponente, indicado en la praxis de la Rota Romana y de otros tribunales con la preposición latina *coram*. En efecto, la redacción corresponde al ponente, salvo que “a raíz de la discusión se vea conveniente, por justa causa, encomendar esa tarea a otro de los jueces” (DC, artículo 249 § 1) por ejemplo, cuando el parecer del ponente es completamente distinto al de los demás jueces y, por tanto, le resultaría muy arduo motivar bien una decisión de la que disiente profundamente. No obstante, el juez discordante debe firmar la sentencia que no comparte, respetando exquisitamente la democracia judicial, aunque

puede solicitar que su parecer discrepante (que es secreto para las partes) sea transmitido al tribunal de apelación (*cf.* DC, artículo 248 § 4). Solamente en casos excepcionalmente graves un juez podría dirigirse al obispo moderador del tribunal para informarle que su conciencia le impide ser solidario con el parecer de la mayoría y que dimite como miembro de ese colegio judicial.

La DC, siguiendo la jurisprudencia de la Rota Romana, especifica las disposiciones del Código sobre las partes integrantes de la sentencia. Tras una serie de requisitos formales (*cf.* artículo 253 § 1), hay cuatro elementos sustanciales (*cf.* artículo 253 § 2):

- a) Una breve narración inicial de la causa, el “caso”, denominado en latín *facti species*: “exponer brevemente el hecho del que se trata, las conclusiones de las partes y la fórmula de las dudas”.
- b) El *in iure*: la exposición clara y breve del derecho aplicable (y su interpretación jurisprudencial y doctrinal) acerca de la materia establecida en el decreto de la fórmula de las dudas.
- c) El *in facto*: la reconstrucción de los hechos realizada en base al análisis de las pruebas presentes en las actas de la causa, y la calificación jurídica de los mismos, con referencia a la correspondencia (positiva o negativa) de tales hechos con los supuestos fácticos de las normas examinadas en el *in iure*: “la exposición de los hechos, tal como exige la naturaleza del asunto, debe hacerse con prudencia y cautela, evitando cualquier ofensa a las partes, a los testigos, a los jueces y a los demás ministros del tribunal” (DC, artículo 254 § 2).
- d) Finalmente, la parte *dispositiva*: la decisión acerca de si consta o no la nulidad del matrimonio por tales o cuales capítulos, establecidos en el decreto de fórmula de las dudas. En esta parte dispositiva “debe indicarse, además, si la sentencia puede ejecutarse inmediatamente y por qué vías cabe impugnarla; y, si es el caso, se informará de la remisión de la causa de oficio al tribunal de apelación” (artículo 253 § 5). En las causas a favor de la nulidad del matrimonio, para tratar de evitar la nulidad de otro matrimonio sucesivamente contraído por alguna de esas mismas personas, la sentencia puede establecer la “prohibición” (el “veto”) de celebrar un nuevo matrimonio al cónyuge (o a los cónyuges) que, en el momento de dictar la sentencia de nulidad, el tribunal considera que es incapaz (por impotencia o por enfermedad psíquica) o que posee una estable voluntad simulatoria, dolosa o no (*cf.* DC, artículos 250, núms. 3 y 251). Salvo que el derecho particular disponga otra cosa o los cónyuges hayan obtenido el beneficio del gratuito patrocinio del abogado y de la exención (total

o parcial) de las tasas judiciales (la “justicia gratuita”), la sentencia deberá determinar los gastos a los que cada parte debe hacer frente (*cf.* DC, artículos 250, núm. 4, 302-308), teniendo presente que por motivos económicos “los fieles no se vean apartados del ministerio de los tribunales, con grave daño para las almas, cuya salvación debe ser siempre ley suprema en la Iglesia” (DC, artículo 308).

La parte dispositiva debe redactarse y firmarse en la misma sesión en la que se toma la decisión, también para prevenir la posibilidad de que alguno de los jueces no pueda firmar la sentencia motivada, en cuyo caso vale la decisión sin su motivación (*cf.* DC, artículo 255). Esa parte dispositiva puede ser notificada a las partes (*cf.* DC, artículo 257), aunque carezca de eficacia hasta que se publique la sentencia íntegra, puesto que tal decisión es absolutamente inmodificable, salvo para corregir un error meramente material (*cf.* DC, artículos 259 y 260).

La sentencia íntegra debe redactarse antes de un mes a partir del día en que se decidió la causa y debe ser consignada cuanto antes a las partes (públicas y privadas). La publicación puede hacerse bien entregando el notario una copia en la sede del tribunal, o enviándola por un medio postal de cuya entrega quede constancia, en modo análogo a la citación inicial de la parte demandada (*cf.* DC, artículos 249 § 5, 257, 258 § 1).

V. LA CERTEZA MORAL Y LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La presunción de la validez del matrimonio celebrado ante la Iglesia es una exigencia sustancial, no formalista, de la justicia. Por ello, para que la sentencia pueda modificar esta situación jurídica, previa al proceso, el tribunal necesita adquirir la “certeza moral” sobre la justicia de dicha modificación. Tal reforma puede ser solamente *declarativa*: el proceso demuestra que el vínculo que se presumía válido (se trata del *favor matrimonii* del canon 1060), en realidad fue nulo desde el momento de su celebración. La demostración de esta nulidad no es necesario que posea tal intensidad que excluya la *posibilidad de lo contrario* (cosa prácticamente imposible en las realidades de naturaleza espiritual), pero sí debe excluir “cualquier prudente duda positiva de error” (DC, artículo 247 § 2). Es decir, tal posibilidad concreta de errar debe dejar de existir en la conciencia del juez como consecuencia del examen del conjunto de las diversas pruebas instruidas. Por tanto, en las causas de nulidad del matrimonio (como en aquellas otras en las que una de las partes goce de un “favor” jurídico, por ejemplo, el acusado en el proceso penal goza del *favor rei*, de la presunción de

inocencia del reo), el tribunal que no alcanza la certeza moral acerca de la nulidad del vínculo —porque tiene alguna fundada o razonable duda sobre su validez— deberá declarar que *no consta* dicha nulidad, aunque existan motivos (pruebas) a favor de la misma.

1. *La objetividad de la prueba “plena” y el principio de la libre valoración de las pruebas*

En el vigente ordenamiento canónico, en el cual es absoluto el principio de la libre valoración de las pruebas (*cf.* DC, artículo 247 § 4), “prueba plena” es aquella que produce la certeza moral en el ánimo del juez (*cf.* DC, artículos 180 y 202). Normalmente, la prueba plena no será una sola, sino un conjunto de

...indicios y pruebas, los cuales, singularmente considerados no son aptos para fundar una verdadera certeza, pero en su conjunto no permiten que surja una razonable duda en contrario para una persona de sano juicio. De este modo no se llega a la certeza por un mero acumularse de probabilidades... Se trata, más bien, del reconocimiento de que la simultánea presencia de todos estos indicios y pruebas singularmente considerados pueden subsistir todos juntos solamente porque provienen de una fuente o base común: la verdad objetiva y la realidad. La certeza proviene en nuestro caso de la inteligente aplicación de un principio absolutamente seguro y de valor universal: el principio de la razón suficiente (DRR 1942, núm. 2).

En cualquier caso, para que una o varias pruebas puedan producir la certeza moral del juez es necesario que reúnan los requisitos (circunstancias, indicios, adminículos, etcétera) que les consientan alcanzar la calificación jurídica de “prueba plena”, calificación que deberá ser justificada por el juez en la motivación de la sentencia y podrá ser impugnada ante el tribunal de apelación por la parte (privada o pública) que no comparta dicha justificación. En efecto, la certeza moral no es una reconstrucción de la realidad meramente subjetiva —una intuición del juez (aunque sea muy “intensa”)— indemostrable, en base a las actas del proceso, ante las partes y ante el tribunal de apelación. Debe tratarse de una certeza (y, en cuanto tal, ha de ser subjetiva) que sea también “objetiva”, es decir, “comunicable” a todos los sujetos destinatarios de la sentencia, con tal de que posean un adecuado conocimiento de la materia en discusión y un “sano juicio”: las partes, el tribunal de apelación y, en definitiva, la comunidad (eclesiástica y civil) en la que viven los cónyuges cuyo matrimonio haya sido declarado nulo sobre la base

de una certeza. Es necesario insistir en estos conceptos, pues es evidente que la declaración de la nulidad de un matrimonio basada sólo sobre la declaración de las partes (o de una de ellas) podría ser objeto de fáciles abusos si no fueran respetadas las condiciones determinadas por la ley: que constituya prueba plena capaz de producir la certeza moral. Dichas condiciones no son meros requisitos “formales”, carentes de sensibilidad pastoral, sino que derivan de la presunción de la validez del matrimonio celebrado legítimamente —respetando la dignidad de las personas que lo contrajeron, cuya capacidad y sinceridad se presumen *salvo prueba plena en contrario*: otra cosa sería mera insuficiente probabilidad— y de la importancia soteriológica (para la salvación del alma) y social de proteger el carácter indisoluble del vínculo conyugal (natural y sacramental).

2. *La conceptualización normativa de la certeza moral en la Instr. “Dignitas connubii”*

El concepto de certeza moral gozaba de una amplia tradición multi-secular que permitía su habitual identificación; por ejemplo fue muy usada por Benedicto XIV en el siglo XVIII para las causas de canonización. No obstante, Pío XII consideró que era oportuno precisar tal concepto (*cf.* DRR 1941 y 1942). Juan Pablo II afirmó que “Pío XII declaró de forma auténtica el concepto canónico de certeza moral” (DRR 1980, núm. 6). La formulación de ambos papas no fue acogida en el canon 1608 por la naturaleza explicativa de la misma. Sin embargo, lo ha hecho la DC porque tal “aclaración” de la ley es propia de una instrucción (*cf.* canon 34 § 1): “para la certeza moral necesaria conforme a derecho no basta el peso prevalente de las pruebas y de los indicios, sino que se requiere también que se excluya cualquier prudente duda positiva de error... aunque no quede eliminada la mera posibilidad de lo contrario” (DC, artículo 247 § 2).

El convencimiento de que el respeto de este concepto de certeza moral es esencial para que la sentencia contribuya a la *salus animarum* (a que las personas vivan su vida matrimonial de acuerdo a la verdad y a ley de Dios), y la constatación de que no pocos tribunales declaraban la nulidad de los matrimonios con una certeza distinta (del tipo definido por Pío XII como “cuasicerteza”, “probabilidad” o “prevalencia”), llevó a Juan Pablo II a pronunciar severas palabras, tomadas de un documento dirigido a la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos:

...a ningún juez es lícito pronunciar una sentencia a favor de la nulidad de un matrimonio si no ha adquirido antes la certeza moral sobre la existencia de la

misma nulidad. No basta la sola probabilidad para decidir una causa. Valdría para cualquier cesión a este respecto cuanto se ha dicho sabiamente de las demás leyes relativas al matrimonio: toda relajación de las mismas tiene en sí una dinámica impelente “la cual, si se convierte en praxis habitual, abre el camino para tolerar en la Iglesia el divorcio, oculto bajo otro nombre” (*Carta del Cardenal Prefecto del Consejo para los Asuntos Públicos de la Iglesia al Presidente de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos de América del Norte*, 20 de junio de 1973) (DRR 1980, núm. 6).

3. *La relativización de la verdad en el sistema probatorio del Common Law y su incidencia en los tribunales de la Iglesia*

En efecto, el sistema del *Common Law*, por una parte, reconoce la presunción de inocencia del demandado mientras no se demuestre su culpabilidad (*innocent until proven guilty*) y la necesidad de que el juez, para condenar al acusado (en particular en materia penal), alcance la *proof beyond reasonable doubt*, la “certeza más allá de toda duda razonable”, que es un concepto equiparable al de la “certeza moral” canónica. No obstante, por otra parte, en el *Common Law*, también en las causas sobre bienes públicos como las penales, la actividad de las partes en el proceso (verdad “subjetiva”) predomina sobre la verdad “objetiva” a causa de la privatización de cualquier bien controvertido y de la prioritaria finalidad del proceso de satisfacer los intereses de las partes implicadas en la causa, dependiendo de cuál de ellas haya “prevalecido” al argumentar su propia posición. Tal actitud favoreció que los tribunales de la Iglesia en Estados Unidos y, en general, en los países anglófonos, modificaran de hecho y normativamente el concepto de certeza moral, tanto sobre la realidad fáctica como sobre la ley aplicable. Con una inadecuada “inculturación” en el ámbito ético y jurídico, la norma 21 de la Ley del 1970 sustituyó la exclusión de cualquier prudente duda positiva de error, como característica típica de la certeza moral sancionada por Pío XII en 1942, por la mera “prevalencia” de las pruebas y de los indicios.¹² Según la Ley del 1970 el juez podía sentenciar a favor de quien hubiera vencido en el debate instructorio (según el planteamiento del *adversary system litigation*), sin que el juez debiera considerar si tal posición reflejaba la verdad objetiva, incurriendo en el planteamiento divorcista señalado por Juan Pablo II en el DRR 1980 recién citado.

¹² Cfr. Consejo para los Asuntos Públicos de la Iglesia, *Novus modus procedendi in causis nullitatis matrimonii approbatur pro Statibus Foederatis Americae Septentrionalis*, 28 de abril de 1970, núm. 21, en Gordon, Ignatius y Grochowski, Zenon, *Documenta recentiora circa rem matrimoniale et processuale*, Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1977, vol. 1, núms. 1380-1428.

Efectivamente, según el modelo “adversarial”, el proceso se concibe como una competición de las partes que pugnan por el triunfo de sus respectivas pretensiones, también en el proceso penal. “Cualquier intervención judicial que merme un ápice el protagonismo procesal de las partes se concibe desde la perspectiva del *adversary system* como una intervención injustificada y fuera del modelo procesal asumido por el *common law*”.¹³ Esta prohibición al juez de indagar la verdad comporta la absolutización del principio según el cual el juez debe decidir la causa exclusivamente con el material instructorio producido por las partes, según el concepto de “certeza prevalente”, que tergiversa el concepto de la certeza moral canónica, como sucedió con la norma 21 de la Ley del 1970, cuyo influjo no cesó con su abrogación producida por la entrada en vigor del CIC 1983. Para tratar de erradicar este influjo negativo, todavía presente, del *Common Law* en el derecho canónico, la DC ha reprobado el concepto de certeza moral ex *Common Law* y ha propuesto de nuevo el genuino concepto canónico, formulándolo por vez primera con modalidad legislativa en el artículo 247 § 2.

4. *La aplicación no formalista del principio según el cual la certeza moral debe provenir de las pruebas procesales*

Por otra parte, alguna vez se pretende fundamentar un injusto pronunciamiento a favor de la nulidad del matrimonio haciendo un uso profundamente formalista del concepto de certeza moral. El § 3o. del artículo 247 de DC afirma: “el juez ha de conseguir esta certeza de lo alegado y probado”. El planteamiento formalista *pro nullitate matrimonii* que critico razona así: “las pruebas presentes en el proceso manifiestan unívocamente la nulidad del matrimonio, por tanto es evidente la certeza moral al respecto”. Olvidan que el juez es un ser inteligente y libre, no un ordenador informático, por lo cual el sucesivo párrafo de la DC afirma que: “el juez debe valorar las pruebas según su conciencia” (§ 4). Sin embargo, para poder declarar nulo el matrimonio a toda costa, esos jueces renuncian al principio de la libre valoración de las pruebas. Efectivamente, el juez no puede limitarse a constatar mecánicamente que todas la pruebas presentadas son a favor de una sentencia afirmativa de la nulidad del matrimonio y, por tanto, a declararlo nulo.

Así, la certeza moral es una institución para procurar que la sentencia corresponda a la verdad sustancial. Por tanto, es necesario analizar si esas

¹³ Aliste Santos, Tomás J., *Sistema de “Common Law”*, Salamanca, Ratio Legis, 2013, pp. 230 y 283-297.

pruebas (todas a favor de la nulidad) son realmente suficientes para conocer la verdad. Si todas éstas han sido presentadas por la parte actora, si no ha habido ninguna intervención incisiva por parte del defensor del vínculo o de oficio por parte del instructor, si esas pruebas no logran justificar una prolongada y serena vida conyugal antes del fracaso del matrimonio, fácilmente podrá suceder que la recta conciencia (no escrupulosa) indique al juez que (a pesar de la univocidad invalidante de esas pruebas) no está en condiciones de alcanzar la certeza moral sobre la nulidad del matrimonio, porque tiene auténtica certeza moral de no disponer de las pruebas necesarias para conocer la verdad sobre si realmente existe el motivo capaz de hacer nulo el matrimonio. Ante esta situación, la única posibilidad justa y razonable (no formalista) es aplicar la indicación del § 5 del artículo 247 de la DC: “...el juez que no haya podido alcanzar esta certeza tras un examen diligente de la causa, debe sentenciar que no consta la nulidad del matrimonio”, o bien, según “lo dispuesto en el artículo 248 § 5”:

...si los jueces no quieren o no pueden dictar sentencia en la primera discusión, puede diferirse la decisión hasta una nueva reunión establecida por escrito, pero no por más de una semana, a no ser que haya de completarse la instrucción de la causa a tenor del artículo 239, en cuyo caso los jueces deben decretar: se difiere el pronunciamiento y complétense las actas.

En esta tarea de completar las actas habrá que procurar, a iniciativa del defensor del vínculo o de oficio, interrogar al otro cónyuge (si no se intentó suficientemente antes), buscar otros testigos, solicitar una nueva pericia, etcétera. Si a pesar de esos esfuerzos el juez (que no puede ser escrupuloso) continúa sin alcanzar la certeza moral de haber conocido la verdad objetiva, deberá “sentenciar que no consta la nulidad del matrimonio” (DC, artículo 247 § 5).

5. *La motivación de la sentencia y la certeza moral acerca de la ley aplicable*

Ciertamente es duro transmitir esta decisión al cónyuge —o a ambos— que solicitó la nulidad. La sentencia deberá estar bien motivada para que los fieles implicados puedan entender por qué no consta al tribunal la nulidad de su matrimonio fracasado (*caritas in veritate*), respetando su derecho a pensar lo contrario y a tratar de probarlo de nuevo, con la impugnación ordinaria de la apelación o con la extraordinaria del nuevo examen (DC, artículos 279-294). Esa motivación es también necesaria para que los esposos comprendan que si desean vivir de acuerdo con la voluntad de Dios y participar de los sacramentos de la penitencia y de la eucaristía, no pueden mantener relacio-

nes matrimoniales con el “cónyuge” con el contrajeron matrimonio civil tras el previo divorcio, debiendo separarse o, si realmente existen motivos suficientes para esa excepcional y ardua situación, convivir “como hermanos”, como han señalado repetidas veces Juan Pablo II, Benedicto XVI y diversos dicasterios de la Curia Romana.¹⁴

Por su finalidad “aclaratoria” de la ley, la DC no se limita a exigir la certeza moral sobre los hechos que tratan de probar la nulidad o la validez del matrimonio, sino que da un paso muy importante al prescribir igualmente la certeza sobre el derecho sustancial invocado: “para la certeza moral necesaria... se requiere también que se excluya cualquier prudente duda positiva de error, tanto en cuanto al derecho como en cuanto a los hechos” (DC, artículo 247 § 2). Esta exigencia no se encuentra en el Código, no es una innovación de la DC. Efectivamente, la certeza moral respecto a cuál sea la norma aplicable forma parte de la tradición jurídica clásica, como lo demuestran los conocidos adagios *iura novit curia* (“el tribunal conoce la ley”) o *da mihi factum, dabo tibi ius* (“señálame los hechos y yo te diré el derecho aplicable”). Juan Pablo II se refirió a la certeza moral sobre la *quaestio iuris* (el derecho aplicable) en el importante discurso de 1980 a la Rota Romana:

La objetividad típica de la justicia y del proceso, que en la “*quaestio facti*” (cuestión de hecho) se concreta en la adhesión a la verdad, en la “*quaestio iuris*” (cuestión de derecho) se traduce en la fidelidad; conceptos que, como es manifiesto, tienen una gran afinidad entre sí. La fidelidad del juez a la ley debe conducirlo a identificarse con ella... Será posteriormente esta misma fidelidad la que impulsará al juez a adquirir el conjunto de cualidades que necesita para cumplir sus otros deberes respecto a la ley: sabiduría para comprenderla, ciencia para ilustrarla, celo para defenderla, prudencia para interpretarla en su espíritu..., cordura y equidad cristiana para aplicarla (DRR 1980, núm. 8).

La DC sintetiza incisivamente la manifestación que el juez debe realizar acerca de si ha alcanzado (o no) la certeza moral, tanto sobre los hechos como sobre el derecho, en los diversos elementos de la motivación de la sentencia (*in iure, in facto* y dispositivo): “al exponer los argumentos de derecho y de hecho, la sentencia, evitando tanto la excesiva brevedad como la extensión innecesaria, debe ser clara y fundada en lo alegado y probado, de modo que quede patente el camino por el que los jueces han llegado a la decisión y cómo han aplicado el derecho a los hechos” (DC, artículo 254 § 1).

¹⁴ Cfr. Juan Pablo II, Exhort. Apost. *Familiaris consortio*, 22 de noviembre de 1981, núm. 84c; Benedicto XVI, Exhort. Apost. *Sacramentum Caritatis*, 22 de febrero de 2007, núm. 29; Congregación para la Doctrina de la Fe, *Carta a los obispos de la Iglesia católica sobre la recepción de la comunión eucarística por parte de los fieles divorciados que se han vuelto a casar*, 14 de septiembre de 1994, núm. 4 (d).

Temas actuales de derecho canónico, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 14 de junio de 2016 en los talleres de Dataprint, Georgia 181, colonia Nápoles, delegación Benito Juárez, 03810 Ciudad de México, tel. 5672 3912. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 cm. de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 100 ejemplares (impresión digital).