

LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO DE LOS MORMONES  
CON LOS CATÓLICOS

### *Presentación*

Este artículo ha sido publicado en «*Ius Ecclesiae*» 13 (2001) 749-778.

El 5 de junio de 2001 la Congregación para la doctrina de la fe declaró que era inválido el bautismo administrado por los mormones. En julio fueron publicados en *L'Osservatore Romano* sendos artículos explicativos. Uno de ellos era un comentario canónico de Urbano Navarrete. Afirmaba, entre otras cosas, que eran inválidos los matrimonios de mormón con católico si se contrajeron sin la dispensa del impedimento de disparidad de cultos. Incluso los contraídos antes de la respuesta de la Congregación.

En agosto de 2001 coincidí con Juan Ignacio Arrieta cerca de Pamplona. Una noche, mientras cenábamos, me preguntó qué pensaba acerca de la nulidad de esos matrimonios. Le contesté que pensaba que eran verdaderos matrimonios y que podía argumentarlo fácilmente. Él me estimuló, casi me comprometió, a escribir unas páginas sobre el asunto.

Decir que se puede argumentar fácilmente una cosa así fue un rasgo de altanería por mi parte. La argumentación no es fácil casi nunca, y en este caso tampoco lo fue. Tuve que trabajar bastante para formular todos los argumentos. Pero me parecieron argumentos persuasivos. Juan Ignacio Bañares estaba sustancialmente de acuerdo conmigo. Leyó lo que había escrito y me hizo una valiosa sugerencia sobre precedentes históricos.

Presenté el resultado en un seminario de profesores de la Facultad. Efectivamente, la argumentación no era fácil. Tuve una contestación bastante vigorosa por parte de algunos colegas. Pocos aceptaron la primera prueba que alegaba, que era la suplencia de potestad ejecutiva en caso de duda o error común. A mí me seguía pareciendo sin embargo que incluso esa prueba valía, mirada con una perspectiva adecuada.

Pero, por encima de este o de aquel argumento, el trabajo quería ser una fuerte toma de posición ante el legalismo. Con los riesgos que tienen todas las fuertes tomas de posición.

## La validez del matrimonio de los mormones con los católicos

SUMARIO. 1. Una argumentación autorizada declara inválidos los matrimonios anteriores a la Respuesta; 2. En el ámbito matrimonial se presentan dificultades para distinguir, a efectos de nulidad, entre elementos esenciales y requisitos de derecho positivo; 3. Urge buscar remedios que eviten una interpretación meramente formal del derecho; 4. Existen precedentes normativos sobre validez de matrimonios sin dispensa del impedimento; 5. Hubo una duda positiva y probable en virtud de la cual la Iglesia suplió la potestad ejecutiva de régimen; 6. El requisito invalidante del c. 1086 no urgía, por razón de un *dubium iuris*; 7. Se introdujo una costumbre de derecho que facultaba para contraer matrimonio canónico sin dispensa del impedimento; 8. Si se admitiera la nulidad de los matrimonios, la Respuesta tendría carácter retroactivo; 9. Es preciso ser congruentes con las condiciones del matrimonio como misterio de la creación; 10. En último término habría que pensar en una dispensa presunta, fundada en las cauciones que los cónyuges prestaron.

La Congregación para la doctrina de la fe, con fecha 5 de junio de 2001, respondió negativamente a la duda de «si es válido el bautismo conferido en la comunidad La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días [The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints], popularmente llamada Mormones». Dicha respuesta tuvo dos comentarios en *L'Osservatore Romano*, uno de Luis Ladaria, el 16-17 de julio, y otro de Urbano Navarrete, el día 25 de julio. El primero miraba a la fundamentación histórica y teológica de la respuesta. El segundo, a las consecuencias en el ámbito jurídico. Ambos comentarios constituyen una interesante ilustración de la respuesta.

En el artículo de Navarrete se detallan los múltiples efectos que tienen para la vida jurídica la declaración de nulidad de esos bautismos. Por ejemplo para la aplicación del privilegio paulino o para la disolución del matrimonio en favor de la fe. Se trata también de todo lo referente a la admisión al matrimonio y a la forma de celebración. Me pa-

rece que son cuestiones bien resueltas y que no admiten discusión. Pero hay un aspecto que querría plantear aquí, porque me suscita más de una duda.

1. *Una argumentación autorizada declara inválidos los matrimonios anteriores a la Respuesta*

Según el autor del comentario, los matrimonios canónicos de católico con mormón celebrados en cualquier tiempo resultarían nulos por efecto de la respuesta, que declara la invalidez del bautismo de los mormones, si dichos matrimonios no contaron desde su origen con la dispensa del impedimento de disparidad de cultos.

Antes he dicho que esta opinión me suscita más de una duda pero debería decir más que eso. En realidad estoy moralmente cierto (me someto a mejor juicio, desde luego) de que los matrimonios canónicos entre un contrayente católico y otro mormón, celebrados antes de la resolución del *dubium*, no son susceptibles de ser declarados nulos en virtud del impedimento de disparidad de cultos.

Se hace necesario atender a las razones que ofrece el autor. Plantea el problema desde lo que llama una cuestión previa.

«[Si] pone una questione previa: questa decisione si applica anche ai matrimoni celebrati prima della sua pubblicazione oppure soltanto ai matrimoni che verranno celebrati dopo? La *Risposta* certamente non è una legge né un'interpretazione autentica di una legge positiva dubbia, che riguarderebbe soltanto il futuro (can. 9 e 16). Si tratta invece di una decisione che presuppone un dubbio riguardante la dottrina sul valore del battesimo dei Mormoni. Ora il battesimo era lo stesso sia prima che dopo la *Risposta*. Gli studi condotti al riguardo hanno portato alla certezza morale che tale battesimo non è valido, anche se la materia remota e prossima e le parole de la forma prese materialmente sono quelle della Chiesa. Perciò la *Risposta* si applica ai matrimoni celebrati dai Mormoni sia prima che dopo la sua pubblicazione»<sup>1</sup>.

Desarrollando el asunto según este esquema, el argumento completo de Navarrete sería como sigue. Las leyes son para el futuro, no para el pretérito (c. 9). Sin embargo aquí no estamos ante una ley, ni ante una interpretación auténtica manifestada en forma de ley. Estamos ante

1. *L'Osservatore Romano*, 25.VII, 4.

una «decisión» que declara un hecho: que los mormones no están válidamente bautizados. Esta decisión no tiene por objeto un *dubium iuris*, sino un *dubium facti*. Si se hubiese tratado de un verdadero *dubium iuris*, la respuesta del intérprete hubiese sido irretroactiva (c. 16 § 2). Pero no afecta al derecho, afecta a un hecho. No añade ninguna condición nueva para la validez del bautismo sino que aprecia si las condiciones de validez del bautismo, claras de suyo, se verificaron en el caso de los mormones. Luego la inexistencia de efectos de ese bautismo opera desde el momento en que se administró. *Nihil valet, nec valuit, nec valebit*. Toda respuesta meramente declarativa de los hechos goza de esta retroactividad tácita. Por lo tanto hay que entender que los matrimonios anteriores, que tomaron como presupuesto suficiente de habilidad el bautismo mormón, se contrajeron en falso.

Al término de su comentario, Navarrete extrae algunas consecuencias concretas acerca de la invalidez de los matrimonios canónicos de católico con mormón. Son consecuencias que estaban ya implícitas en la cuestión previa.

«La *Risposta* potrebbe dare luogo ad alcune cause di nullità dei matrimoni celebrati fra Mormoni e cattolici sia di matrimoni celebrati prima che dopo la pubblicazione della medesima. (...) [Se] un matrimonio fra un cattolico e un mormone fosse stato trattato nel passato o lo fosse nell'avvenire come matrimonio fra cattolico e battezzato, e quindi senza la dispensa dall'impedimento di disparità di culto, tale matrimonio dovrebbe essere sanato in radice, se si verificano le condizioni richieste, altrimenti sarebbe suscettibile di una causa di nullità matrimoniale»<sup>2</sup>.

Me parece que estas palabras no necesitan muchos comentarios adicionales. La inexistencia del bautismo es, para Navarrete, una cuestión definitiva, transportable a cualquier área del derecho, a cualquier tiempo, a cualquier acto. Tiene eficacia inmediata a todos los efectos: «Basta que consti con certezza che un battesimo è stato amministrato nella Chiesa di Gesù Christo dei Santi dell'ultimo giorno, per ritenerlo invalido a tutti gli effetti»<sup>3</sup>. Por lo tanto es aplicable a los matrimonios mixtos contraídos anteriormente sin dispensa del impedimento de disparidad de cultos, aunque en su día esos matrimonios fueron acogidos por la Iglesia como matrimonios lícitos y válidos.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

2. *En el ámbito matrimonial se presentan dificultades para distinguir, a efectos de nulidad, entre elementos esenciales y requisitos de derecho positivo*

Parece difícil de aceptar desde el punto de vista jurídico que un matrimonio válidamente contraído pueda ser declarado nulo años más tarde porque en el momento de su constitución, sin mala fe y con aceptación eclesial, los cónyuges no solicitaron la dispensa del impedimento de disparidad de cultos. Tiene toda la apariencia de un legalismo improcedente.

No estoy queriendo decir que la solución de Navarrete sea improcedente. Quiero decir que muchas soluciones canónicas que adoptamos con apoyo en el derecho positivo (yo no me excluyo), están expuestas a resultar improcedentes con más frecuencia de la debida. En este epígrafe y el sucesivo voy a presentar, si soy capaz, el escenario de este problema. No tengo ninguna intención de criticar el sistema matrimonial canónico, pero es una obligación ofrecer los aspectos problemáticos que contiene.

Me parece que conviene distinguir, a efectos de nulidad (y de reparación de la nulidad), el tipo de desajustes que puede presentar el acto jurídico del matrimonio. Son cosas bien sabidas.

Como acto jurídico, el matrimonio requiere esencialmente unos sujetos capaces que declaren de modo suficiente la voluntad matrimonial. Si falta capacidad, voluntad o declaración nada se constituye (ni puede sanarse).

Ahora bien, el acto jurídico matrimonial exige también unos requisitos de habilitación y una forma canónica determinada de emisión del consentimiento. De esos requisitos, unos son apreciados por la Iglesia como de derecho divino natural o positivo. Es el caso de los impedimentos de vínculo, de impotencia o de consaguinidad en determinados grados. No son dispensables. Los demás son dispensables, y sobre algunos de ellos recae una praxis de dispensa habitual.

Este esquema, comúnmente aceptado como estructura general del acto jurídico del matrimonio, no tiene sin embargo una equivalencia en lo que respecta a la eficacia del acto. Es decir, los desajustes que se estiman accidentales tienen, en muchos aspectos, consecuencias tan definitivas y drásticas como la ausencia o la deformación de los elementos necesarios o esenciales. Las disfunciones son asimétricas, las consecuencias de esas disfunciones son simétricas. Una vez verificada la anomalía, no hay diferencia. Son actos nulos, no han producido ningún efecto.

En el derecho matrimonial (aunque no sólo en él), el régimen de las leyes invalidantes e inhabilitantes es estricto. Quedan exentas de consideraciones subjetivas, y su incumplimiento no se corrige de ordinario a través de otros recursos dispuestos por el derecho. Si hubo dispensa el matrimonio es válido, si no hubo dispensa el matrimonio es nulo. No hay dispensas presuntas. No hay tampoco una subsanación implícita. No se atribuye una eficacia sanante a la buena fe o a la ignorancia. No se consolidan los efectos por el transcurso del tiempo.

En el ámbito judicial y administrativo hay más elasticidad (cc. 45, 142 § 2, 144, 1619).

Por consiguiente, cuando se trata de valorar los efectos del acto jurídico anómalo en el ámbito matrimonial el esquema es muy simple. Toda la complejidad de la doctrina teórica acerca de las anomalías del acto jurídico desemboca paradójicamente en un parámetro único y elemental. Un esquema simple es una ventaja. Pero hay que emplearlo con prudencia para que no se convierta en demasiado simple.

Es cierto que el ordenamiento canónico distingue unas y otras anomalías a efectos de la convalidación del matrimonio. Las inhabilidades y los defectos de forma admiten convalidación.

Ahora bien, hablando en general, los recursos convalidatorios del derecho matrimonial son muy celosos de los requisitos que se incumplieron, y muy respetuosos del consentimiento que tienen los esposos en el momento actual (no del que tuvieron entonces, cuando concluyeron el acto jurídico). No excusan ni subsanan fácilmente lo que no se puso en su momento.

La convalidación simple exige nada menos que la renovación del consentimiento («un nuevo acto de voluntad sobre el matrimonio por parte de quien sabe u opina que fue nulo desde el comienzo» [c. 1157]). Y si el impedimento es público, como en nuestro caso, «ambos contrayentes han de renovar el consentimiento en la forma canónica» (c. 1158 § 1). Esta renovación, además, «se requiere por derecho eclesiástico para la validez de la convalidación» (c. 1156 § 2). Dicho con otras palabras, el derecho canónico reconoce que tal vez bastara el consentimiento originario. Pero aun así exige el nuevo acto de consentimiento para que la convalidación sea válida. Una cláusula invalidante sobre otra.

Cabe también la sanación en la raíz, que es una convalidación en la que no es necesario renovar el consentimiento. Pero la sanación en la raíz exige que persevere el consentimiento, sin revocaciones. Es el consentimiento actual lo que cuenta en último término como sustrato para la sanación.

La sanación en la raíz, aunque su nombre pueda evocar otra cosa, no reconoce la eficacia radical de los elementos que crearon el acto jurídico. Lo que hace es facilitar las cosas para que los elementos de entonces puedan volver a comparecer en el presente. No se acoge la raíz del acto. La virtualidad del acto sanado tiene lugar «desde el momento en que se concede la gracia» (c. 1161 § 2), aunque determinados efectos se retrotraigan. Se sana un acto nulo fundándose en el consentimiento actual de ambos contrayentes, previa dispensa (actual también) del impedimento o de la forma canónica insuficiente. Lo que se sana en la raíz no es el acto, sino las consecuencias canónicas del acto. El acto queda sanado en el presente, no en su raíz.

Si consideramos el régimen de las convalidaciones canónicas, se ve bien claro que los contrayentes sanarán si quieren, o denunciarán la anomalía si les parece mejor. Si lo desean se acogerán a la nulidad. La quiebra del requisito legal se puede hacer operativa en cualquier momento a efectos de nulidad.

### 3. *Urge buscar remedios que eviten una interpretación meramente formal del derecho*

Este es el sistema normativo con el que hay que contar en el derecho canónico. Es evidente que no está en nuestra mano cambiar el escenario. Lo que está en manos del jurista es buscar cualquier medio que ofrezca el ordenamiento jurídico para aplicar este sistema con la máxima prudencia y con la máxima verdad.

No digo que haya que buscar las fisuras del sistema, sino los recursos del sistema. Tampoco hay razón para repudiar el derecho positivo y buscar otras fuentes. Es verdad que en último término la equidad podría corregir una injusticia manifiesta. Es verdad también, como veremos enseguida, que se pueden invocar con plena justicia causas que superan el derecho positivo. La misma práctica eclesiástica las ha empleado para resolver problemas similares. Pero me parece que el primer compromiso del jurista es interpelar al conjunto del derecho positivo, con la confianza de que tenga soluciones disponibles. Soluciones razonables.

Más adelante presentaré algunas de esas posibles soluciones. Primero quiero justificar la necesidad de encontrar soluciones.

«*Quod exorbitat iuris non est ad consequentiam trahendum*». No sé si esta regla se puede aplicar a nuestro caso. O sea, sería discutible si estamos verdaderamente ante una rareza del derecho. Si esta especie de

soberanía de las cláusulas legales sobre la sustancia de la actividad humana se puede considerar anómala. Hay razones para pensar que sí.

En cualquier caso no se deben llevar al extremo las conclusiones a las que se ha llegado en el epígrafe anterior. Ni se debe tampoco proyectar el impacto de las inhabilidades y de los defectos de forma más allá de lo exigido estrictamente. Ni se debe resolver a su favor ninguna duda. *Non ad consequentiam est trahendum*. Más bien se debe, en mi opinión, facilitar la resolución de estas colisiones a favor de la sustancia de los actos jurídicos, en este caso del matrimonio. Se debe también mitigar, en la medida de lo posible, la operatividad de las nulidades legales cuando existe motivo para ello.

Se sabe bien que un sistema que alienta o absolutiza los requisitos formales, nacidos aparentemente para robustecer la recta constitución de los actos, es un sistema expuesto a la precariedad de esos mismos actos y a la manipulación del derecho. No está necesariamente abocado a ello pero está expuesto.

La sobreprotección es siempre frágil. La experiencia dice que si aumentan los requisitos formales, aumentan también las nulidades, la capacidad de desvincularse, la denuncia de actos sustancialmente válidos, la instrumentalización del derecho. Y como consecuencia aumenta la suspicacia por parte de gente de buena voluntad ante un modelo de derecho extrínseco y formal.

En realidad habría razón para recelar de un orden jurídico que se mostrara singularmente estricto en la formalización de los actos y singularmente generoso en la apreciación de las anomalías de esos mismos actos.

No estoy intentando sólo ni principalmente defender la validez de los matrimonios de católico con mormón. Me refiero a todo un modo de mirar el matrimonio canónico, con efectos que van desde luego bastante más allá de la solución de este problema.

Juan Pablo II, de acuerdo con la mejor teología y el mejor derecho, lleva veinte años intentando trasladar la consideración teológica y canónica del matrimonio al plan divino del «principio». O sea, procurando evitar que la caracterización sustancial del matrimonio cristiano quede en dependencia de requisitos sucesivos, añadidos y extrínsecos a la ley originaria de la creación. Es fácil entender que sobre este modelo de fondo cualquier apelación al legalismo es un sarcasmo.

No es que la doctrina de Juan Pablo II sobre el modelo de matrimonio se ocupe del problema de los requisitos de derecho positivo para la constitución de un acto jurídico válido. Está en otro plano, y es casi se-

guro que ese tema no se le hará presente ni siquiera de modo incidental. Pero la cuestión está en el modelo.

Cuando el matrimonio se presenta con todo el vigor de sus resortes naturales, es decir, como un plan de Dios creador de la naturaleza, al que los contrayentes se incorporan en virtud de su consentimiento libre y recíproco, es evidente que la fuerza del legalismo se relativiza mucho. No hay lugar para el protagonismo de las cláusulas. Y en consecuencia habrá que tener mucha cautela para no enervar la ley de la creación por la ley de la inhabilitación.

#### 4. *Existen precedentes normativos sobre validez de matrimonios sin dispensa del impedimento*

Todo lo dicho debe compensarse con la praxis eclesiástica de gobierno. La distinta naturaleza de los elementos esenciales y los requisitos de derecho positivo ha sido reconocida en la práctica eclesial con alguna frecuencia para salvar la verdad del matrimonio.

Dicho con otras palabras, matrimonios hipotéticamente nulos por incumplimiento de requisitos de derecho positivo (como la forma canónica o el impedimento de disparidad de cultos), han sido reconocidos como válidos por la autoridad eclesiástica cuando mediaba alguna razón suficiente. Reconocidos como válidos, no sanados o convalidados.

En julio de 1948 el obispo de Kingsien (China) preguntaba al Santo Oficio<sup>4</sup> si los fieles chinos, en la situación de ocupación comunista, es-

4. El texto completo de la respuesta, que se puede encontrar en X. OCHOA (dir.), *Leges Ecclesiae*, II, Romae 1969, col. 2563, n. 2021, es el siguiente:

«Die 19 februarii 1949. Excme. ac Revme. Domine, Revmus. D. Leopoldus Brellinger, Episcopus de Kingsien, mense iulio 1948, haec dubia ad Supremam Sacram Congregationem Sancti Officii referebat: 1. An fideles in terra Sinarum a communistis occupata, impedimentis ab Ecclesia statutis, imprimis aetatis et cultus disparitatis, teneantur, si debitam dispensationem vel omnino non, vel non nisi cum gravissimo incommodo petere, neque a matrimonio contrahendo abstinere vel illud differre possint; 2. an teneantur impedimento disparitatis cultus in casu in quo requisitae cautiones ob ignorantiam, oblivionem, aliamve causam inculpabilem non dantur, aut a parte non catholica recusantur.

Suprema Sacra Congregatio die 27 ianuarii 1949 sic dignata est respondere: Rerum adiunctis attente consideratis, Suprema haec Sacra Congregatio, in plenario conventu Feria IV die 26, huius mensis habito, praefatis dubiis respondendum censuit: 1. In expositis circumstantiis, matrimonia sine forma canonica et cum quovis impedimento iuris ecclesiastici a quo Ecclesia dispensare solet habenda esse uti valida. 2. Matrimoniis quibus obstat impedimentum disparitatis cultus applicanda esse ea quae a S. Officio statuta fuerint quoad cautiones aequipollentes (cfr Sylloge S. C. de Propaganda Fide a. 1939, pp. 561-566).

Quam decisionem Sanctissimus in Audientia diei 27 currentis mensis benigne adprobare dignatus est».

taban obligados por los impedimentos canónicos, sobre todo el de edad y el de disparidad de cultos. El obispo preguntaba en realidad si urgían los impedimentos cuando era absolutamente imposible solicitar la dispensa, o había para ello gravísimo incómodo. Preguntaba también si quedaban afectados por el impedimento de disparidad de cultos los matrimonios entre un católico y un no bautizado, si el fiel no prestaba las cauciones por ignorancia o por olvido, o bien el no bautizado no quería prestarlas.

El Santo Oficio respondió, el 27 de enero de 1949, que en esas circunstancias los matrimonios sin forma canónica o con cualquier impedimento de derecho positivo eclesiástico del que la Iglesia suele dispensar, habían de ser tenidos («habenda esse») como válidos.

Se podría decir que la respuesta de la Santa Sede iba más lejos que la pregunta del Obispo, porque éste no había interrogado acerca de la forma canónica de celebración. Además, la respuesta ofrece implícitamente la razón que le mueve a decidir. La Santa Sede dispensa de todos los requisitos «meramente eclesiásticos», o sea en la medida en que pueden considerarse de derecho positivo canónico, porque entiende que hay un bien más alto que debe ser protegido (el derecho a contraer matrimonio).

Esta respuesta tiene la forma de un acto singular, dirigido al obispo de Kinghsein. Pero se adjuntaba al documento del Santo Oficio un comentario o suplemento, firmado por el internuncio, a quien se le había confiado la ejecución del acto jurídico de la Congregación. En ese comentario se añaden, por deseo del Santo Oficio<sup>5</sup>, algunos detalles importantes.

Dicho comentario o suplemento se sitúa claramente en el ámbito de una regla jurídica general, es decir, una disposición que mira al futuro («quoad aliquod matrimonium sic initum [...] in posterum»); que tiene voluntad de acoger un destinatario general, no sólo de resolver la duda de un proponente singular («Congregatio me rogat haec omnia Ordinariis Sinensibus nuntiare»); y que entrega facultades jurídicas («me rogat [...] Ordinariis Sinensibus [...] auctoritatem facere his facultatibus frui»).

5. En realidad es difícil saber a quién pertenece exactamente el documento añadido. En su conjunto debe atribuirse al Santo Oficio, aunque sin el mismo grado de autoridad que el anterior (y sin aprobación pontificia). La sustancia de los comentarios que hay en el texto pertenece a Francisco Hürt, que era un consultor de la Congregación. Pero los hace por mandato del Cardenal secretario. Por último, dichos comentarios son confiados por el Santo Oficio al internuncio Antonio Riberi para anunciarlos y ejecutarlos, solidariamente con la primera respuesta (cfr X. OCHOA [dir.], *Leges Ecclesiae*, cit., col. 2564, n. 2021).

Así pues, el comentario confiere al documento un carácter de norma jurídica (no digo que sea una norma con fuerza de ley). Fuera de eso, por lo que a nosotros nos interesa, el comentario añade pocas cosas sustanciales<sup>6</sup>.

Pocos meses después, el 22 de diciembre del mismo año, el Santo Oficio vuelve sobre el tema con ocasión de otra consulta particular. Esta consulta da lugar a un decreto de respuesta a dos dudas, una de ellas<sup>7</sup> planteada en referencia a la respuesta del 27 de enero.

La duda versa sobre el alcance de la cesación de los impedimentos y de la forma canónica. ¿Se trata (el decreto del 27 de enero) de una respuesta declarativa («*authentica legis iam latae interpretatio declarativa*»), de modo que vale también para matrimonios ya celebrados, y tiene virtualidad para extenderse a otras regiones distintas de China? ¿O se trata por el contrario de una norma constitutiva, que atañe exclusivamente al caso de China, por disposición eclesiástica, y no puede retrotraerse?<sup>8</sup>.

6. «De his omnibus edoceantur fideles ut possint validitati matrimoniorum provide-  
re et a conscientiae angoribus liberari. Si autem quoad aliquod matrimonium sic initum  
exurgant in posterum specialia dubia ob peculiaria casus singularis asiuncta, Ordinarius  
poterit rem ad hanc Supremam Congregationem deferre.

Hanc responsonem Revmus. P. D. Franciscus Hürt, Consultor Congregationis S. Of-  
ficii, de mandato Emi. Card. Secretarii necnon Excemi. Assessoris eiusdem Supremae S.  
Congregationis, his verbis explanavit: I. Verba “in expositis circumstantiis” significant  
“his circumstantiis perdurantibus” seu “perdurante hac circumstantiarum conditione”.  
II. “Cautiones aequipollentes” secundum aliquod S. Officii Responsum, datum pro Iapo-  
nia, habentur, quando pars catholica sincere manifestat firmum propositum faciendi ex  
sua parte quod facere potest, ut universa proles in fide catholica baptizetur et educetur.  
Quodsi pars acatholica recusat idem propositum concipere et manifestare, “cautiones ae-  
quipollentes” secundum allegatum Responsum eo non destruuntur. III. Liberantur fide-  
les non solum ab impedimentis aetatis et disparitatis cultus, sed ab omnibus iuris eccle-  
siastici impedimentis necnon ab omni (tum ordinaria tum extraordinaria) forma  
canonica. At impedimentum sacri ordinis presbyteratus necnon impedimentum affinitatis  
in linea recta, consummato matrimonio, non suspenduntur, sed etiam in expositis cir-  
cumstantiis in pleno vigore manent.

Eadem Suprema Congregatio me rogat haec omnia Ordinariis Sinensibus nuntiare,  
ipsisque auctoritatem facere his facultatibus frui in eisdem rerum adiunctis. Quae dum,  
praesentibus litteris, executioni mando, impensos aestimationis meae sensus Tibi offero  
meque profiteor Excellentiae Tuae addictissimum. ANT. RIBERI, *Internuntium Apostoli-  
cum*». (X. OCHOA [dir.], *Leges Ecclesiae*, cit., col. 2564, n. 2021).

7. La otra duda tiene que ver con las «cautiones aequipollentes», y fue originada más  
bien por otra decisión del propio dicasterio, enviada también al obispo de Kinghsien, el  
21 de febrero del mismo año (cfr X. OCHOA [dir.], *Leges Ecclesiae*, cit., n. 2028).

8. «1º “Utrum S. Officii Decretum datum die 27 ianuarii 1949 de cessantibus impedi-  
mentis matrimonialibus, in Decreto allegatis, necnon de cessante obligatione formae non  
sit nisi authentica legis iam latae interpretatio declarativa ita ut Decretum (secundum ordi-

El consultante emplea el concepto de «interpretación declarativa auténtica de una ley ya dada». Pero no parece que se esté refiriendo a una ley positiva anteriormente promulgada. Lo que probablemente quería saber era si se trataba de una decisión dependiente de la ley natural, o de la pura racionalidad del sistema jurídico, o de los principios generales del derecho; es decir, si se trataba de una decisión vinculada a un axioma jurídico (y moral) del tipo «nadie está obligado a lo imposible».

La respuesta del Santo Oficio explica que allí donde las circunstancias sean las mismas que en China, el decreto debe considerarse declarativo. Es decir, donde los requisitos de derecho positivo (forma, impedimentos dispensables) no se pueden cumplir por imposibilidad o gravísimo incómodo, debe considerarse que no obligan. No afecta para nada, como es lógico, a los territorios donde no se dan esas condiciones. O como dice el texto, con un lenguaje peculiar, el decreto tiene carácter de disposición positiva para esos territorios<sup>9</sup>.

De todo lo dicho pueden extraerse algunas conclusiones interesantes para nuestro tema.

La práctica eclesiástica de gobierno, en primer lugar, ha entendido con elasticidad el rigor de las disposiciones canónicas. Es decir, ha valorado con sumo relativismo el alcance de los requisitos de derecho positivo. No ha atribuido efectos simétricos a la inobservancia de esos requisitos y a la inobservancia de los elementos esenciales. Se ha quedado bastante más acá de lo que permitiría un uso legalista del derecho.

En segundo lugar, la potestad de gobierno ha decretado fundándose en valores jurídicos de fondo. El decreto que acabamos de analizar no invoca la potestad de la Congregación para resolver un caso concreto, como era el de los católicos chinos que deseaban contraer matrimonio. Lo que hace la Congregación es declarar razones jurídicas que trascienden su propia potestad. Y como consecuencia, la respuesta no salva

narias iuris normas) valeat etiam retrorsum et applicari possit ad quaelibet territoria etiam extra Sinam, in quibus eadem circumstantiae vigent vel vigeant; an sit aliqua Responsio dispositiva, quae vim non habeat nisi ex ipso Decreto, ideoque nec possit retrorahi nec ad alia territoria extendi?». (X. OCHOA [dir.], *Leges Ecclesiae*, cit., col. 2659, n. 2093).

9. «Ad 1.: Decretum S. Officii datum die 27 ianuarii 1949 eatenus tantummodo habere indolem interpretationis declarativae et ideo retrorahi et ad alia territoria applicari posse, quatenus versatur circa iuris positivi praescripta quae, consideratis circumstantiis extraordinariis territorii observari non possunt; quoad reliqua autem habere indolem dispositionis positivae, quae non valet retrorsum neque applicari possit ad territoria in Decreto non nominata». (X. OCHOA [dir.], *Leges Ecclesiae*, cit., *ibid.*).

simplemente un caso singular, sino que se extiende a todo fenómeno que se integre en el mismo supuesto de hecho.

La tercera conclusión es consecuencia de lo anterior. Precisamente porque el decreto se apoya en razones que trascienden el derecho positivo, tiene naturaleza declarativa. Sus decisiones no hablan del caso de China, hablan de cualquier caso que se vea sometido a circunstancias análogas. Allá donde unos datos de hecho razonables hagan inútil o imposible o irracional la solicitud de dispensa, la obligación de solicitarla cede. No hace falta sanar nada porque nada se ha constituido de modo anómalo.

Estas conclusiones conectan naturalmente con nuestro caso. No quiero decir que el matrimonio de mormón con católico se encuentre en el supuesto de hecho de la norma declarativa del Santo Oficio. Las circunstancias no son las mismas. Pero el decreto hace apelación a un modo suprapositivo de resolver el problema que necesariamente da luz sobre nuestro caso. Ni los chinos que se casan, ni el cónyuge católico que contrae con mormón, tienen interés alguno en defraudar el orden jurídico. Quieren tan sólo ejercer con todo derecho el *ius connubii*. En ambos casos existen circunstancias razonables que hacen imposible, muy difícil o contradictoria la petición de dispensa. Es razonable por consiguiente que en ambos casos se apele a recursos jurídicos suprapositivos que hagan cesar la necesidad de la dispensa.

Esta solución supone resolver el problema apelando a una razón que supera el derecho positivo. ¿Cabe también resolverlo acudiendo a soluciones canónicas positivas? Yo pienso que sí, y en los próximos epígrafes voy a presentar algunas de ellas.

##### 5. *Hubo una duda positiva y probable en virtud de la cual la Iglesia suplió la potestad ejecutiva de régimen*

Dice el c. 144 § 1 que «en el error común de hecho o de derecho, así como en la duda positiva y probable de derecho o de hecho, la Iglesia suple la potestad ejecutiva de régimen, tanto para el fuero externo como para el interno».

El primer recurso para justificar la validez de los matrimonios con arreglo al derecho positivo deriva a mi parecer de la situación de duda positiva y probable que gravitaba sobre la validez del bautismo. Por aplicación del c. 144 § 1, se puede entender que la Iglesia suple la potestad ejecutiva de régimen en este caso. Evidentemente no para el bautismo, sino para el matrimonio.

El ordenamiento canónico sana, por fuerza de esa norma, el acto constituido con ausencia de dispensa. La concesión de una dispensa es sin duda ejercicio de potestad ejecutiva de régimen. Por lo tanto el matrimonio se constituyó con plena suficiencia, y no con una validez precaria, es decir, a expensas de lo que se decidiese en el futuro acerca de la validez del bautismo.

Esta solución exige probar dos cuestiones: a) si se trata efectivamente de un caso de duda positiva y probable; b) si cabe entenderlo como una auténtica suplencia de potestad de régimen tal y como la concibe el c. 144.

Me parece que no es difícil probar la primera cuestión. En rigor no se trata de la duda acerca de la validez del bautismo mormón. Si queremos que se supla la dispensa matrimonial, la duda debe recaer sobre la necesidad de dispensar del impedimento. Sin embargo es evidente que la duda o el error sobre la validez del bautismo interviene como un presupuesto necesario y determinante.

Mejor descrito: la duda positiva y probable del bautismo hizo que se extendiera una situación práctica general de que era innecesario dispensar del impedimento, es decir, que había una probabilidad altísima y bien fundada de que era innecesario hacerlo.

Veamos la primera cuestión, la duda del bautismo. Sobre la validez del bautismo existía un *dubium* objetivo, positivo, probable, público y cualificado. El solo hecho de que la duda haya merecido una respuesta general de la Congregación para la doctrina de la fe confirma en buena medida que es así.

Era una duda *positiva y objetiva*, fundada sobre circunstancias que promovían de suyo razonablemente la duda. El bautismo no ofrecía ningún reparo desde el punto de vista de su administración objetiva, porque cubría las condiciones más exigentes respecto a la materia y a la forma del sacramento. Era una duda *probable*, que alegaba razones de peso sobre la necesidad de respetar el bautismo cristiano. Se trataba además de una probabilidad *pública*, apoyada en una praxis «di non contestare la validità di tale battesimo»<sup>10</sup>. Era por último una probabilidad *cualificada*, porque la praxis que se había creado tenía a su favor el testimonio autorizado de respuestas de la Santa Sede a situaciones similares, e incluso idénticas en ciertos extremos.

10. L. LADARIA, *L'Osservatore Romano*, 16-17.VII, 6.

En efecto, en 1868, el Santo Oficio había contestado que los japoneses dudosamente bautizados debían ser considerados como cristianos; y que quedaba establecido («censendum est») que ese bautismo era válido en orden a la validez del matrimonio<sup>11</sup>. En 1949 el mismo Santo Oficio respondió que el bautismo administrado en el seno de un buen número de confesiones cristianas debía considerarse válido a efectos de causas de nulidad matrimonial<sup>12</sup>.

Sobre estos presupuestos de probabilidad es perfectamente lógico que se crease una praxis (más o menos vacilante en los últimos tiempos<sup>13</sup>, pero más que suficiente a los efectos que nos importan) de no solicitar la dispensa del impedimento de disparidad de cultos.

Sobre la segunda cuestión la respuesta debe ser más matizada. ¿Concibe el c. 144 la potestad de régimen tal como la hemos concebido y empleado nosotros?

La suplencia de potestad opera en principio para suplir la potestad ejecutiva o las facultades habituales del agente que realiza el acto de

11. «1. Utrum, in casu dubii de valore baptismi, qui ita baptismum dubium acceperunt, in iudicando de aliis difficultatibus, v. g. circa matrimonium, iaponeses ut christiani, vel adhuc ut infideles considerandi sint. 2. Utrum si dubium de valore baptismi remaneat, et S. Congregationi solvere dubium non visum sit opportunum, de his qui sic dubie baptizati sunt, in rebus quae ad matrimonium spectant, ac si vere et valide baptizati fuissent iudicandum sit, vel non.

R. Ad 1. Generatim loquendo, ut christiani habendi sunt ii de quibus dubitatur an valide baptizati fuerint. Ad 2. Censendum est validum baptismum in ordine ad validitatem matrimonii».

(S.C.S. Off. [Iaponiae], 9 sept. 1868, en P. GASPARRI, *Codicis Iuris Canonici Fontes*, IV, Typis Polyglottis Vaticanis 1951, n. 1007, 312-313).

12. «Huic Supremae S. Congregationi a nonnullis Statuum Foederatorum Americae Septentrionalis Ordinariis locorum propositum fuit dubium: "Utrum, in diiudicandis causis matrimonialibus, baptismus in sectis Discipulorum Christi, Presbyterianorum, Congregationalistarum, Baptistarum, Methodistarum collatus, posita necessaria materia et forma, praesumendus sit invalidus ob defectum requisitae in ministro intentionis faciendi quod facit Ecclesia vel quod Christus instituit, an vero praesumendus sit validus, nisi in casu particulari contrarium probetur".

R. Negative ad primam partem, affirmative ad secundam».

(S.C.S. Off., 28 dec. 1949, en AAS 41 [1949] 650).

13. «Nel secolo XX sempre più si acquisì nella Chiesa cattolica una conoscenza più approfondita degli errori trinitari che sotto gli stessi termini contiene la dottrina proposta dallo Smith e quindi sempre in più si andò spargendo il dubbio sulla validità del battesimo conferito dai Mormoni, non ostante che la forma quanto alla materialità dei termini coincida con quella adoperata dalla Chiesa. Ne seguì che insensibilmente si creò una prassi non uniforme, in quanto coloro che avevano una certa conoscenza personale della dottrina dei Mormoni ritenevano invalido il loro battesimo, mentre la prassi comune continuava ad applicare il principio tradizionale della presunzione di validità di tale battesimo, mancando una norma ufficiale al riguardo» (L. LADARIA, cit., 6).

potestad o ejercita la facultad recibida (el sacerdote que confiesa, confirma o asiste al matrimonio).

La ausencia de dispensa sin embargo afecta a los contrayentes, no a aquel que debe ejercitar la potestad o la facultad. En otras palabras, en nuestro caso se trata de suplir un acto de potestad ejecutiva (una dispensa) pero no de habilitar a un agente que debe realizar un acto de potestad para el que no está habilitado.

Es innegable que la doctrina, tanto en la interpretación del c. 144 como en el antiguo c. 209, no ha contemplado otra cosa que la potestad ejecutiva (antes jurisdicción) del que realiza el acto jurídico<sup>14</sup>. Por esta razón me parece que no sería oportuno aplicar el c. 144 § 1 a nuestro caso de modo directo, sino haciendo que medie una interpretación extensiva, por fuerza de la analogía. Esta interpretación, a mi juicio, viene reclamada por las circunstancias mismas del supuesto.

Soy consciente de que los procedimientos analógicos no se pueden multiplicar porque tenderían a subvertir el recto orden jurídico. Ahora bien, algunas veces, como en este caso, resultan obligatorios para evitar soluciones absurdas o manifiestas injusticias.

El fundamento de la extensión analógica reside en la acusada semejanza entre los elementos de uno y otro supuesto (el defecto de potestad y el defecto de dispensa) y en la paridad de razón entre ambos.

Los dos casos guardan, efectivamente, fuertes analogías entre sus elementos propios. En ambos tenemos sujetos que deben realizar un acto jurídico para cuya ejecución precisan una habilitación canónica. Los contrayentes no son sujetos que ejercitan potestad, pero les corresponde evidentemente toda la fuerza de la subjetividad activa, o sea el protagonismo que se requiere para el ejercicio de un acto jurídico, que es el matrimonio. Y necesitan de una habilitación determinada, que es la dispensa. Sin ella no son hábiles para contraer.

Las analogías entre los elementos propios de uno y otro acto son claras y suficientes. Pero a mi juicio es todavía más determinante la paridad de razón jurídica que guardan uno y otro supuesto.

Lo que se persigue en la suplencia de potestad ejecutiva es que los actos jurídicos, sustancialmente bien constituidos, no se vean destituidos de valor por el incumplimiento de un requisito de habilitación del

14. Se puede ver para ello el más docto comentario sobre los cánones de la potestad en el CIC de 1917, G. MICHIELS, *De potestate ordinaria et delegata*, Parisiis-Tornaci-Romae-Neo Eboraci 1964, 280-365.

que no son responsables los destinatarios naturales de ese acto. Persigue como fin, por lo tanto, que el bien de los fieles no fracase por razones extrínsecas, imputables en último término al ejercicio de la propia autoridad. Precisamente por eso la Iglesia, como institución, se hace cargo de ese error o de esa ausencia, y suple. *Ecclesia supplet*.

Me parece que no es desproporcionado alegar la misma *ratio* para nuestro caso. La Iglesia suple las eventuales deficiencias para que un acto bien constituido en sus elementos sustanciales no vea defraudado su valor por la intervención de un requisito inhabilitante (del que ella acostumbra a dispensar), que no ha sido escamoteado por los contratantes, sino que fue considerado innecesario por razones objetivas de duda, en cuya estimación participó, al menos tácitamente, la propia autoridad eclesiástica.

¿Es necesario recurrir a la extensión analógica para cubrir este supuesto? Ya he dicho que me parece lo más seguro, aunque es indudable que la redacción de la norma («la Iglesia suple la potestad ejecutiva de régimen, tanto para el fuero externo como para el interno») permitiría una interpretación capaz de abarcar nuestro caso sin traicionar el sentido propio de las palabras.

En cualquier caso considero que la suplencia de potestad en los casos de error común y de duda es el recurso natural (el primero que cabe emplear) para un asunto como éste. Hay que tener en cuenta además que nos encontramos ante una pieza jurídica cuya dinámica propia está en expansión. Es decir, el propio ordenamiento canónico ha creído necesario intensificar la eficacia de la suplencia de potestad, o si se quiere, ha sido cada vez más consciente de la necesidad de respetar la sustancia de los actos, y el bien de los fieles, y de no defraudarlos por exigencias extrínsecas de legalidad.

Veamos brevemente cuál ha sido el itinerario del último siglo sobre este punto.

El c. 206 del CIC de 1917 afirmaba la suplencia de jurisdicción en el caso de error común y de duda positiva y probable de derecho o de hecho, tanto para el fuero externo como para el interno. Esta fórmula codicial supuso un paso expansivo notable en la institución de la suplencia. En primer lugar acepta la eficacia del error común simple, sin necesidad del «*titulus coloratus*» (una condición muy restrictiva porque el inductor del error debía poseer jurisdicción aparente, pero con un vicio oculto). En segundo lugar, el canon equipara, a efectos de suplencia, el fuero interno al fuero externo, rompiendo con una opinión que tenía firmes

partidarios entre los decretalistas. En tercer lugar introduce también como causa para la suplencia la duda de hecho. A lo largo del siglo XIX la doctrina «*communius, et invicte quidem*»<sup>15</sup> consideraba que la duda de hecho no constituía causa suficiente para la suplencia jurisdiccional.

Después de la promulgación del Código, la misma doctrina (incluso los más firmes partidarios de una suplencia estrecha y rigurosa) comenzaron a admitir que la suplencia podía extenderse no sólo a actos viciados por carencia de jurisdicción, sino por incumplimiento de otras condiciones de validez, condiciones que no afectaban directamente al sujeto agente, sino a circunstancias objetivas. Eran más bien requisitos invalidantes del acto, no inhabilitantes del sujeto. Por ejemplo, cuando el confesor estaba pertrechado de jurisdicción, pero confesaba a religiosas fuera del lugar exigido<sup>16</sup>.

Influyó mucho en la extensión del supuesto una respuesta auténtica de la Comisión de interpretación, de 22 de marzo de 1952<sup>17</sup>. Decretó que la norma del c. 209 debía aplicarse también al caso del sacerdote que asiste a un matrimonio sin delegación. Esta respuesta produjo una cierta sacudida doctrinal, porque parecía enervar dos principios aparentemente sólidos de la suplencia (para los partidarios de la versión más estricta).

En efecto, si un sacerdote necesita delegación para un episodio concreto (un matrimonio), es casi imposible que se verifique el error común. Así lo entendían los autores más rigurosos y legalistas (y también la Rota<sup>18</sup>).

15. *Ibid.*, 354. Es muy probable que pasara al Código a través de autores de nota que sostenían la idea de la suficiencia de la duda de hecho y que trabajaron en el proceso codificadorio, como Ojetti y D'Annibale.

16. Es muy significativo el esfuerzo que hace Michiels para introducir en el ámbito del agente lo que no es más que un requisito invalidante exterior a él. Según nuestro autor la norma del c. 209 suple en ese caso la falta de jurisdicción «*quia agens, in ponendo actu jurisdictionali de quo in concreto agitur, non servavit condiciones aut formalitates ab ipso in exercitio suae jurisdictionis ad validitatem servandas ac proinde excessit limites suae potestatis, v. g. quando confessarius ad confessionem religiosarum ad normam can. 522 occasionaliter audiendas necessaria jurisdictione munitus religiosas istas invalide absolvit, quia earum confessionem audivit extra locum ad hoc destinatum (can. 522, collato responso Commissionis Interpretationis d. 28 decembris 1927 [AAS 20 (1928) 61])*» (G. MICHIELS, *De potestate ordinaria et delegata*, cit., 292).

17. AAS 44 (1952) 497.

18. La Rota en realidad sigue entendiendo que para que opere el error común hace falta que el asistente al matrimonio tenga un *munus stabile* o una delegación *ad universitatem casuum*, y no una delegación para un caso particular. A mi juicio esta interpretación es, sin razón alguna, francamente restrictiva de lo que dice el derecho, y no hace justicia a la evolución legislativa ni a las equivalencias que presenta en otras materias el ordenamiento jurídico. Cfr A. S. NITA, *La suplencia de la facultad de asistir al matrimonio en caso de error común, a la luz de la jurisprudencia de la Rota romana*, en «Cuadernos Doctorales» 16 (1999) 11-62.

Desde este punto de vista, una comunidad no estaría en condiciones de engañarse acerca de la falta de jurisdicción de un sacerdote advenedizo y desconocido, que nunca ha ejercido oficio alguno en esa comunidad. Sólo si la jurisdicción o la facultad fuese aneja a un oficio o proviniese de una delegación general (es decir, para muchos casos) podría tener lugar el error común.

También hubo lugar para que algunos se sorprendieran de que la suplencia operase en beneficio de un solo matrimonio (un bien privado) desoyendo la razón tradicional de la suplencia, que era el bien común.

Pero la realidad era más bien que el derecho canónico estaba alargando la suplencia. Es decir, entendía que no era sólo el caso de un error efectivo de muchos lo que originaba la suplencia, sino que también podía originarla una situación capaz de engañar, aunque errasen pocos, o nadie.

El derecho canónico estaba entendiendo también que el bien común no se ve comprometido tan sólo por el error de muchos. El bien común se protege cuando se establecen las condiciones para constituir los actos jurídicos en buena fe, y se salva a todos de la posibilidad del engaño. Dicho con otras palabras, no se puede convertir al error en el salvador de la comunidad. Sería paradójico pensar que si yerran muchos nuestro bien jurídico está salvado y si yerran pocos nuestro bien jurídico fracasa.

En realidad hay muchísimas cosas paradójicas en una aplicación rigorista del régimen de la suplencia jurisdiccional.

El caso es que el CIC de 1983 ha continuado con la dinámica extensiva. La suplencia alcanza ahora a las facultades habituales para la asistencia al matrimonio y para la administración de sacramentos. Y sobre todo se añade definitivamente como causa de suplencia el error de derecho. Ya había sido adelantado por la respuesta de 1952 y defendido por algún sector de la doctrina<sup>19</sup>. Se entiende por error de derecho el error que puede apoyarse en un hecho objetivo y público. No es necesario que la falsa apreciación haya imbuido de hecho a la comunidad.

En la dialéctica entre la necesidad de proteger la habilitación jurisdiccional y la necesidad de proteger la verdad de los actos jurídicos, el ordenamiento canónico ha ido dando pasos progresivos para favorecer

19. En realidad, antes del CIC de 1917 solamente I. BUC CERONI, *Casus conscientiae*, Romae 1899, II, 568, había tomado partido favorable por el error de derecho como causa de suplencia. Pero después de la promulgación del Código fueron muchos los autores que se alinearon a favor, incluso combativamente.

la verdad de los actos<sup>20</sup>. Esto es lo que podemos concluir. Por lo tanto, toda solemne declaración a favor de los principios de la habilitación jurisdiccional merece otra declaración, solemne también, sobre la sustancia de los bienes en juego. Y a mi juicio sobra todo recelo sobre una hipotética subversión de la jurisdicción canónica causada por la interpretación abierta de la suplencia. Michiels se escandalizaba de una norma como el actual c. 144, que admite el error de derecho<sup>21</sup>. Pero no parece que nada haya sido subvertido, al contrario.

En esta evolución natural del derecho me parece que cobra sentido interpretar que la Iglesia suple la inexistencia de la dispensa en nuestro caso.

6. *El requisito invalidante del c. 1086 no urgía, por razón de un «dubium iuris»*

En la duda de derecho la ley no urge, aunque sea invalidante o inhabilitante. En la duda de hecho la ley urge, aunque el Ordinario puede dispensar de ella (c. 14).

En este epígrafe nos preguntamos si pudo existir un *dubium iuris* que hiciera cesar la obligación de la dispensa del impedimento. Si se puede probar la duda de derecho ni siquiera haría falta recurrir a la suplencia de potestad.

20. «Es la Iglesia misma la que en sus interpretaciones auténticas y en su jurisprudencia ha marcado esta evolución. ¿Es que el derecho positivo es inmutable? Basta recordar las vicisitudes por las que ha pasado a lo largo de los siglos la clandestinidad del matrimonio. Además, el matrimonio celebrado bajo el signo del error común nunca será un matrimonio “clandestino”: y es esto sobre todo lo que el legislador quiso evitar. Descartado este inconveniente, no se podrá negar que la Iglesia “favorece” la validez del matrimonio (c. 1014). Es la ocasión de repetir: ¡si hay menos declaraciones de nulidad, tanto mejor!» (A. BRIDE. *Erreur commune et suppléance de la juridiction*, en «Revue de Droit canonique» 4 [1954] 33). Aunque a algún autor de nota le parece que esta afirmación está hecha «demasiado alegremente» (G. MICHIELS, *De potestate ordinaria et delegata*, cit., 344 [nt 2]) lo cierto es que cincuenta años después se puede afirmar lo mismo con más razón. [La traducción de todos los textos es mía].

21. «Pero entonces, ¿para qué sirven las severísimas leyes, que son además irritantes e inhabilitantes, con las que la Iglesia, mirando al bien común público, ordena la concesión y el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica, tanto ordinaria como delegada (veánse las normas de los cc. 16 §1, 196-208, 872-890, 1043-1045, 1052, 1094-1096, 2236s. [CIC de 1917], etc.)? ¿No es evidente que todo el sistema de normas claras, graves y estrictas, orientadas directa e inmediatamente al bien público, por el que la Iglesia pretende proteger y preservar la concesión y el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica, se expondría constantemente y en el más alto grado a violaciones arbitrarias si se admitiese el error común meramente interpretativo?» (G. MICHIELS, *De potestate ordinaria et delegata*, cit., 328-329).

Hay que advertir otra vez el doble plano en el que nos movemos. Una cosa es la duda del bautismo, otra la duda sobre la necesidad de dispensar del impedimento matrimonial. La duda sobre el bautismo no puede operar ningún efecto en el ámbito sacramental. El bautismo es válido o inválido con independencia de la duda que sobre él haya recaído. Dicho con otras palabras, el ordenamiento canónico no tiene soberanía alguna para intervenir con sus recursos propios en orden a suplir, sanar, dispensar, o reconstruir los elementos sacramentales exigidos por el derecho divino para la validez de los sacramentos. Lo único que puede hacer es verificar si existieron, y declararlo.

Ahora bien, una duda en el ámbito sacramental puede ser operativa a otros efectos, es decir, a efectos de aquellos requisitos que el propio ordenamiento establece y sobre los que sí es dueño de intervenir. Nos interesa exclusivamente esto último. ¿Pudo la duda del bautismo convertir en dudoso, con *dubium iuris*, el c. 1083 (antes 1067 §1), que declara nulo el matrimonio entre bautizado y no bautizado si no media la dispensa del impedimento de disparidad de cultos?

Como dice Navarrete, «la *Risposta* certamente non è (...) un'interpretazione autentica di una legge positiva dubia»<sup>22</sup>. Efectivamente, la respuesta de la Congregación no tiene como propósito explicar una previa norma positiva dudosa. El problema que se presenta no es determinar qué condiciones son necesarias para la validez del bautismo, sino si el bautismo mormón cumple con esas condiciones. La duda acerca de si un bautismo es válido por causa de la intención que tuvo quien lo administró es una duda de hecho.

Hay que reconocer sin embargo que no nos encontramos ante un *dubium facti* convencional. El *dubium facti* ordinario es concreto. Es la fluctuación del juicio acerca de si Ticio ha sido o no bautizado con la intención requerida (o si ha sido bautizado en absoluto, o si lo ha sido con suficiencia de materia o de forma). La duda de hecho, como corresponde a los fenómenos fácticos, atiende a un episodio singular. Pero en este caso parece que se ha convertido en una duda de carácter especulativo.

En efecto, la duda acerca de si el bautismo mormón es un bautismo cristiano constituye un *dubium* general y teórico, que no se aviene bien con los términos clásicos de la duda de hecho. Más que una duda de hecho es una duda sobre una categoría de hecho, una categoría abstracta.

22. *L'Osservatore Romano*, 25.VII, 4.

En consecuencia es un *dubium facti* que tiene *aliquid iuris*. El sustrato es fáctico pero el tratamiento que recibe es jurídico. Parece claro que una duda de hecho que merece una respuesta general de la Congregación para la doctrina de la fe (con todas las condiciones de generalidad que cabe atribuir a esa respuesta) añade algo a la mera modalidad fáctica de la duda.

Según la doctrina, las dudas de hecho pueden tener una conexión más o menos próxima con una *ratio iuris*. Sobre el tema decía Philippot: «en la duda de derecho la obligación de la ley no urge; urge por el contrario en la duda de hecho, a no ser que se le añada una razón de derecho. Esta razón de derecho puede ser una interpretación razonable de la ley, o un caso en que la Iglesia suple, o en el que el legítimo superior dispensa, o cuando por las diversas opiniones de licitud en este caso o en aquel otro, la probabilidad de hecho se convierte en una probabilidad de derecho»<sup>23</sup>.

Parece claro que en nuestro caso la duda de hecho sobre el bautismo mormón ha recibido un suplemento cualificado de razones jurídicas para convertirse en duda de derecho sobre la necesidad de dispensa del impedimento de disparidad de cultos.

Veamos la posible eficacia de esa duda con sus referentes de derecho positivo. El c. 1086 §3 dice que es válido el matrimonio entre parte bautizada y parte comúnmente tenida por bautizada o con bautismo dudoso, hasta que se pruebe con certeza que una de las partes no estaba bautizada.

A mi parecer, la prueba cierta de la invalidez del bautismo, y la sucesiva invalidez del matrimonio, operaría sólo para el caso de un *dubium facti* ordinario. La duda de derecho, tal como la hemos descrito, provocaría que este extremo de invalidez no urgiese. O sea, destituiría de eficacia el precepto invalidante para los que se ven envueltos en el *dubium* especulativo y general sobre su bautismo.

¿Están incluidos los bautismos sometidos a duda especulativa y general dentro del concepto de bautismo dudoso que sostiene el c. 1086 §3, a efectos de nulidad del matrimonio? Hay buenas razones para con-

23. PHILIPPOT, *De dubio in jure praesertim canonico*, Brugis 1947, 197 (cit. por G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, I, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, 430). Ordinariamente los autores emplean sin embargo la *ratio iuris* de la duda de hecho para justificar sobre todo la desvinculación de la ley meramente preceptiva o prohibitiva, en términos de licitud.

testar que no. Es decir, para considerar dudoso, con duda de derecho, que ese tipo de bautismo esté incluido en la voluntad de esa norma. Y precisamente por ello no se puede urgir la obligación de la ley para esa categoría de supuestos sometidos a *dubium iuris*.

7. *Se introdujo una costumbre de derecho que facultaba para contraer matrimonio canónico sin dispensa del impedimento*

A mi juicio se puede probar también la validez de los matrimonios contraídos sin dispensa acudiendo al valor de la praxis generada en torno a la suficiencia del bautismo mormón a efectos de celebrar matrimonio canónico.

Sobre la praxis existente (considerar suficiente el bautismo mormón y no solicitar la dispensa del impedimento) me parece que no se puede dudar. Luis Ladaria habla con claridad de que la respuesta de la Congregación «cambia la práctica del pasado, que era no oponerse a la validez de tal bautismo». Con la respuesta se debe producir por tanto «un cambio de praxis». En el siglo XX, conforme se conocía mejor la doctrina de los mormones, «se fue creando una praxis no uniforme», aunque «la praxis común continuaba aplicando el principio tradicional de la presunción de validez de ese bautismo»<sup>24</sup>.

Una praxis es un uso, por lo tanto una realidad más fáctica que jurídica. Sin embargo es bien sabido que las praxis pueden reflejar cierto valor normativo e incluso constituir costumbre de derecho si cubren las condiciones establecidas en la ley (en nuestro caso, los cc. 23-28).

La praxis de no solicitar dispensa del impedimento de disparidad de cultos en el caso de matrimonio de católico con mormón, ¿constituía, antes de la respuesta de la Congregación, una *consuetudo iuris*? A mi juicio hay datos suficientes para afirmarlo. O sea, se trata de un supuesto fáctico que había adquirido dimensión normativa. Dimensión normativa no quiere decir que a todos se les prohibiera solicitar la dispensa. Lo que quiere decir es que cualquiera tenía, en virtud de la costumbre, la facultad jurídica de no solicitarla. Se trata de una norma concesiva, no preceptiva o prohibitiva.

Es evidente que me estoy refiriendo al uso de no solicitar la dispensa, fundado en la duda del bautismo. Claro está que no intento justifi-

24. L. LADARIA, en *L'Osservatore Romano* 16-17.VII, 6.

car la validez del bautismo por fuerza de una norma consuetudinaria. Eso queda absolutamente fuera de la eficacia de las normas positivas canónicas. Sería una corruptela o una praxis irracional.

No hay duda de que se trata de una comunidad capaz de introducir costumbre. Una comunidad completa, en comunión con su cabeza. La aceptación, e incluso la inducción a que se implantara el uso por parte de la jerarquía eclesiástica está fuera de discusión. Tampoco hay duda de que el uso estaba consolidado y había cubierto los plazos que el derecho establecía para la constitución en costumbre de derecho. Me fundo en los datos que pueden recabarse de lo oficiosamente publicado.

Que se trata de un uso racional a mi juicio no admite duda. Tenía como presupuesto el respeto del bautismo cristiano. Estaba tácitamente admitido por la Santa Sede, que incluso lo instó como praxis habitual en situaciones análogas, según hemos visto.

Tampoco puede negarse el *animus iuris inducendi*, al menos interpretativo. «La costumbre ha de observarse con ánimo de introducir Derecho; es decir, con la actitud organizadora que lleva a aportar soluciones racionales y vinculantes a problemas que en la sociedad se plantean»<sup>25</sup>. No es necesario, ni conveniente, entender el ánimo en dimensión subjetiva de acto de voluntad. Es el tenor organizativo y racional de la costumbre, innegable en este caso, lo que informa sobre el *animus* de los introductores. Debe notarse que el actual c. 25 no habla ya de «voluntad de obligarse» sino de «voluntad de introducir derecho». Es un matiz que tiene relieve en nuestro caso porque lo que se introduce es una facultad de obrar (sin que la dispensa urja) más que una nueva obligación.

A mi parecer sólo se presentan dos problemas que podrían comprometer la existencia de una *consuetudo iuris*. El error en el que se fundaba la praxis, y las vacilaciones con las que se ha ejercitado en los últimos tiempos.

Se podría efectivamente alegar el error de la introducción. Es decir, una praxis fundada en la probabilidad de que el bautismo era válido delataría un ánimo viciado por error en la comunidad introductora. Ese supuesto de validez del bautismo respondería en realidad a una ignorancia o a un error por falta de suficiente investigación en la sustancia del bautismo mormón. No habría lugar para una voluntad de

25. P. LOMBARDÍA, *sub c. 25*, en *Código de Derecho canónico. Edición anotada*, Pamplona 2001 (6ª) 93-94.

introducir derecho cuando esa misma voluntad estaba viciada por una mala inteligencia.

Este tipo de alegaciones pueden tener algún sentido cuando el error es antecedente y causal. O sea, cuando es el error, y sólo él, el que origina la praxis. Pero cuando la praxis ha sido originada contando con la posibilidad del error (precisamente en la duda de la validez), el error no tiene ninguna eficacia corruptora de la costumbre. Debemos entender que nos encontramos en un ámbito de derecho objetivo, donde los errores de conocimiento y los vicios de voluntad no operan como en los actos privados. Merecen un protagonismo mucho más ponderado.

Sobre las vacilaciones que presenta la praxis en los últimos tiempos la respuesta es más difícil. Esas distintas alternativas ¿suponen falta de unanimidad en el comportamiento comunitario? Más aún, ¿significa que la *pars sanior* de la comunidad (la *pars doctior*, para ser más exactos) desacredita al resto?

La respuesta no es fácil, y requeriría algunos datos de hecho para verificar más exactamente la situación. Pero mi opinión es que las vacilaciones de la praxis no enturbiaron, como advierte Ladaria, «la praxis común». Y que probablemente los que disientían de la praxis común buscaban más la necesidad de asegurar el valor sacramental del bautismo que la necesidad de asegurar la validez del matrimonio.

#### 8. *Si se admitiera la nulidad de los matrimonios, la Respuesta tendría carácter retroactivo*

Aunque pueda parecer paradójico, me parece que es ahora, al final, cuando estamos en condiciones de analizar la cuestión previa que presentaba Navarrete. La cuestión era si la respuesta se proyectaba sobre los matrimonios que se habían de celebrar en el futuro o afectaba también a los que se celebraron en el pasado. Como la respuesta —dice el autor— es declarativa de la nulidad del bautismo (no explicativa de derecho dudoso), su valor se retrotrae al pasado. Son nulos, en consecuencia, tanto el bautismo como los matrimonios que se contrajeron presumiendo la validez del bautismo.

La argumentación de la cuestión previa es frágil, a mi parecer. Nadie niega que los bautismos conferidos sean inválidos. Nadie niega tampoco que la voluntad de la respuesta sea precisamente ésa, es decir, declarar en todo caso la nulidad del bautismo mormón. Toda verdadera declaración de nulidad *valet retrorsum*, hay que extenderla al pasa-

do. Lo que sorprende es la consecuencia que se vincula a este hecho de modo inmediato y sin trámite argumental alguno. O sea, la nulidad del matrimonio como efecto de la nulidad del bautismo.

La respuesta de la Congregación para la doctrina de la fe es una declaración de nulidad de los bautismos mormones, no una declaración de nulidad de los matrimonios por ellos contraídos con cónyuge católico. El efecto de nulidad de los matrimonios sería un efecto típicamente retroactivo, que exigiría una cláusula expresa (que lo declarase «nominatim», como indica el c. 9). Pero eso no lo ha hecho la Congregación.

Esta opinión supone en buena medida toda la argumentación que se ha desarrollado en estas páginas. Los matrimonios fueron válidos desde el principio, y no con una validez precaria, dependiente de la resolución de la duda sobre el bautismo. Por consiguiente, la declaración de nulidad de esos matrimonios supondría un altísimo grado de retroactividad, que desde luego la respuesta no ha expresado.

9. *Es preciso ser congruentes con las condiciones del matrimonio como misterio de la creación*

El derecho positivo canónico debe estar atento a la congruencia que demuestra con las finalidades de salvación y con los conceptos que la Iglesia (especialmente su magisterio) propone y elabora. Hay una congruencia superior a la congruencia dogmático jurídica. O mejor dicho, no es una dogmática jurídica valiosa la que se siente liberada de las interpelaciones de ese mensaje.

Parece claro, según hemos dicho antes, el esfuerzo especulativo y pastoral que Juan Pablo II ha desarrollado para hacer entender que el matrimonio cristiano es el matrimonio del origen, el matrimonio creacional. No es una especie distinta que no cabría bien en el género del principio. Lo que el Señor eleva a sacramento es ese modelo. Ese modelo es el «gran misterio».

Me permito citar algunas palabras del discurso del Papa a la Rota el 1 de febrero de 2001. No son nuevas, son un exponente del mensaje que ha expuesto a lo largo de muchos años.

«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 el mismo dato natural, evidenciado por la razón, asumido y elevado por Cristo como signo y medio de salvación»<sup>26</sup>.

«Introducir para el sacramento requisitos intencionales o de fe que fueran más allá de casarse según el plan divino del “principio” —además de los graves riesgos que indiqué en la *Familiaris consortio* (cf. n. 68: AAS 73 [1981] 164-165): juicios infundados y discriminatorios, y dudas sobre la validez de matrimonios ya celebrados, en particular por parte de bautizados no católicos—, llevaría inevitablemente a querer separar el matrimonio de los cristianos del de otras personas. Esto se opondría profundamente al verdadero sentido del designio divino, según el cual es precisamente la realidad creada lo que es un “gran misterio” con respecto a Cristo y a la Iglesia»<sup>27</sup>.

De modo que no hay dos modelos, uno cristiano, sucesivo y más perfecto, y otro natural, embrionario y deficiente. Hay un único modelo al que se adscriben todos, bautizados y no bautizados, sin discriminaciones. Siempre que deseen atenerse, como es obvio, a los presupuestos del matrimonio del principio.

La dispensa de disparidad de cultos no constituye, claro está, una discriminación. La razón de esa dispensa es proteger la fe del fiel contrayente y de la prole. Además, puede constituir en ocasiones una garantía de la misma voluntad matrimonial del cónyuge no bautizado. Respetar la fe es también respetar al cónyuge. Es entender la relación matrimonial en una atmósfera de deuda recíproca pero no de ausencia de convicciones personales. Y mucho menos de dominio de una parte sobre la otra.

De cualquier forma, la disparidad de cultos, si es verdad que no implica un vicio como el que acabamos de sugerir, es una razón extrínseca al matrimonio mismo. El matrimonio entre bautizado y no bautizado no es un matrimonio anómalo. La dispensa no tiene por misión permitir que se genere un vínculo afectado por alguna disfunción.

Por eso, en un caso como el nuestro, hacer operativa la falta de dispensa para invalidar el vínculo contraído, además de los inconvenientes presentados hasta ahora, supondría una especie de testimonio con-

26. *Discurso de Juan Pablo II a la Rota Romana en el inicio del año judicial* (1 de febrero de 2001) n. 4.

27. *Ibid.*, n. 8.

tra la doctrina del matrimonio como sacramento de la creación. Un testimonio seguramente no deseado, pero testimonio al fin y al cabo.

10. *En último término habría que pensar en una dispensa presunta, fundada en las cauciones que los cónyuges prestaron*

Hay un detalle que no debe pasarse por alto. Todo matrimonio mixto debe someterse a unas cauciones que pretenden evitar, o disminuir, el peligro para la fe del cónyuge católico y de la prole. Estas cauciones son iguales para cristianos no católicos y para no bautizados.

Estas garantías cautelares (antes referidas en el c. 1061, ahora en el 1125) se exigieron a todos los matrimonios de católico con mormón. Si sus bautismos se presumieron válidos no por ello se les ahorró esta obligación. Eran acatólicos.

Antes de 1983 el cónyuge no católico debía dar garantías de que no pervertiría la fe del cónyuge católico; y ambos debían darlas acerca del bautismo y educación en la fe católica de la prole. Después de 1983 las cauciones recaen especialmente en el cónyuge católico, que debe declarar que está dispuesto a evitar cualquier peligro para la fe y debe prometer que hará lo posible para bautizar y educar a la prole en la Iglesia católica. La parte acatólica debe ser informada de estas promesas. Se le hace saber que se casa con una persona que ha prometido su fidelidad a la fe y su positivo interés por formar en esa fe a sus hijos.

Estas cauciones eran (y son) condicionantes para la dispensa de la disparidad de cultos o para la licencia del matrimonio mixto. Sólo se concede la dispensa (o la licencia) si se formulan estas garantías. Y también vale el argumento inverso: siempre se formulan como paso previo para la concesión de la dispensa. No tienen sentido fuera del proceso de concesión. Sólo cobran sentido cuando la Iglesia está dispuesta a dispensar del impedimento.

Por eso cabe preguntar: ¿no resulta un absurdo jurídico que la autoridad exija la prestación de esas garantías; que los cónyuges las presten de hecho; que la autoridad las acepte; y que al final la propia autoridad declare nulo el matrimonio porque no se concedió una dispensa que dependía de las garantías prestadas?

Las cauciones apuntan al centro mismo del problema. Se trata de proteger la fe católica del contrayente y su futura familia. Una vez prestadas las garantías, el derecho ha puesto por obra todo lo que está en su mano para proyectar un futuro respetuoso con la fe católica. Queda

la dispensa, que es sin duda un acto distinto. Pero está de tal modo vinculado al ofrecimiento de las garantías, que las mismas garantías reclaman la dispensa.

Una vez solicitadas y ofrecidas las cauciones, la dispensa se convierte en un paso casi automático (por parte de la autoridad) y exigible (por parte de los contrayentes). Se trata en definitiva de ejercer el *ius connubii*<sup>28</sup>.

Y suponiendo que por alguna razón accesoria y extrínseca ese paso no se diera, habría que pensar en una dispensa presunta.

\* \* \*

Esta es una respuesta académica. Tal vez quien usa del derecho en su empleo más natural, que es el forense (y también el del gobierno), mire las cosas desde una perspectiva distinta. Tal vez el matrimonio de los mormones tenga otros índices eclesiales, sociales, judiciales y culturales que yo no conozco. Tal vez toda esta argumentación que he presentado deba ser complementada y corregida.

Desde fuera, o sea en el ámbito académico, las cosas se ven con más claridad pero con menos contexto. Desde dentro el problema es el inverso, puede haber demasiado contexto.

Para mí es un absurdo jurídico que un requisito de derecho positivo, accidental a efectos del acto que se concluía, que no se observó de buena fe y con aprobación eclesial, según una praxis en vigor, pueda producir la nulidad de un acto jurídico como el matrimonio a través de una retrotracción desorbitada.

En el uso forense tal vez no parezca tan absurdo, porque en ese caso el contexto cuenta mucho. Para quién o para qué se hace, qué utilidad va a procurar, cómo es la realidad fáctica que se está ventilando, cuántos bienes menores se salvan, cuántas circunstancias subjetivas quedan

28. «Cuando el matrimonio con un no-bautizado no afecta de modo grave a ese núcleo irrenunciable de la fe, el impedimento debe entenderse como una cautela justa impuesta al “ius connubii”. Por tanto, cuando existe causa justa y no hay peligro para la fe, puede decirse que el derecho a contraer fundamenta claramente la concesión de la dispensa. De ahí que la Iglesia, en supuestos excepcionales —de grave persecución religiosa—, ha reconocido como válidos matrimonios contraídos entre católicos y no-bautizados, en los supuestos en que la Iglesia suele dispensar» (J.I. BAÑARES, *sub c. 1086*, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico* [A. MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA], III, Pamplona 1995, 1175-1176). Cfr también, J.I. BAÑARES, *El «ius connubii», ¿derecho fundamental del fiel?*, en «Fidelium Iura» 3 (1993) 250-251.

mejoradas. Cómo son los mormones, cómo son los matrimonios de los católicos con ellos. Todo esto es el contexto.

Del contexto me he ocupado poco. Ahora bien, el exceso de contexto me parece que tiene también sus propios problemas. Se equivocaría, me parece, el que pensara que las formalidades jurídicas son esgrimidas por los que tienen un gran escrúpulo formal o por los que aman un derecho bien anclado en los principios. Los requisitos jurisdiccionales, las cláusulas invalidantes, las fórmulas *ad solemnitatem*, las condiciones de inhabilidad son esgrimidos principalmente por los que buscan intereses litigiosos. Es decir, benefician a los que pretenden sacar ventaja de la nulidad. Una defensa a ultranza de las formalidades es un esquema típico del jurista que busca un interés. Puede ser un interés legítimo, como decía.

Mi impresión, académica si se quiere, es bastante distinta. Creo que si se concede demasiado a las cláusulas formales queda afectada toda una visión del derecho. No es sólo ni principalmente el problema de un puñado de matrimonios mixtos de los mormones con los católicos.

El problema es qué prepondera, si la forma sobre la verdad o la verdad sobre la forma.