

LA INFLUENCIA DE LA REFORMA PROTESTANTE EN EL DERECHO

Por

MARÍA J. ROCA
Universidad Complutense de Madrid

Mjroca@der.ucm.es

e-Legal History Review 14 (2012)

RESUMEN: La influencia de la Reforma protestante favoreció una evolución del Derecho hacia el individualismo. En el ámbito del Derecho privado, puede apreciarse con especial claridad en la institución del matrimonio. En el ámbito del Derecho público, ha favorecido más bien la tendencia al fortalecimiento de quien en cada momento histórico es el titular del poder público: el señor territorial o los poderes públicos, según el momento histórico, ya que no hay para estos titulares un límite a su poder en el *ius divinum*. Además, al negarse el carácter jurídico del Derecho confesional, tampoco tiene el poder secular el límite de una institución independiente del Estado, con un Derecho y una jurisdicción propios. En la medida en que el movimiento reformador supuso alteraciones en el orden político, trajo también consigo importantes aportaciones para el funcionamiento de las instituciones de Derecho público como los principios de *amicabilis compositio*, de paridad y de tolerancia, o el concepto de “encargo público de las Iglesias.

PALABRAS CLAVE: Reforma Protestante, Competencia secular sobre asuntos eclesiásticos, secularización del matrimonio.

SUMARIO: I. Introducción. II. Postulados teológicos y antropológicos de la Reforma y su influencia en el Derecho. 2.1. La concepción luterana de la libertad humana y sus consecuencias. 2.2. Del libre examen a la libertad de conciencia. 2.3. La Reforma, el *ius Divinum* y la fundamentación del Derecho. 2.4. La negación de la juridicidad del Derecho canónico. 2.5. Síntesis conclusiva. III. Influencias prácticas en los principios y las instituciones del Derecho vigente. 3.1. Atribución de la competencia sobre las cuestiones eclesiásticas a los señores territoriales. 3.2. La Reforma y el *ius Publicum*. 3.2.1. Los principios de *amicabilis compositio*, de tolerancia y de paridad. 3.2.2. Del protestantismo liberal a la teoría cristológica del Estado. 3.2.3. Síntesis comparativa. 3.3. La Reforma y el Derecho privado. 3.3.1. La secularización del matrimonio. 3.3.2. La Reforma y el espíritu del capitalismo. 3.4. Síntesis conclusiva. IV. Consideraciones finales.

THE INFLUENCE OF THE PROTESTANT REFORMATION IN THE LAW

ABSTRACT: The influence of the Protestant Reformation favored a law evolution towards individualism. It can be appreciated in the area of private law and particularly clearly on the institution of marriage. Public law has rather favored the tendency of strengthening those who in each historical moment were the titular of public power: the territorial lordships or the public powers, depending on each historical moment, as there is not a limit to their power in the *ius divinum*. Besides, by refusing the legal status of the confessional law, the secular power has not either the limit of an independent institution of the State with a law and jurisdiction of its own. To the extent that the reformer movement led to changes in the political order, it also brought important contributions to the functioning of the institutions of public law (principles of *amicabilis composition*, parity, tolerance, concept of “public commission of the churches”).

KEYWORDS: Protestan Reformation, Secular competence on ecclesiastical affairs, secularization of marriage.

SUMMARY: I. Introduction. II. Theological and anthropological postulates of the Reformation and its influence on the Law. 2.1. The Lutheran concept of human freedom and its consequences. 2.2. From free inquiry to freedom of conscience. 2.3. The Reformation, the *Ius Divinum* and the basis of law. 2.4. The denial of legality of the Canon law. 2.5. Concluding synthesis. 3. Practical influences on the principles and institutions of the Law in force. 3.1. Attribution of jurisdiction over ecclesiastical matters to the territorial lords. 3.2. The Reformation and the *Ius Publicum*. 3.2.1. The *amicabilis compositio* principles, the principles of tolerance and parity. 3.2.2. From liberal Protestantism to the Christological theory of the State. 3.2.3. Comparative synthesis. 3.3. The Reformation and the Private law. 3.3.1. The secularization of marriage. 3.3.2. The Reformation and the spirit of Capitalism. 3.4. Concluding synthesis. 4. Last considerations.

I. INTRODUCCIÓN

La Reforma es ante todo un movimiento teológico, no jurídico. Sin embargo, su influencia no se reduce a ese ámbito. La Reforma emprendida por Lutero supuso un cambio de concepción tanto respecto a la Iglesia-institución como respecto al hombre, y ello ejerció también su influencia en el Derecho secular. Resulta ardua la tarea de sistematizar las consecuencias de las doctrinas protestantes en el Derecho¹. Lutero no tenía un concepto muy alto de los juristas (*Juristen, schlechte Christen*: juristas, malos cristianos²), y no se propuso elaborar una teoría del Derecho. A ello hay que añadir que, ya desde el inicio del movimiento protestante, se produce una notable diversificación entre los reformadores (Lutero, Zwinglio, Calvino³, etc.), y entre las propias Iglesias (iglesias nacionales e iglesias libres), aunque partan de una base común.

Según Ernst Troeltsch⁴, debe distinguirse entre el antiguo protestantismo (*Altprotestantismus*) y el nuevo protestantismo (*Neuprotestantismus*); con el primero, se designa el periodo de tiempo comprendido desde el inicio del movimiento reformador

¹ Entre los estudios en lengua castellana, pueden citarse: J. A. Álvarez Caperochipi, *Lutero y el Derecho*, en "Persona y Derecho", 13, 1985, pp. 13 y ss., M. García Alonso, *Poder, Derecho y secularización. Un apunte sobre Lutero*, en "Revista de Estudios Políticos", 129, 2005, pp. 281 y ss. A. González Montes, *Eclesiología política a la sombra de la Reforma*, en "Salmanticensis", 27, fasc. 3, 1980, pp. 325 y ss.

² M. Honecker, *Recht in der Kirche des Evangeliums*, Tübingen, 2008, p. 17, el entendimiento del Reformador acerca del Derecho, no era muy extenso y elevado. No llegó a comprender la función pacificadora y prestacional del Derecho. Para él el Derecho sólo tenía la dimensión de justicia penal. Melanchthon pensaba de otro modo, él volvió a considerar el Derecho natural. Sobre la concepción que Lutero tenía de los juristas, merecen destacarse los estudios de A. Stein, *Luthers Meinungen über die Juristen* en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung" 54, 1968, pp. 352-375. K. Schlaich, *Matin Luther und das Recht*, en Idem, *Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1997, pp. 3-23.

³ J. Witte, *Moderate Religionsfreiheit in der Theologie Johannes Calvins*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung", 83, 1997, pp. 401 y ss.

⁴ E. Troeltsch, *Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt*, Baden, 1997.

hasta finales del siglo XVII. El nuevo protestantismo sería el que se prolonga desde la Ilustración hasta nuestros días. Aquí se dedicará la atención al estudio del antiguo protestantismo -aunque ocasionalmente extendamos la exposición hasta períodos más cercanos al momento presente-, puesto que con posterioridad ya resulta más difícil atribuir a este movimiento los cambios que experimenta el Derecho, al aparecer su influencia entremezclada con otros factores históricos y de pensamiento. A las alteraciones que produjo en el Derecho secular el cambio en los principios teológicos filosóficos y antropológicos de la Reforma, se dedica el apartado 2.

Por otra parte, la Reforma trajo consigo importantes consecuencias políticas. El Sacro Imperio Romano Germánico dejó de ser confesional, pasando a serlo los Estados imperiales, cuyos señores territoriales tenían la competencia en las cuestiones eclesiásticas que hasta entonces correspondían a los obispos (apartado 3.1.). Este hecho histórico supuso cambios relevantes en el gobierno del Imperio, que se materializó en principios y reglas procedimentales, que han seguido teniendo influencia hasta nuestros días. Las alteraciones en la organización política y en los principios jurídicos que acarrió la Reforma en el Derecho público (apartado 3.2.), así como la incidencia de sus postulados teológicos en algunas instituciones concretas del Derecho privado (apartado 3.3.), son estudiados en el apartado 3.

II. POSTULADOS TEOLÓGICOS Y ANTROPOLÓGICOS DE LA REFORMA Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO

Resulta conocido que Lutero se aparta de la concepción de la Iglesia católica acerca de libertad y de la justificación del hombre. Estas diferencias, aún no han sido plenamente superadas, a pesar del esfuerzo de ambas partes por encontrar los aspectos comunes que permitan alcanzar la unidad de las Iglesias⁵. Por otra parte, es igualmente un lugar común la negación del *Ius divinum* por parte de la Reforma. El Derecho divino suponía la base ontológica del Derecho en la escolástica clásica. Dicho de otro modo, el iusnaturalismo fundamenta el Derecho en una verdad ontológica permanente⁶. Puesto que cualquier profundización en la aplicación del Derecho supone encontrarse de frente

⁵ Cfr. la Declaración conjunta sobre la doctrina de la justificación firmada el 31 de oct. de 1999, el cardenal Edward Cassidy con la aprobación de Juan Pablo II, y el obispo luterano Christian Krause, en

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/chrstuni/documents/rc_pc_chrstuni_doc_31_101999_cath-luth-joint-declaration_sp.html

⁶ A. Ollero, *Historicidad radical del Derecho Positivo*, p. 181, accesible en <http://www.fcjs.urjc.es/departamentos/areas/profesores/ficha.asp?id=rzvyxtwx> [6.03.2012], bajo esta referencia: Andrés Ollero (1985): "Positividad jurídica e historicidad del derecho". Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid), II, pp. 285 - 296.

con la antinomia entre la justicia individual y la aspiración del Derecho objetivo a ser aplicado de modo general, necesariamente cualquier alteración en el modo de concebir la libertad humana y la fundamentación del Derecho objetivo trae consecuencias de hondo calado. Así ocurrió con el individualismo al que conduce la concepción luterana de la libertad y con la necesidad de buscar una nueva legitimación del Derecho que no fuera el Derecho divino, como se verá en los apartados 2.1., y 2.2., respectivamente.

2.1. La concepción de Lutero acerca de la libertad humana y sus consecuencias

Las dos obras principales en las que Lutero trata de la libertad son *Tractatus de libertate christiana* (1520)⁷ y *De servo arbitrio* (1525). Se dedica aquí mayor atención a la respuesta de Lutero a Erasmo, por ser la que mayores diferencias plantea con la concepción de la Iglesia católica acerca de la libertad humana, y porque es la que ha tenido más influencia en el ámbito del Derecho, tal vez precisamente por la polémica con Erasmo. En opinión del reformador, la palabra *liberum arbitrium* debería desaparecer del lenguaje de los hombres. Esto sería lo más seguro y lo más religioso⁸. Al describir la naturaleza de la libertad, Lutero la reduce al libre arbitrio: “ius utendi, faciendi, omittendi pro libero arbitrio”; es decir, derecho a usar, obrar u omitir conforme al libre capricho. La libertad queda en cierto modo confundida con el dominio sobre las cosas materiales; ya no es concebida como una cualidad del ser dotado de inteligencia y voluntad -cuya finalidad es la perfección de ese mismo ser-, sino como algo cerrado en sí mismo, anárquico y ateleológico: mero derecho de usar y abusar sin referencia al orden del ser⁹.

A ello debe añadirse que en la concepción luterana es la propia subjetividad la que fundamenta la salvación¹⁰. El hombre se salva sin necesidad de cumplir ninguna ley. En el orden de la salvación, todo se resuelve al margen del cumplimiento de cualquier ley -incluida la divina-, según la certeza subjetiva que cada uno tenga de haber sido justificado por la mera imputación de los méritos de Cristo¹¹. Así la subjetividad se convierte así en el lugar hermenéutico de toda Revelación cristiana¹². Y más allá del ámbito teológico, este radical subjetivismo está en la base, o al menos potencia, el planteamiento filosófico subyacente a tantas corrientes contemporáneas de

⁷ Un comentario exhaustivo de esta obra, puede verse en R. Rieger, *Von der Freiheit eines Christenmenschen, De libertate christiana*, Tübingen, 2007.

⁸ L. F. Mateo Seco, *Ley y libertad según Lutero. (Análisis de las consecuencias antinomistas de un planteamiento teológico)*, en “Persona y Derecho”, n. 7, 1980, p. 162.

⁹ L. F. Mateo Seco, *Ley y libertad según Lutero, o. c.*, p. 163.

¹⁰ *Ibid.*, p. 161.

¹¹ *Ibid.*, p. 162.

¹² *Ibid.*

pensamiento: la subjetividad es el lugar hermenéutico de la intelección del mundo, como punto de partida para interpretar el ser. Pero si es la subjetividad humana la que crea la verdad, se sigue inevitablemente que también es la subjetividad humana la que crea el bien. Moralidad y legalidad corren el riesgo de confundirse: la legalidad crearía la moralidad¹³.

Desde una concepción escolástica de la ley, ésta encuentra su fundamento en el orden natural (la ley natural). A su vez, la ley natural encuentra su fundamento en Dios. La ley humana, para ser justa, debe respetar -o al menos no contradecir- la ley natural. La ley no puede tener otra finalidad que la del bien común; esto es, el de toda la sociedad.

Por su parte, la conciencia individual no es creadora de la ley sino sólo encargada de aplicarla a la conducta concreta que debe adoptar el sujeto en cada momento. Una ley humana que vaya en contra de la ley natural no se considera ley, y por tanto, no cabe propiamente una objeción de conciencia a la ley. Cuando una autoridad dicta una norma contraria a la ley natural, ese precepto humano no obliga, sino que más bien surge el deber de resistirlo. Mientras este planteamiento fue aceptado por los legisladores bastaba invocar la ley natural -sin necesidad de acudir a la fuerza normativa de la propia conciencia- no ya para quedar eximido del cumplimiento de tal norma, sino para convertirse en obligado a combatirla.

Desde esta perspectiva, había también supuestos en los que se atendía a situaciones individuales del sujeto y éste quedaba exceptuado de la aplicación de la ley, bien para evitar males mayores (éstos eran propiamente los supuestos de tolerancia), bien porque sin estar contemplados en la letra de la ley, atendidas las circunstancias del caso, se consideraba que la solución más justa era esa, según el propio espíritu de la ley. Se hablaba pues, de tolerancia, de equidad, de epiqueya, y no de objeción de conciencia. En estos casos, la razón para adoptar una medida individual, al margen o contraria al tenor literal de la ley era la propia ley: bien considerando el fundamento de su obligatoriedad, bien atendiendo a los valores de los que la propia ley era portadora. En la tradición escolástica mantenida durante siglos en el Derecho europeo, el fundamento de las excepciones a la ley no es la propia conciencia, y menos aún puede pensarse que el fundamento de la ley sea la conciencia¹⁴.

2.2. Del libre examen a la libertad de conciencia

¹³ *Ibid.*

¹⁴ J. Morales, *Una visión cristiana de la conciencia*, en "Persona y Derecho", 5, 1978, pp, 539 y ss. G. Lo Castro, *Il mistero del Diritto*, Torino, 1997, A. Kaufmann, *Recht und Gewissen: Bemerkungen zum Problem der Rechtsgeltung*, en "Persona y Derecho", 24, 1991, pp., 131 y ss.

El reconocimiento de los derechos de la persona que dimanar de su dignidad es una aportación del cristianismo lograda en un largo recorrido histórico¹⁵. La Teología católica ha reiterado la necesaria libertad personal para abrazar la fe, la ilicitud de la violencia y la coacción para transmitirla. Estos principios, son recogidos por los grandes teólogos y por los documentos del Magisterio. Desde la Edad Media hasta el Concilio Vaticano II, pueden encontrarse fundamentos de la moderna libertad religiosa. Aunque haya también algunos documentos del Magisterio¹⁶ que se apartan de esa concepción personal de la libertad religiosa que hoy conocemos desde la *Dignitatis Humanae*.

Los principales textos internacionales reconocen la libertad religiosa, ideológica y de conciencia. Sin embargo, no hay una distinción clara en el ámbito jurídico de los objetos protegidos por cada una de estas libertades¹⁷. De ahí se deduce, en mi opinión, que hay una mayor influencia de la concepción protestante de la libertad de conciencia¹⁸ que de la concepción católica de la relación entre conciencia y ley. En efecto, la Reforma proclamó la libertad de conciencia en la Iglesia y frente a la Iglesia; ese subjetivismo, constituye la base de la que se deriva la identificación entre religión y creencia¹⁹, y entre convicciones teístas y no teístas²⁰, que hacen algunos Documentos de Naciones Unidas.

¹⁵ A. Dufour, "Le discours et l'événement. L'émergence des droits de l'homme et le christianisme dans l'histoire occidentale", en *Persona y Derecho*, 22, 1990, pp., 145 y ss.

¹⁶ Cfr. el texto del *Syllabus* (de Pío IX), las Encíclicas *Mirari vos* (de Gregorio XVI), *Libertas praestantissimum* (de León XIII) y *Quod aliquantum* (de Pío VI). Para su estudio nos remitimos a J. Isensee, "Keine Freiheit für den Irrtum. Die Kritik der katholischen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechten als staatsphilosophisches Paradigma", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 72, 1987, pp. 321 y ss. Para el Magisterio posterior, vid. J. Hamer / Y. Congar (dirs.), *La libertad religiosa*, Madrid, 1969. Carlos Soler, "La libertad religiosa en la declaración conciliar 'Dignitatis Humanae'", en *Ius Canonicum*, 65, 1993, p. 15. F. Ocariz, "Delimitación del concepto de tolerancia y su relación con el principio de libertad", en *Scripta Theologica*, 27, 1995/3, pp. 865 y ss.

¹⁷ Ello no obsta para que esta diferenciación pueda darse en el plano conceptual, como ha expuesto P. J. Viladrich, "Los principios informadores del Derecho eclesiástico español", en *VV. AA., Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1980, pp. 267-269. Hay ediciones posteriores, y a este autor han seguido otros mucho, citamos aquí, de intento, la primera exposición que hizo este autor.

¹⁸ La influencia protestante en los textos internacionales ha sido reiteradamente afirmada, cfr., por ejemplo: J. Nielsen, *Juridical problems facing Muslims in Western Europe*, en Pontificia Commissione per la Pastorale delle Migrazioni e del Turismo, n. 41. *Menschen Unterwegs. Islam e mobilità umana*, XIV, Mai 1984, p. 140.

¹⁹ En numerosos documentos de Naciones Unidas, "religión" y "creencia" son empleados como sinónimos. Cfr., p. ej.: E/CN.4/1996/95/Add.1, 2 de enero de 1996. Informe presentado por Abdelfattah Amor, representante especial de conformidad con la Resolución 1995/23 de la Comisión de Derechos humanos, después de la visita del Relator especial a Pakistán, en la parte relativa a las Conclusiones y recomendaciones: "En lo tocante a la legislación, el Relator Especial subraya que la religión del Estado o de Estado no se contradice por sí misma con los derechos humanos. Sin embargo, el Estado no debe constituirse en defensor de la religión para definir su contenido, sus conceptos, sus límites, salvo los que son estrictamente necesarios y que se indican en el párrafo 3 del art. 1 de la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, así como en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El 20 de julio de 1993 el Comité de Derechos

2.3. La Reforma, el *Ius Divinum* y la fundamentación del Derecho

Un estudio a fondo de la Reforma protestante y el *Ius divinum*²¹ requeriría una amplitud con la que no es posible abordarlo aquí, por la cantidad de matices que hay en las propias obras de Lutero, y por la diversidad de interpretaciones que de ellas se han hecho. No obstante, puede retenerse como base sólida que la Reforma niega la identificación entre la ley natural y el Derecho divino, y también la existencia misma del Derecho divino²². El primero de los artículos de Esmalcalda comenzaba declarando que el *Ius divinum* pontificio contaba según Lutero entre el Derecho pagano, y, en su verdadero núcleo, apartado como no cristiano²³. Este apartamiento del *Ius divinum* trajo consigo la necesidad de buscar la fundamentación del Derecho en otra instancia; surgió así el llamado Derecho racional, al atribuirse a la razón humana la categoría de fuente de legitimación del Derecho. Paulatinamente, se fueron abandonando las fórmulas abstractas del iusnaturalismo racionalista, para la “positividad” (el Derecho positivo), llegándose a rechazar “toda instancia de legitimación que trascienda al derecho puesto, afirmándose la soberanía política en un ámbito secularizado”²⁴.

Humanos aprobó el Comentario General n. 22 relativo al artículo 18 del Pacto, en el que se considera que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es de largo alcance. El Comité subraya asimismo que las restricciones a la libertad de profesar una religión o creencia sólo se autorizan en caso de que las prescriba la ley, de ser necesarias para garantizar la seguridad, el orden y la salud públicos, así como para proteger la moral o las libertades o derechos fundamentales de los demás, y se aplican de manera que se vicie el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (n. 81 del Informe). Sobre el tema, M. J. Roca, *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, 2009, p. 125.

²⁰ “A los efectos de la presente convención:

a) la expresión ‘religión o creencia’ comprende las convicciones teístas, no teístas y ateas; (...)

c) por ‘intolerancia religiosa’ se entenderá la intolerancia en materia de religión o creencia;

d) no se considerará por sí misma como intolerancia religiosa, ni discriminación por motivos de religión o creencia, la adopción de una religión ni el reconocimiento de una religión o creencia por un Estado ni la separación entre la Iglesia y el Estado, siempre y cuando este apartado no se interprete en el sentido de que permite la violación de disposiciones concretas de la presente convención”. Tomado del Proyecto de Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa. Documentos oficiales del Consejo Económico y Social 41 periodo de sesiones, suplemento n. 8, E / 4.184. En el mismo sentido, el Informe de la Relatora especial sobre libertad de religión o creencias E/ CN.4 /2005/61, de 20 de diciembre de 2004, n. 8, afirma que los términos creencia y religión deben entenderse igualmente en sentido amplio. Cfr. al respecto, M. J. Roca, *La tolerancia en el Derecho*, o. c., p. 127.

²¹ La monografía más completa que conocemos es la de U. A. Wolf, *Ius Divinum. Erwägungen zur Rechtsgeschichte und Rechtsgestaltung*, München, 1970.

²² D. Pirson, *Ius Divinum*, pp. 111-113, Id., *Ius Divinum, evangelisch*, (114-115), en Id., *Gesammelte Beiträge zum Kirchenrecht und Staatskirchenrecht*, Bd. I., Tübingen, 2008, Lutero rechazó de modo expreso la doctrina escolástica sobre un sistema de fuentes en el que el *Ius divinum* ocupaba el rango jurídico superior de un orden jurídico objetivo universal (p. 114).

²³ “Das päpstliche ‘Ius divinum wird con Luther teils dem heidnischen Recht zugezählt, in seiner eigentlichen Mitte aber als unchristlich abgetan” U. A. Wolf, *Ius Divinum*, o. c., p. 95.

²⁴ A. Ollero, *Historicidad radical del Derecho Positivo*, o. c., p. 183, siguiendo a Luhmann.

2.4. La negación de la juridicidad del Derecho canónico

Tal vez éste sea uno de los aspectos de la Reforma más emblemáticos. El reformador Martín Lutero, el 10 de Diciembre de 1520, en Wittenberg, delante de la *Elstertor*, arrojó al fuego junto a la Bula de excomunión *Exurge domine*, las Decretales; con ello se liberó del Derecho canónico.

Considerado desde un punto de vista histórico la ruptura de Lutero con el Derecho canónico fue una revolución en el Derecho²⁵, se quebró la continuidad con la tradición del Derecho canónico. A consecuencia de la disputa acerca de las indulgencias y del proceso romano contra él, Lutero discutió por principio la competencia de la interpretación del Derecho por parte de la autoridad episcopal y pontificia. En lugar del Derecho canónico, las Iglesias protestantes pasaron a depender del señor territorial. Esto es, desde el siglo XVI hasta el término de la primera guerra mundial (1919), cuando se proclamó la República de Weimar, las iglesias evangélicas tuvieron un derecho particular surgido del llamado *Landeskirchenregiment* (también denominado *landesherrliche Kirchenregiment*), que atribuía al señor territorial la competencia sobre las cuestiones eclesiásticas en cada Estado del Imperio que se hubiera adherido a la Reforma. A partir de 1920, las iglesias comenzaron ya a dotarse de Constituciones propias, y a regular sus propios asuntos.

Esta evolución tuvo su influencia también en el Derecho constitucional del Imperio: la Paz de Augsburgo supuso la ruptura confesional del Imperio en dos confesiones. Esta división hizo necesario el desarrollo del principio de paridad, la renuncia a las decisiones por mayoría en cuestiones de fe en las que había disenso, y la atribución al señor territorial de la decisión de la pertenencia religiosa (*cuius regio, eius religio*). Así pues, en los territorios evangélicos, a consecuencia de la Paz de Augsburgo, lo que acabó imperando no fue la concepción del Derecho de Lutero, sino un nuevo Derecho. Según el reformador, la conciencia no debe ser cargada con un orden exterior²⁶. Por ello, cuando Felipe de Hessen intentó en el año 1526 hacer un ordenamiento eclesiástico para su iglesia territorial, Lutero se pronunció manifiestamente en contra, y ese ordenamiento nunca llegó a entrar en vigor. Lutero confiaba en la fuerza de la Palabra del Evangelio y de la libertad de la fe para establecerse por sí mismas en la práctica. Cada comunidad debía ordenarse a sí misma.

²⁵ M. Honecker, *Recht in der Kirche des Evangeliums*, o. c., p. 26.

²⁶ M. Honecker, *Recht in der Kirche des Evangeliums*, o. c., p. 26.

En lo fundamental hay, pues, una manifiesta discrepancia entre el programa teológico de Lutero y el desarrollo real del Derecho evangélico²⁷. Pero quedó durante largos años la idea de que el verdadero concepto de Iglesia es espiritual e invisible, incompatible con la idea de Derecho a cuya esencia pertenece el ejercicio de la fuerza, según la conocida expresión posterior de Rudolf Sohm (*nur Zwangsregel ist Recht*)²⁸.

Sería necesaria la dura experiencia de la Iglesia evangélica durante la época del Régimen nacionalsocialista para que surgieran en el seno de las propias Iglesias evangélicas doctrinas acerca de la justificación del Derecho, y de la compatibilidad entre Iglesia y Derecho. De estas concepciones, merecen destacarse las figuras de Johannes Heckel y Karl Barth. Este último fue el autor de la Declaración de Barmen, (*Theologische Erklärung der Barmer Bekenntnissynode* de 31 de mayo de 1934)²⁹ que dio origen al llamado “encargo público de las Iglesias”, y que fue decisivo para la firma de acuerdos de Estado entre los *Länder* alemanes y las Iglesias protestantes.

2.5. Síntesis conclusiva

La Reforma, al situar a la conciencia como fuente autónoma de moralidad, desplaza la centralidad de la persona en el Derecho, poniendo en su lugar a la subjetividad, y desequilibrando así el polo objetivo y el polo subjetivo del Derecho. La negación del Derecho divino abocó al Derecho a la necesidad de buscar nuevas instancias de legitimación, y, con frecuencia, esas nuevas fuentes han supuesto un fortalecimiento del Estado o de las distintas instituciones de poder público (absolutismo e idealismo). Por último, la concepción luterana de la Iglesia como una realidad carismática, no trajo consigo una Iglesia solamente espiritual, sino un nuevo Derecho con una fuente material distinta (de los obispos pasó a los señores territoriales). El fortalecimiento del Derecho evangélico emanado de los sínodos, sin intervención del poder secular, y la firma de

²⁷ Esta es la opinión de Honecker, en cambio, según Heckel, el entendimiento de la Iglesia que tenía Lutero incluía simultáneamente y desde el principio un entendimiento del Derecho evangélico confesional

²⁸ La definición de Derecho de este autor es: “Recht ist die selbstherrliche Ordnung einer sittlich notwendigen, überindividuellen äußeren Gemeinschaft: Recht ist sittlich notwendige Gemeinschaftsordnung” (M. Honecker, *Recht in der Kirche des Evangeliums*, o. c., pp. 19-20).

²⁹ G. Klostermann, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen-Rechtsgrundlagen im kirchlichen und staatlichen Recht*, Tübingen, 2000, p. 135. Un estudio del significado político de la Declaración de Barmen puede verse en D. Cornu, *Karl Barth et la Politique*, Ginebra, 1968, pp. 31-48. Una muestra de que la influencia de este Documento no se redujo a la época del Nacionalsocialismo, es el hecho de que en el Coloquio de Essen sobre *Las Religiones en Alemania y el Derecho eclesialístico del Estado* (año 2004), “Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche”, 39, 2005, se hizo frecuentemente referencia a estas tesis para fundamental la posición del cristianismo y la libertad de las confesiones en una sociedad plural, pp. 57, 68, 80 y 138.

acuerdos con los Estados ha traído como consecuencia el crecimiento del Derecho eclesiástico de origen pacticio en la República Federal de Alemania.

III. INFLUENCIAS PRÁCTICAS EN LOS PRINCIPIOS Y LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO VIGENTE

Los autores protestantes exponen la concepción del dualismo de poderes partiendo de la doctrina del propio Lutero³⁰ y afirman que la Paz de Westfalia supuso el inicio del fin de la época confesional³¹. Para un estudioso del Derecho proveniente de un Estado de los que no se adhirieron a la Reforma protestante, como es el caso del español, no dejan de ser sorprendentes ambas afirmaciones, pues, en general, estamos habituados a entender que las Iglesias de Estado surgieron de la Reforma³².

Sin embargo, el Derecho de la Iglesia evangélica, y la autonomía de las Iglesias reformadas respecto del poder civil, se fundamentan en un largo proceso histórico: En el apartado siguiente (3.1.) se expondrá a grandes rasgos este proceso, que permite conocer cómo algunos aspectos -como paradójicamente la atribución de la competencia en materia eclesiástica al poder temporal (más exactamente, a los señores territoriales)-, acabaría conduciendo a la neutralidad del Estado como hoy es entendida en la Teoría del Estado³³.

La competencia del poder civil sobre cuestiones eclesiásticas se estima el origen de la neutralidad, porque supone la desvinculación del Derecho secular respecto del *ius divinum*, no porque el Derecho de la época ni el Estado fueran neutrales; y la Reforma fue el término de la confesionalidad, pero en cuanto se refiere al Imperio, no por lo que se refiere a cada territorio, que éstos sí eran confesionales³⁴.

³⁰ J. Heckel, *Kirche und Kirchenrecht nach der Zwei-Reiche-Lehre*, en *Id.*, *Lex charitatis*, (Hrsg. Martin Heckel), Köln-Wien, 1973, pp. 358 y ss. Un estudio del dualismo protestante, puede verse en A. M. Rouco Varela, *Evangelische Kirchenrechtstheologie heute*, Möglichkeiten und Grenzen eines Dialogs, en "Archiv für Katholisches Kirchenrecht", 140, 1971, pp. 123-126 y pp. 134-136.

³¹ M. Heckel, *Itio in partes. Zur Religionsverfassung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation*, en *Id.*, *Gesammelte Schriften. Staat Kirche Recht Geschichte*, II, Tübingen, 1989, p. 646. M. Heckel, "Der Verfassungsauftrag zur Wiedervereinigung der Konfessionen im Reichskirchenrecht des Alten Reiches", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 85, 1999, pp. 387 y ss. *passim*, habla de una suspensión de la confesionalidad del Imperio hasta que no se produjera la reunificación de ambas confesiones.

³² En sentido crítico a esta identificación entre Religión con culto público (en sentido histórico) e Iglesia de Estado, desde la perspectiva protestante, cfr.: B. v. Bonin, *Die praktische Bedeutung des ius reformandi. Eine rechtsgeschichtliche Studie*, Ndr. Amsterdam, 1962, pp. 85 y ss.

³³ K. Schalaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen, 1972. M. J. Roca, "La neutralidad del Estado: Fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia", en *Revista española de Derecho Constitucional*, 48, 1996, pp. 251 y ss.

³⁴ D. Pirson, "Die geschichtlichen Wurzeln des deutschen Staatskirchenrechts", en J. Listl / D. Pirson (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., vol. I,

La extrañeza de los estudiosos de estas materias con un sustento cultural de raíz más católica que protestante, a la que hacía mención, tiene como trasfondo la idea de que en el pensamiento de las Iglesias Reformadas los conceptos de Iglesia y Derecho son incompatibles entre sí³⁵. Y éste fue ciertamente el aserto del Rudolf Sohm, a través de quien hemos conocido principalmente esta posición. No obstante, esta conocida posición no puede hoy considerarse ni unánimemente aceptada, ni siquiera mayoritaria, dentro del Derecho protestante³⁶. Los cultivadores del Derecho evangélico sostienen hoy no sólo la compatibilidad sino la necesidad del Derecho dentro de esta Iglesia. Además, entienden que ya, históricamente, se dio la distinción entre *iura in sacra* y *iura circa sacra*³⁷. Con base en tal delimitación se ha mantenido que las Iglesias de la Reforma reconocieron a los señores territoriales los *iura circa sacra*, nunca los *iura in sacra*. Si en determinadas circunstancias los ejercieron fue de modo abusivo, no legítimo. Y ello tanto si se trataba de competencias legislativas como jurisdiccionales³⁸.

3.1. Atribución de la competencia sobre las cuestiones eclesiásticas a los señores territoriales*

Berlin, 1994, p. 8, señala que el *ius reformandi* pasó a ser competencia de los señores territoriales. M. Hechel, "Konfession und Reichsverfassung", en *Id., Gesammelte Schrifte. Staat, Kirche, Recht, Geschichte*, III, Tübingen, 1997, pp. 236-237, señala que en la Constitución del Imperio, incluso después de la Paz de Westfalia se seguía recogiendo el mandato de la unidad de las confesiones y el deber de ambas (católica y protestante) de evitar las sectas.

³⁵ R. Sohm, *Kirchenrecht*, vol I, p. 1: "Das Kirchenrecht steht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch". Cita tomada de A. v. Campenhausen, *Kirchenrecht und Kirchenpolitik*, Göttingen, 1996, p. 39. Para un buen resumen de la concepción de Sohm, cfr: L. Müller, *Der Rechtsbegriff im Kirchenrecht. Zur Abgrenzung von Recht und Moral in der deutschsprachigen Kirchenrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*, St. Ottilien, 1999, pp. 242-265. Vid. también: D. Llamazares, *Sacramento, Iglesia y Estado en el pensamiento de R. Sohm*, Oviedo, 1969.

³⁶ Actualmente parece más bien pacíficamente aceptada la necesidad de un Derecho dentro de las Iglesias protestantes. Los estudiosos de su fundamentación abordan el problema de la distinción entre Derecho divino y Derecho humano, más que cuestionar la compatibilidad de Derecho e Iglesia. Cfr. al respecto C. Strohm, "Ius divinum und ius humanum. Reformatorische Begründung des Kirchenrechts", en G. Rau / H.- R. Reter / K. Schlaich, *Das Recht der Kirche. II. Zur Geschichte des Kirchenrechts*, Gütersloh, 1995, pp. 115 y ss. Ello no significa, sin embargo, que la doctrina protestante haya asumido como propia la fundamentación del Derecho que se hace entre los canonistas católicos. Una exposición crítica al respecto, puede verse en K. Schlaich, "Kirchenrecht und Kirche", en *Zeitschrift evangelisches Kirchenrecht* 28, 1983, pp. 337 y ss.

³⁷ B. C. Schneider, *Ius Reformandi. Die Entwicklung eines Staatskirchenrechts von seinen Anfängen bis zum Ende des Alten Reiches*, Tübingen, 2001, p. 308 y la bibliografía allí citada.

³⁸ K. H. Kästner, *Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit. über die Frage nach der staatlichen Kompetenz zur Rechtsschutzgewährung im Wirkungsbereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften*, Tübingen, 1991, pp. 24-31.

* Sigo en este apartado la exposición publicada en M. J. Roca, *Derechos fundamentales y autonomía de la Iglesias*, Madrid, 2005, pp. 49-64.

Desde la famosa obra de Nettelblatt³⁹, la potestad de los señores territoriales protestantes sobre las Iglesias se viene explicando acudiendo a tres teorías, que a su vez se corresponden con las respectivas situaciones, históricas y políticas (así como de la propia evolución teológica del protestantismo), de sucesivas épocas: el sistema episcopal, el territorialismo racional, y el sistema colegial o colegialismo. Esta clasificación tripartita sería después difundida principalmente por medio de la obra de Stahl⁴⁰.

El sistema episcopal del s. XVII fundamenta la jurisdicción eclesiástica del señor territorial en un título de Derecho imperial. De la suspensión del poder espiritual de los obispos católicos sobre los evangélicos, a través de la Paz de Augsburgo de 1555⁴¹, se deduce que los derechos episcopales (*iura episcopalia*) se transfirieron al señor territorial, pero el contenido de estos derechos seguían definiéndose por el Derecho canónico⁴², o al menos y en todo caso, el señor territorial estaba vinculado en el ejercicio de sus derechos episcopales al consejo de los teólogos⁴³.

El sistema episcopal fue expuesto por los hermanos Joachim (1544-1623) y Matthias Stephani (1576)⁴⁴. Las competencias episcopales habían sido transferidas a los señores

³⁹ D. Nettelblatt, "De Tribus Systematibus Doctrinae De Iure Sacrorum Dirigendorum Domini Territorialis Evangelici Quoad Ecclesias Evangelicas Sui Territorio", en *Observationes Iuris Ecclesiastici*, Halae Salicae, 1783, cit. de K. Schlaich, "Der rationale Territorialismus. Die Kirche unter dem staatsrechtlichen Absolutismus um die Wende vom 17. zum 18. Jh." en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 54, 1968, pp. 270 y ss. En el mismo sentido, B. C. Schneider, *Ius Reformandi*, o. c., p. 308.

⁴⁰ F. J. Stahl, *Die Kirchenverfassung nach Lehre und Recht der Protestanten*, Erlangen, 1840 (2. 1862).

⁴¹ Cfr.: K. Brandt, *Der Augsburger Religionsfriede, kritische Ausgabe*, 2ª ed., Göttingen, 1927. La traducción castellana del texto puede verse en M. Artola, *Textos fundamentales para la Historia*, 5ª ed., Madrid, 1978, pp. 303-307.

⁴² Sobre la pervivencia del Derecho canónico en los comienzos de la Reforma, cfr.: W. Maurer, "Reste des kanonischen Rechtes im Frühprotestantismus", en *Id.*, *Die Kirche und ihr Recht. Gesammelte Aufsätze zum evangelischen Kirchenrecht*, Tübingen, 1976, pp. 154 y ss. Sobre el sistema episcopal, puede verse, K. Müller, "Zur Geschichte und zum Verständnis des Episkopalsystems", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 8, 1918, pp. 1 y ss. U. Scheuner, *Episkopalismus*, en *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, II, 3ª ed., Tübingen, 1958, cols. 532-533. M. Heckel, *Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts*, München, 1968, pp. 79 y ss. *Id.*, Voz "Episcopalsystem", en *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart-Berlin, 3ª ed. 1987, pp. 728 y ss. A. v. Campenhausen, *Staatskirchenrecht*, 3ª ed., München, 1996, pp. 19 y s.

⁴³ C. Link, "Souveränität - Toleranz - evangelische Freiheit. Staatsrechtliche und theologische Aspekte in der 'territorialistischen' Begründung staatlicher Kirchenhoheit", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 86, 2000, p. 415.

⁴⁴ B. Jeand'Heur, "Der Begriff der 'Staatskirche' in seiner historischen Entwicklung", en *Der Staat*, 30, 1991, p. 446. D. Nettelblatt, *De Tribus Systematibus*, o. c., al tratar del sistema episcopal o episcopalismo, señala como representantes más destacados, además de los arriba mencionados (p. 128), a Reinking, Knichen, Syring y Cranius entre otros (p. 124). Cfr. al respecto: B. C. Schneider, *Ius Reformandi*, o. c., p. 308, nota 209.

territoriales en virtud del Tratado de Passau (1552)⁴⁵ y la Paz de Augsburgo (1555), y se consideraba que la cesión de esos derechos, originariamente de la Iglesia, era transitoria⁴⁶: permanecería sólo en tanto en cuanto no se produjera la reunificación de las dos confesiones (católicos y protestantes)⁴⁷. Así pues, el poder de los señores territoriales en materia eclesiástica no se derivaba de la soberanía estatal⁴⁸. En la teoría episcopal se contenía al mismo tiempo una cierta limitación del señor territorial sobre las cuestiones intraeclesiásticas, toda vez que se le consideraba señor territorial o príncipe y obispo de su territorio (*summus episcopus*). En esta diferencia terminológica la doctrina ha visto una distinción de funciones y una limitación de poderes⁴⁹. De este modo los consistorios protestantes eran, ciertamente, parte de las autoridades del territorio, pero no les estaba permitido mezclarse en su organización ni en sus funciones⁵⁰. De ahí que se haya hablado dentro de la doctrina episcopal de la *duplex persona* para referirse al señor territorial⁵¹.

Como puente entre el sistema episcopal y el territorialismo racional se sitúa la *Restitutionstheorie*. La Teoría de la Restitución⁵² había supuesto que los derechos de los señores territoriales sobre cuestiones eclesiásticas tenían un carácter originario, que habían sido usurpados por la Iglesia y que la Paz de Augsburgo los había restituido en forma de *iura episcopalia* a su titular legítimo⁵³.

⁴⁵ K. Brandi, *Passauer Vertrag und Augsburger Religionsfriede*, en "Historische Zeitschrift", 59, 1905, pp. 258 y ss. y V. H. Drecol, *Der Passauer Vertrag (1552). Einleitung und Edition*, Berlin - New York, 2000. Cit. de B. C. Schneider, *Ius Reformandi*, o. c., p. 309.

⁴⁶ K. Müller, *Zur Geschichte*, o. c., p. 5. B. C. Schneider, *Ius Reformandi*, o. c., p. 310, nota 218: "suspensio iurisdictionis ecclesiasticae tribuit etiam statibus Imperii iura superioritatis et territorialia" (...) "ad principes territorium (...) omnium ecclesiasticorum actuum cognitiones devolutae sunt: et quidem in primis iura episcopalia ex quasi fiduciario contractu sive deposito sibi concredita et commissa et una cum iurisdictione sive iure episcopali territorium ipsum. Ut ita hodie verissimum sit illud: ius esse et regionem, cuius est religio, hoc est cuius est ducatus, principatus, territorium seu ius territorii, eius etiam est iusepiscopale seu iurisdictionis spiritualis". (La cita es de M. Stephani, *De Iurisdictione*). Como se ve, dentro de la propia teoría episcopal hay ya un paso dado hacia el sistema territorial.

⁴⁷ B. Jeand'Heur, *Der Begriff der "Staatskirche"*, o. c., p. 446.

⁴⁸ A. v. Campenhausen, *Kirchenrecht und Kirchenpolitik*, Göttingen, 1996, p. 39, habla incluso de que, a comienzos de la Reforma, la asunción de las competencias eclesiásticas por parte de las instancias políticas pareció tratarse de una competencia asumida por necesidad de modo transitorio "vorübergehende Notkompetenz").

⁴⁹ M. Heckel, *Episcopalsystem*, o. c., col. 731.

⁵⁰ B. Jeand'Heur, *Der Begriff der "Staatskirche"*, o. c., p. 446. A. v. Campenhausen, *Staatskirchenrecht*, o. c., p. 19 y s.

⁵¹ C. Link, *Souveränität - Toleranz - evangelische Freiheit*, o. c., p. 415.

⁵² Cfr.: K. Müller, *Zur Geschichte*, o. c., p. 19 y s.

⁵³ B. Jeand'Heur, *Der Begriff der "Staatskirche"*, o. c., p. 447. A. v. Campenhausen, *Staatskirchenrecht*, o. c., p. 20.

Según el territorialismo racional se niega que haya un título específico en virtud del cual los príncipes protestantes ejercen su autoridad sobre cuestiones eclesiásticas. Estos derechos se fundamentan a través de su jurisdicción territorial (*iura territorialia* o *maiestatica*). La competencia en materias eclesiásticas es, pues, una consecuencia de la jurisdicción estatal, queda "disuelta" en las competencias generales del Estado⁵⁴.

El sistema territorial designa, así, la teoría y la práctica de una forma de relaciones Iglesia - Estado, que reconoce, en sus diversas formas, la competencia sobre cuestiones internas y esenciales de la Iglesia al poder estatal de cada territorio⁵⁵; las primeras manifestaciones del territorialismo⁵⁶ no surgen, pues, de un modo deductivo racional, sino que tienen un origen histórico pragmático y de orden jurídico positivista. Sus argumentos sobre las relaciones Iglesia-Estado provienen del Derecho romano bizantino, del galicanismo, y especialmente del Derecho estatal moderno, basado en la doctrina de la soberanía de Bodino⁵⁷.

El territorialismo es propio del s. XVII y sus representantes más destacados fueron Thomasius (1655-1728) y Boehmer (1674-1749). Los principios dogmáticos del territorialismo racional se derivan de sus postulados políticos y religiosos. El primero de ellos es la libertad de conciencia. La libertad de conciencia tiene vigencia también en la Iglesia y contra la Iglesia. Ello es una expresión del individualismo que se dirige contra toda autoridad no autónoma y que sólo reconoce el absolutismo de la propia razón.

Christian Thomasius había sostenido que el deber de un príncipe en cuanto tal consiste en mantener la paz exterior del Estado. Este deber no exige que, si sus súbditos se adhieren a una religión cristiana falsa, tenga el príncipe que dirigirlos y llevarlos a la salvación verdadera⁵⁸. Así mismo afirmaba que el príncipe que tolera en su república una

⁵⁴ C. Link, *Souveränität - Toleranz - evangelische Freiheit...*, p. 416 señala que con ello el poder sobre cuestiones eclesiásticas pierde cualquier fundamento evangélico. De la influencia de estas doctrinas en Holanda es buena muestra el extenso trabajo de J. Bohatec, *Das Territorial- und Kollegialsystem in der holländischen Publizistik des XVII. Jahrhunderts*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung", 35, 1948, pp. 1-149.

⁵⁵ Schlaich sostiene que no se exigía por ello la unidad confesional de todo el territorio del Estado de modo necesario ni desembocaba necesariamente en un gobierno eclesiástico (*Kirchenregiment*) por parte de los príncipes territoriales.

⁵⁶ K. Schlaich, *Der rationale Territorialismus*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung", 35, 1948, pp. 269 y ss. M. Heckel, voz *Territorialsystem*, en *Evangelisches Staatslexikon*, II, Stuttgart, 1987, pp. 3600-3603. U. SCHEUNER, *Territorialismus*, en *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, IV, 3ªed., Tübingen, 1962, col. 692.

⁵⁷ B. Jeand'Heur, *Der Begriff der "Staatskirche"*, o. c., p. 447. C. Link, *Souveränität - Toleranz - evangelische Freiheit*, o. c., p. 421. Sobre la soberanía en Bodino, cfr. A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, 4ª ed., Madrid, 1995, p.150.

⁵⁸ "Die Pflicht eines Fürsten als Fürsten bestehet darinnen, daß er den äusserlichen Frieden in seinem Staat erhalte. Sie erfordert nicht, daß wenn seine Unterhanen einer falschen Christlichen Religion zugethan seyn, er dieselben zu der wahren seligmachende bringe und führe." *Das Recht*

religión falsa, que no repugne contra los fines civiles, no peca contra el Derecho natural y el oficio del buen príncipe, sino contra la ley divina universal y el oficio de buen cristiano: lo que falta a la jurisprudencia natural debe suplirlo la Teología⁵⁹. Con la Ilustración experimenta el sistema territorial su culminación teórica, constituye un desarrollo ilustrado y secularizado de la escuela racionalista de Derecho natural, fundamentado en la religión natural, en la moral, en las doctrinas del pacto social y en el absolutismo estatal.

La soberanía estatal posee un poder absoluto sobre cualquier ámbito social y un poder jurídico coactivo excluyente sobre todos los individuos y asociaciones. Sólo la soberanía estatal determina la *salus publica*. Se niega cualquier ámbito jurídico de la Iglesia anterior e independiente a la soberanía estatal. Thomasius, máximo representante de la doctrina territorialista, señalaba el *ius circa sacra* como el máximo *Regal* de la autoridad secular. Al considerarse que hay un solo poder en la comunidad social, el del Estado, la Iglesia figuraba en este sistema dentro del Derecho del Estado como una creación arbitraria del señor territorial; su Derecho, como Derecho del Estado; sus ministros, como empleados al servicio del príncipe; y su doctrina, como doctrina y norma del Estado. El contenido de tal doctrina quedaba al arbitrio del criterio del señor territorial y dentro de sus competencias⁶⁰. El poder del Estado deja de tener una fundamentación teológica para legitimarse por el pacto social. Deja de ser un fin del Estado la *cura religionis* y pasan a serlo la garantía de la paz exterior, la seguridad y el bienestar.

El entendimiento secularizado de los fines del Estado que sigue al pensamiento ilustrado excluye la preocupación por la salvación de las almas entre los fines del Estado⁶¹. La idea ilustrada del Estado en muchas ocasiones se presentaba en forma de

Evangelischer Fürsten in theologischen Streitigkeiten gründlich ausgeführt, und wider die papistischen Lehrsätze eines Theologi zu Leipzig verthaydiget (1696), 5. ed. Halle 1713, 26. 62, citado según O. Bunner / W. Conze / R. Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch- sozialen Sprache in Deutschland*, vol. 6, *Toleranz*, Stuttgart, 1990, pp. 497-498.

⁵⁹ "Principem, qui religionem falsam in republica tolerat, quae temen non repugnat fini civitatis, non peccare contra ius naturale et officium boni principii, sed contra legem divinam positivam universalem et officium boni Christiani: Quare Jurisprudenciae Naturalis defectum hic supplere debet Theologia". *Institutionis iurisprudenciae divinae* 3, 6 § 153 (1688), 7. ed., (Halle, Magdeburg 1730, reed. Aalen, 1963), p. 407, citado según O. Bunner / W. Conze / R. Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch- sozialen Sprache in Deutschland*, vol. 6, *Toleranz*, Stuttgart, 1990, p. 498.

⁶⁰ M. Heckel, *Summum Ius - Summa Iniuria als Problem des reformatorischen Kirchenrechts*, en *Id., Gesammelteo. c.*, vol. I, pp. 92-93.

⁶¹ D. Pirson, *Die geschichtlichen Wurzeln, o. c.*, p. 16.

religión natural⁶², cuya promoción se correspondía con la nueva idea de los fines del Estado.

Ciertamente, el príncipe territorial alemán en esta época quería ser tolerante, en la medida en que esa tolerancia no supusiera ningún peligro para la tranquilidad del Estado⁶³. Pero esa tolerancia era sólo un modo de ejercicio de su poder, no una manifestación de que se reconociera incompetente en cuestiones religiosas⁶⁴.

El territorialismo supuso, pues, que el Estado, en cuanto que comunidad soberana, podía imponerse o situarse al margen de las concepciones propias de las Iglesias en determinadas relaciones. Es decir, la neutralidad que aportó era entendida como una liberación (*Befreiung*) por parte del Estado de las concepciones y la influencia de las Iglesias. Este concepto de neutralidad tenía la ventaja de mantener la unidad Estatal y la soberanía frente a cualquier posible fuerza desintegradora, pero al desvincular del *ius divinum* al derecho de los príncipes, dejó sin fundamentación objetiva al orden jurídico secular. Esta concepción de la soberanía y de la justificación del poder eclesiástico supuso en el ámbito teológico la llamada Doctrina de los Tres estamentos (*Drei-Stände-Lehre*), según la cual el señor territorial es un estamento dentro de la Iglesia, junto a los pastores y al pueblo. En el ejercicio de sus competencias el señor territorial debía contar con la conformidad de los otros dos estamentos⁶⁵.

El sistema territorial, como teoría política del absolutismo y como antecedente del colegialismo, se había servido -según hemos mencionado- del concepto de Iglesia de la escuela racionalista del Derecho natural, para negar a esa misma Iglesia unos principios constitucionales con fundamento teológico propio, y así someterla plenamente a la soberanía estatal. Cualquier gobierno sobre la Iglesia será a partir de entonces un gobierno estatal.

⁶² Cfr.: H. Conrad, "Staat und Kirche im aufgeklärten Absolutismus", en *Der Staat*, 12, 1973, pp. 45 y ss.

⁶³ M. Stolleis, *Säkularisation und Staatsräson in Deutschland um 1600*, en L. Lombardi Vallauri / G. Dilcher, *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, I, Baden-Baden y Milán, 1981, pp. 625-626.

⁶⁴ El giro copernicano de la época de las guerras de religión, y de la ortodoxia autoritaria, a una conducta de tolerancia y de respeto de la libertad individual, se expresa en la siguiente frase de Thomasius: "El derecho más privilegiado que tienen los príncipes dentro de los *iura circa sacra* es el derecho a tolerar a los disidentes y de protegerlos contra los anticristos". (K. Schlaich, *Der rationale Territorialismus*, o. c., 54, 1968, p. 273). En una paradoja sólo aparente, la neutralidad del Estado -y por tanto, hoy, la no inmisión del Estado en asuntos eclesiásticos- tiene su origen, a juicio de autores como Schlaich, en la atribución a los príncipes de todo poder, también el relativo a asuntos eclesiásticos. Schlaich ha visto en el territorialismo del s. XVII el fundamento de la neutralidad, precisamente al atribuir todo tipo de competencias al poder de los príncipes (K. Schlaich, *Neutralität*, o. c., p. 134). También A. Uhle, *Staat - Kirche - Kultur*, Berlin, 2004, p. 79, sitúa al territorialismo dentro del contexto de las raíces histórico-culturales de la secularidad del Estado.

⁶⁵ C. Link, *Herrschaftordnung und bürgerliche Freiheit. Die Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Tübingen, 1979, pp. 222 y ss.

Como reacción a la doctrina del territorialismo, surgió la teoría colegial⁶⁶ del siglo XVIII. El sistema colegial (el concepto aparece por primera vez en J. M. Boehmer, 1736) designa en la Alemania del s. XVIII -en conexión con el sistema episcopal y el sistema territorial- una visión protestante de la legitimación eclesiástica y de la limitación de la jurisdicción sobre la Iglesia de los príncipes territoriales, y en general designa también una forma de entender las relaciones Iglesia - Estado, que incluye un concepto sobre la esencia de la Iglesia y su Derecho. Los principales representantes del colegialismo fueron Chr. M. Pfaff (*Origines Iuris Ecclesiastici*, 1719, 1756; *Academische Reden über das Kirchenrecht*, 1742) y J. L. v. Mosheim (*Allg. Kirchenrecht der Protestanten*, 1760); sus precedentes se encuentran en Pufendorf⁶⁷ y en J. H. Boehmer y su principal detractor fue J. J. Moser. La teoría colegial alcanzó su influencia práctica sólo a principios del s. XIX. El sistema colegial o colegialismo del s. XVIII atribuye a la Iglesia una jurisdicción propia en forma de los derechos de una sociedad (*iura collegialia*). A los señores territoriales se les traspaesa el ejercicio de los poderes eclesiásticos. De este modo, la competencia en cuestiones eclesiásticas tiene como título jurídico un acto de cesión⁶⁸.

Según el método racionalista del Derecho, el colegialismo⁶⁹ suponía la construcción siguiente: La Iglesia visible es una comunidad libre e igual a la comunidad civil (*collegium, societas libera et aequalis*). En este contexto, *aequalis* se refiere a la Constitución interna de la Iglesia, que no debe tener un poder soberano, y *libera* atañe a la libertad frente a la intervención del Estado.⁷⁰ Como cualquier otra sociedad, la Iglesia tiene los derechos propios de un colegio para perseguir sus fines⁷¹. El poder eclesiástico puede ser cedido por la Iglesia, para el ejercicio de su administración ordinaria, a una o varias personas. Esto fue lo que hicieron las Iglesias evangélicas de Alemania en el curso de la Reforma: transferir sus poderes a los príncipes territoriales, siempre y cuando

⁶⁶ Sobre la teoría colegial, puede verse K. Schlaich, *Kirchenrecht und Vernunftrecht*, en "Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht", 14, 1968-70, pp. 16 y ss. *Id.*, *Kollegialtheorie. Kirche, Recht und Staat in der Aufklärung*, München, 1969. *Id.*, *Die Kirche als Anstalt und Verein. Zur Kollegialtheorie des 18. Jahrhunderts*, en G. Rau / H. R. Reuter / K. Schlaich, (Hrsg.), *Das Recht der Kirche, II. Zur Geschichte des Kirchenrechts*, Gütersloh, 1995, pp. 174 y ss. U. Scheuner, *Kollegialismus*, en *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, III, 3ª ed., Tübingen, 1959, cols. 1720-1721.

⁶⁷ H. Rabe, *Naturrecht und Kirche bei Samuel v. Pufendorf*, Tübingen, 1958, citado por J. Listl, *Kirche und Staat in der neueren katholischen Kirchenrechtswissenschaft*, Berlin, 1978, p. 71. Cfr. también B. C. Schneider, *Ius Reformandi*, o. c., pp. 519-520.

⁶⁸ B. Jeand'Heur, *Der Begriff der "Staatskirche"*, o. c., pp. 448 y ss.

⁶⁹ M. Heckel, *Gesammelte*, o. c., vol. I, p. 94.

⁷⁰ K. Schlaich, *Die Kirche als Anstalt*, o. c., p. 175.

⁷¹ K. Schlaich, voz *Kollegialismus*, en , *Evangelisches Staatslexikon*, I, Stuttgart, 1987, col. 1811, puede verse la enumeración de esos derechos. *Id.*, *Die Kirche als Anstalt...*, p. 176.

fueran miembros de esa Iglesia. Junto a los *iura circa sacra collegia* el príncipe territorial ejercía su poder de jurisdicción sobre el territorio y su poder de inspección sobre la Iglesia como sobre cualquier otra sociedad dentro del Estado, para garantizar la *salus publica*. El gobierno de la Iglesia (*Kirchenregiment*) y la jurisdicción sobre el territorio (*Landeshoheit*) coexistían, pues, en la misma persona: el príncipe territorial.

El colegialismo intenta liberar a la Iglesia de las garras de la soberanía estatal, que había sostenido el sistema territorial, para sentar unos principios en las propias constituciones eclesiásticas que le permitieran volver a recibir sus derechos. Sobre la base del Derecho racional, apela a los derechos que la Iglesia tiene en cuanto que sociedad. El príncipe territorial debe respetar, junto a la libertad individual, la libertad natural de las sociedades, que se extiende tanto a las ceremonias como a la propia constitución de la Iglesia⁷². Los derechos fundacionales de la Iglesia son de origen divino y el Estado no puede disponer de ellos. La libertad de la Iglesia tiene un origen divino y jurídico secular (Pfaff).

El colegialismo aporta la creación de un concepto de Derecho de la Iglesia derivado de la misma naturaleza de la Iglesia. Además, con la ficción histórica de la cesión de los *iura collegialia* para su ejercicio, el colegialismo creó un título eclesiástico capaz de legitimar y limitar el gobierno sobre la Iglesia ejercido por los príncipes territoriales. Se intentó con ello liberar al gobierno de la Iglesia del derecho absoluto y arbitrario ejercido por las autoridades seculares, vinculando a éstas a la esencia, fines y normas de la sociedad eclesiástica. El colegialismo no parte de un pacto de sumisión de la Iglesia al poder estatal⁷³, lo cual conduciría a una *societas inaequalis*, sino que la Iglesia, al ceder sus poderes al príncipe territorial, lo hace con unas reservas a las que el poder civil queda vinculado. La Iglesia puede revocar su cesión cuando el príncipe cambie de confesión o abuse de sus derechos. Esta es una fuerte diferencia entre el colegialismo y el territorialismo.

La construcción de la teoría colegial supuso al mismo tiempo una justificación desde la propia Iglesia protestante, frente a las discusiones internas sobre la separación Iglesia-Estado, y una legitimación del ejercicio y mantenimiento del gobierno de la Iglesia por los príncipes territoriales. El colegialismo no trató de separar a la Iglesia del Estado, sino de asegurar la libertad de la Iglesia en el Estado. Con la diferenciación entre el poder eclesiástico y la jurisdicción estatal sobre la Iglesia, el colegialismo mantuvo que esa

⁷² B. Jeand'Heur, *Der Begriff der "Staatskirche"*, o. c., p. 449

⁷³ K. Schlaich, *Die Kirche als Anstalt*, o. c., pp.176-177, pone de relieve el paralelismo entre la doctrina del contrato social y el colegialismo, al mismo tiempo que señala como diferencias entre el Derecho del Estado, derivado del contrato social, y el de la Iglesia, cuyo Derecho está siempre bajo la reserva de la libertad de conciencia, y cuyo poder es el de una simple sociedad, y, por ello, no le está reconocido el *ius imperium*.

jurisdicción estatal comprendía sólo la inspección sobre la Iglesia para la garantía de los intereses estatales, según criterios seculares. Esta teoría fundamentó, en suma, la autonomía de la Iglesia como sociedad religiosa, es decir como corporación en el marco del Derecho secular y puso las bases fundamentales de las modernas instituciones en materia de relaciones Iglesia- Estado y Derecho⁷⁴. Schlaich afirma que el colegialismo es el fundador de la teoría de las relaciones Iglesia-Estado del Estado liberal de Derecho (art. 140 de la LFB en relación con el art. 137, 3 de la Constitución de Weimar)⁷⁵.

La teoría colegial otorgó cierta libertad a la Iglesia bajo formas seculares⁷⁶, pero sus representantes, en correspondencia con el espíritu de los tiempos (Thomas Hobbes, John Locke), consideran al pacto social como legitimación ética del poder del Estado. Si el territorialismo supuso fundamentalmente la desvinculación del Derecho de los príncipes respecto del *ius divinum*, dejando a aquél sin fundamentación, el colegialismo ofrecía como fundamento el pacto social.

Partiendo de la doctrina de Pufendorf -defensor de la libertad de conciencia individual, que afirmaba que no debe permitirse el ejercicio de la coacción para la aceptación de religión alguna⁷⁷-, la teoría colegial sostenía que el Estado debe reconocer a los ciudadanos la posibilidad de pertenecer a diversas Iglesias⁷⁸. Así, en el Derecho General Prusiano (1794), la conciencia del individuo es reconocida como límite de la actuación del Estado. La doctrina de la corporación es la teoría que sustenta la concepción de la Iglesia en el pensamiento ilustrado⁷⁹, mientras que la separación de la Iglesia dentro del organismo del Estado no llegará hasta el primer periodo del constitucionalismo⁸⁰.

Así pues, el episcopalismo y el sistema colegial tienen en común que señalan un título jurídico específico para la competencia del señor territorial o autoridad estatal en cuestiones eclesiásticas, mientras que para el territorialismo el único título jurídico que

⁷⁴ Wiesenhauern, *Grundsätze des Kirchen-Staats-Rechts der Protestierenden in Teutschland*, 1749, cit. por Schlaich en voz "Kollegialismus", col. 1813.

⁷⁵ Hay incluso autores que llegan a considerar este status jurídico alcanzado por las Iglesias en la Constitución de Weimar como definitivo e intemporal, cfr.: D. Pirson, *Die zeitlose Qualität der Weimarer Kirchenartikel*, en H. W. Arndt / M. E. Geis / D. Lorenz, *Staat, Kirche, Verwaltung*, München, 2001, pp. 409 y ss.

⁷⁶ Siguiendo a Link, M. Heckel, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Zu Christoph Links gleichnamigem Werk*, en Id., *Gesammelte*, o. c., vol. II, p. 968.

⁷⁷ H. Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin, 1958, p. 102.

⁷⁸ H. Welzel, *Die Naturrechtslehre*, o. c., p. 108.

⁷⁹ Por la teoría de la corporación se entiende la Iglesia como una asociación especial frente al Estado, en virtud de su origen y de sus fines (D. Pirson, *Die geschichtlichen Wurzeln*, o. c., p. 16).

⁸⁰ D. Pirson, *Die geschichtlichen Wurzeln*, o. c., p. 7.

reconoce, ya sea para cuestiones eclesiásticas o estatales, es la soberanía territorial⁸¹. En síntesis, de las teorías territoriales y colegialistas, propias del pensamiento protestante, resulta que la libertad de las confesiones depende, en último término, de la decisión del poder político que, si se autolimita, es por una libre decisión de su exclusiva competencia, ya que aunque el límite pudiera ser el pacto o los compromisos contractualmente adquiridos, éstos son siempre de origen voluntario y, en último extremo, rescindibles o revocables⁸². Ambas doctrinas supusieron *de facto* el ejercicio del poder espiritual por los príncipes seculares, aunque con distinta justificación.

3.2. La Reforma y el *Ius Publicum*

Es comúnmente admitida la influencia de la Reforma en el Derecho público⁸³. Sin embargo, una monografía sobre la concepción protestante de las relaciones Iglesia-Estado, no existe⁸⁴, ni tampoco una teoría del Estado protestante que considere una determinada forma de Estado como la única permitida desde el punto de vista teológico⁸⁵. Es difícil unificar posiciones cuando se pretende pasar del terreno concreto (jurídico-político) a las alturas de la fundamentación teológica en el ámbito protestante⁸⁶. No hay propiamente en la eclesiología protestante una concepción general de cuál sea la relación entre la Iglesia evangélica y el ámbito público⁸⁷.

⁸¹ K. Schlaich, *Der rationale Territorialismus*, o. c., p. 271.

⁸² Este aserto parece contradictorio con lo expuesto *supra* (apartado 2.2.3.). Ello se explica, por una parte, porque dentro de los autores de la teoría colegial, los hay más próximos al territorialismo que a las tesis de Pfaff. Por otra parte, también se debe a que aún en los autores más defensores de la autonomía de las Iglesias, nunca llega a darles una concepción semejante a la de la *societas perfecta* del *Ius Publicum Ecclesiasticum*. Se concibe a la Iglesia como un colegio o una sociedad dentro del Estado.

⁸³ Cfr.: M. Stolleis, *Reformation und öffentliches Recht*, en "Der Staat", 24, 1985, pp. 51-74, donde se expone la influencia de la Reforma a través de las Cátedras de Derecho público que ocupaban profesores protestantes, y también a través de los manuales escritos por ellos que se empleaban en Universidades católicas.

⁸⁴ M. Heckel, *Das Verhältnis von Kirche und Staat nach evangelischem Verständnis*, en J. Listl / D. Pirson, (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, 2ª ed. Berlin, 1994, p.177, nota 32.

⁸⁵ A. v. Campenhausen, *Wandel des Staatsverhältnisses aus evangelischer Sicht*, en *Schriften der Hermann-Ehlers Akademie*, 28, Kiel, 1990, p. 7.

⁸⁶ M. Heckel, *Das Verhältnis von Kirche und Staat*, o. c., p. 176.

⁸⁷ W. Huber, *Kirche und Öffentlichkeit*, Stuttgart, 1978, p. 131. De esta obra hay una edición posterior (München, 1991), a la que no hemos tenido acceso. En esta monografía se expone una concepción evangélica de las relaciones entre la Iglesia evangélica y el mundo, la Iglesia evangélica y el Estado, la Iglesia evangélica y la política, que recoge la discusión de la década de los setenta del pasado siglo XX acerca de la llamada "teología política" en el ámbito protestante. Una extensa recensión crítica de este libro, puede verse recogida en las obras completas de J. Listl, *Kirche im freiheitlichen Staat. Schriften zum Staatskirchenrecht und Kirchenrecht*, II, Berlin, 1996, pp. 780-787.

No obstante, parece que se admite entre la doctrina protestante con carácter general que hasta 1918 la concepción del Estado de la Teología evangélica era de una tendencia conservadora, “nacional” y monárquica; esto era consecuencia tanto de su dependencia de los señores territoriales como de una reacción defensiva frente a los ataques anticristianos de la Ilustración⁸⁸. Hasta entonces, la conformación de la doctrina protestante en el ámbito de la Filosofía política estuvo marcada en gran medida por Melanchthon⁸⁹, quien la tomó de la Filosofía antigua, al igual que se había hecho en la Edad media⁹⁰.

En todo caso, más allá de las teorizaciones acerca de la Filosofía política en el ámbito protestante, la necesidad práctica de entenderse y alcanzar la paz entre católicos y protestantes obligó al desarrollo de los principios jurídicos de *amicabilis compositio*, tolerancia y paridad, que aún siguen ejerciendo influencia en el Derecho público de algunos Estados y en el Derecho internacional.

3.2.1. Los principios de *amicabilis compositio*, tolerancia y paridad*

El *Instrumentum Pacis Osnabrugense* (IPO), en el Art. V § 52 declaraba:

“In causis Religionis omnibusque aliis negotiis, ubi Status tamquam unum Corpus considerari nequeunt, ut etiam Catholicis et Augustanae Confessionis Statibus in duas partes euntibus, sola amicable compositio lites dirimat, non attendita votorum pluralitate”⁹¹.

Con estos principios de carácter procedimental, los protestantes consiguieron que las cuestiones religiosas no fueran decididas por la mayoría, pues los católicos constituían la mayoría de los estamentos imperiales. Aunque en el documento de la paz de Westfalia las cuestiones materiales alcanzasen mayor importancia que las formales, esta regla de procedimiento tuvo una importancia decisiva, no sólo para el futuro, sino en las propias

⁸⁸ M. Heckel, *Das Verhältnis von Kirche und Staat*, o. c., p. 178. K. Schlaich, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen*, en J. Listl / D. Pirson, (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 2ª ed. Berlin, 1995, pp. 131 y ss. especialmente, p. 138. Sobre el papel de la Ilustración en el ámbito del Derecho público, cfr. M. Stolleis, *Aufklärung und öffentliches Recht*, en H. de Wall / M. Germann (Hrsg.), *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2003, pp. 851 y ss.

⁸⁹ Una buena exposición, en G. Kirch, *Melanchthons Rechts- und Soziallehre*, Berlin, 1967.

⁹⁰ A. v. Campenhausen, *Wandel des Staatsverständnisses aus evangelischen Sicht*, o. c., p. 12.

* Sigo en este apartado la exposición publicada en M. J. Roca, *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, 2009, pp. 72-89.

⁹¹ M. Heckel, *Itio in partes. Zur Religionsverfassung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation*, en “Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung”, 64 1978, p. 186, ahora también en *Gesammelte Schriften*. Band, II, 1989, pp. 639-640.

negociaciones de la paz de Westfalia, que se desarrollaron mediante el reconocimiento y aplicación de estos principios⁹².

En las negociaciones de la Paz de Westfalia los protestantes consiguieron: 1º. que todos los estamentos imperiales tomaran parte en las negociaciones de paz; 2º. que las cuestiones religiosas formaran parte del orden del día del Congreso, de este modo se evitó que fueran tratadas en un momento ulterior, en el que los protestantes no hubieran contado con la ayuda de Suecia; y 3º. que las cuestiones religiosas no fueran decididas según el procedimiento habitual de la Dieta que era el de la mayoría, sino mediante una negociación entre los partidos religiosos *modus tractandi de corpore ad corpus*. Así pues, las propias negociaciones de la paz de Westfalia se desarrollaron través del reconocimiento y la realización del principio *itio in partes y amicabilem compositionem*⁹³. La formación de estos dos Cuerpos (protestantes y católicos) dentro de los estamentos imperiales, jugó un papel decisivo en la extensión de la Reforma. Si bien ambos *corpora* encuentran su reconocimiento legislativo en el art. V § 52 del IPO, y fueron desarrollándose a través del Derecho consuetudinario⁹⁴.

Los protestantes se unieron para presentar sus intereses de modo conjunto frente a los católicos⁹⁵, de modo que en el origen del *Corpus Evangelicorum* se encuentra también el origen del *Corpus catholicorum*. No obstante el *corpus* de los católicos surgió desde el comienzo con unas características muy distintas del *corpus* de los evangélicos. Mientras los evangélicos eran conscientes desde el principio de su posición especial dentro del Derecho imperial, los católicos consideraban -incluso después de que se demostrara imposible la convocatoria de un concilio común para ambas partes- que eran

⁹² M. Heckel, *Itio in partes. Zur Religionsverfassung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation...*, pp. 189-190, ahora también en *Gesammelte Schrifte*. Band, II..., p. 643.

⁹³ M. Heckel, *Gesammelte Schrifte*, o. c., p. 644.

⁹⁴ El inicio de la formación de ambos cuerpos se remonta un siglo antes de 1648, lo que el autor llama prehistoria (F. Wolff, *Corpus Evangelicorum und Corpus Catholicorum auf dem Westfälischen Friedenskongreß*, Münster, 1966, p. 138) cuando empieza a formarse un grupo favorable a la Reforma dentro de los estamentos del Reich. Se manifestó por primera vez en su actitud en la Dieta de Worms de 1521 y se fue consolidando en la Dieta de Espira de 1529 mediante una protesta conjunta. Con ello, el movimiento religioso de la Reforma, como necesariamente tenía que ocurrir, adquirió también una forma política. Los "evangélicos" pasaron a ser en el ámbito de la constitución del Imperio los "protestantes". Las disputas sobre cuestiones doctrinales pasaron a ser disputas constitucionales. (F. Wolff, *Corpus Evangelicorum*, o. c., p. 12 Cfr. la recensión sobre esta obra de H. Liermann, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung", 53, 1967, pp. 453-456). Posteriormente los protestantes no sólo se unieron en el ámbito político sino también en el ámbito militar, formando la Liga de Esmalcalda, que les condujo finalmente a la guerra y a la derrota. Pero todo esto desembocó en la formación de dos frentes en los estamentos imperiales.

⁹⁵ J. J. Amorós Azpilicueta, *Nacionalismo europeo: la intolerancia y las guerras religiosas*, en "Derecho y Opinión", 5, 1997, p. 183, ha señalado que los príncipes vieron en la Reforma una fuente de ventajas políticas.

un estamento unido a través de una misma fe y que el imperio y la Iglesia católica mantenían un vínculo indisoluble⁹⁶.

Los católicos, quienes a través del *Reservatum ecclesiasticum*⁹⁷ continuaban siendo la mayoría en la Dieta, eran partidarios del principio de la mayoría. En cambio, los protestantes promocionaban el principio de la *itio in partes* y el principio de *amicabilis compositio*. Por ello, durante largo tiempo, los católicos evitaron ser llamados como *corpus catholicorum*. Sin embargo, con el tiempo se impuso esta expresión. Igualmente los católicos rechazaban las negociaciones de *corpore ad corpus* y exigían las negociaciones a través de la dirección del Emperador, como “executor”. Pero la realidad constitucional fue más fuerte que la concepción que los católicos tenían de sí mismos y finalmente se impuso la concepción paritaria de ambos *corpora*. Esta concepción fue la que se impuso en la paz de Westfalia.

A pesar de estas dificultades los dos *corpora*, anclados en la paz de Westfalia, perduraron y llegaron a ser una de las instituciones más importantes de la Constitución del imperio hasta que a lo largo del ilustrado s. XVIII dejaron de ser un instrumento de las discusiones religiosas y se convirtieron en un instrumento de poder político. Pero sobre todo hay que destacar su significado para la formación del concepto futuro de paridad. A pesar de las dificultades, las vinculaciones de ambas confesiones en los estamentos imperiales garantizaron la coexistencia pacífica entre ambas. Ellas prepararon la nueva época en la que desde la paridad se alcanzó la tolerancia. En la paridad, a través del reconocimiento mutuo, está ya contenida la idea de tolerancia.

Con respecto al ejercicio de la religión, en el I.P.O. VII §2 (“Sed praeter religiones supra nominatas nulla alia in sacro Imperio Romano recipiatur vel toleretur”), se distinguía entre *religio reprobata*, *tolerata* y *recepta*⁹⁸. A las religiones prohibidas no se les permitía el ejercicio de la religión de ningún tipo; a las religiones toleradas se les permitía el derecho al culto doméstico o ejercicio privado de la religión⁹⁹ y a los tres

⁹⁶ F. Wolff, *Corpus Evangelicorum*, o. c., p. 125. Así, puede decirse que de algún modo los católicos formaron un *corpus* contra su voluntad. Ellos no querían ser un cuerpo en absoluto, el término *corpus* en el lenguaje jurídico de la época, por contraste con el término más amplio de *foedus*, significaba una asociación permanente y completa, constituida para representar unos intereses comunes generales.

⁹⁷ Esta cláusula de “reserva eclesiástica” consistía en que si un obispo o un abad católico se pasaba a la Reforma, debía abandonar los bienes que tenía bajo su jurisdicción. Como contrapartida a esta medida a favor de los católicos, los protestantes obtuvieron el compromiso de que las Dietas territoriales garantizaran la libertad religiosa para los caballeros, ciudades y comunidades evangélicas en los territorios eclesiásticos.

⁹⁸ K. Weinzierl, *Die individuelle Religionsfreiheit*, en “Archiv für katholisches Kirchenrecht”, 1963, p. 32.

⁹⁹ K. Schwarz, *Exercitium religionis privatum. Eine begriffsgeschichtliche Analyse*, en “Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung”, 74, 1988, pp. 495 y ss.

partidos religiosos cristianos aceptados por el Imperio (católico, luterano y reformado) se le reconocía el derecho al culto público¹⁰⁰.

Además, a los príncipes protestantes se les imponía la siguiente obligación en la Paz de Westfalia de 1648 (I.P.O. VII § 1): cuando un príncipe protestante se convertía a otra confesión protestante, ambas Iglesias pasaban a ser *ecclesiae receptae*¹⁰¹. Así cuando en 1614, el príncipe Federico Guillermo de Brandeburgo se convirtió al calvinismo, permitió que los luteranos irreductibles siguieran practicando su religión. Este príncipe dejó que coexistieran en su Estado dos *ecclesiae receptae* (la Iglesia de los luteranos y la Iglesia de los reformados) y estableció por decreto la tolerancia a partir de 1611 para los católicos. En ese mismo Estado, el Edicto de Potsdam (1685) permitiría que los hugonotes franceses fueran acogidos como inmigrantes en el norte de Alemania. En el Edicto se prometía a los hugonotes tolerancia religiosa y respeto a su identidad nacional. Unas 15.000 personas se acogieron a esta posibilidad, pero al ser los hugonotes calvinistas e instalarse en territorio luterano, debieron padecer si no el ejercicio de la violencia que habían sufrido en Francia, sí numerosas dificultades¹⁰².

El acuerdo al que se llegó entre los imperialistas (o los cesaristas) y los suecos para la elaboración del documento de la Paz de Westfalia puede resumirse así: El equilibrio final de 24 de mayo de 1647 preveía lo siguiente: Quien de algún modo por el uso prolongado (*longo uso*) o la sola connivencia (*sola conniventia*) disfrutaba del ejercicio de la religión de modo público o privado en el año de 1624 podía seguir manteniéndolo. Los súbditos que perteneciesen a otra confesión sin disfrutar del ejercicio público o privado de la religión en ese año, debían ser tolerados y disfrutar de libertad de conciencia. No se permitía que sufriesen desventajas en el ámbito civil o económico. Quienes después de la publicación de la Paz de Westfalia cambiasen de religión, tendrían que emigrar en el plazo de diez años. En caso de que tuviesen dificultades para vender sus bienes o para trasladar su domicilio, debía concedérseles un plazo adicional de cinco años más.

¹⁰⁰ K.Weinzierl, *Die individuelle Religionsfreiheit, o. c.*, p. 32.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 31-32.

¹⁰² H.-C. Rublack, *Gewalt und Toleranz im Zeitalter der Konfessionalisierung*, en M. Erbe,/ H. Füglistler/ K. Furrer/ A. Staehelin/ R. Wecker/ C. Windeler, (eds.), *Querdenken. Dissens und Toleranz im Wandel der Geschichte. Festschrift zum 65. Geburtstag von Hans R. Guggisberg*, Mannheim, 1996, p. 328. Por ejemplo, en Halle en el año 1689, se quejaron los hugonotes de a que sus mujeres, niños y sirvientas, les arrojaban frutas podridas en los mercados, de que sus actos de culto eran interrumpidos. Ciertamente, en este tipo de manifestaciones no sólo estaba presente el odio religioso, sino también el rechazo a lo extraño. Por ejemplo cuando en 1718 el incendio de la ciudad de Magdeburgo se extendió a las casas de los hugonotes, algunos gritaban "dejad que ardan los franceses", impidiendo que otros colaborasen en la extinción del incendio.

Estos derechos eran reconocidos tanto a los que emigraban voluntariamente como a los que lo hiciesen de modo forzoso¹⁰³.

Fue necesario recorrer un largo camino desde el texto relativamente sencillo del § 24 del documento de la Paz de Augsburgo, que recogía por primera vez el permiso para emigrar de un territorio a otro por motivos religiosos, hasta el complicado texto del *beneficium emigrandi* tal como quedó redactado en el art. V §§ 30-43 de la Paz de Westfalia. El texto tiene las características propias de un compromiso. Los protestantes no pudieron conseguir el pleno reconocimiento de la libertad de ejercicio de la religión para los súbditos y la consiguiente prohibición de cualquier expulsión del territorio. Sin embargo, consiguieron garantizar contra cualquier expulsión forzosa a todos sus miembros, siempre que éstos disfrutaran en el año normal (1624) de ejercicio público o privado de la religión (§ 31). Los católicos tuvieron que ceder en este punto. Los protestantes también negociaron con éxito respecto de aquellos miembros de una confesión que en el año 1624 no poseyeran ejercicio público ni privado de su religión, o de aquéllos que se convirtieran a partir de ese año. Para estos dos grupos fue reconocida la tolerancia y la libertad de conciencia (§ 34), además de garantizárseles un buen número de derechos (§35).

La obligada tolerancia debería haber excluido en realidad la emigración obligatoria, pues no se puede, al mismo tiempo, reconocer el derecho a permanecer en el territorio y permitir que se ordene la expulsión. Pero esto es precisamente lo que hizo la Paz de Westfalia. En el documento de la Paz de Westfalia se contradice lo previsto en el § 34, con lo previsto en los §§ 36 y 37. El derecho a expulsar a aquellos miembros de otra confesión que en el año normal no disfrutasen del ejercicio público o privado de su religión o que después de la publicación de la Paz de Westfalia se cambiasen de religión, fue expresamente reconocido. Es decir, la tolerancia y los derechos con ella reconocidos tenían vigencia sólo mientras que no fuera decretada la expulsión. Los católicos veían esto como una necesidad religiosa y política¹⁰⁴.

Heckel considera que con la paz de Westfalia comienza a desaparecer la época confesional y su orden se desmorona dando paso a formas ilustradas de tolerancia¹⁰⁵. Esta idea se refiere al imperio, que ya no tiene una vinculación con una confesión determinada. La vinculación confesional la tienen ahora los respectivos señores territoriales. La Paz de Westfalia trajo consigo el fin de la confesionalidad del imperio

¹⁰³ G. May, *Die Entstehung der hauptsächlichen Bestimmungen über das ius emigrandi (Art. V §§ 30-43 IPO) auf dem Westfälischen Friedenskongreß*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung", 74, 1988, p. 478.

¹⁰⁴ G. May, *Die Entstehung*, o. c., pp. 493-494.

¹⁰⁵ M. Heckel, *Gesammelte Schriften. Staat Kirche Recht Geschichte*, II, Tübingen, 1989, p. 646.

que, a partir de ese momento, se regiría en cuanto al trato con las confesiones (católica y reformada) por el principio de paridad, que aún hoy es uno de los principios que rige las relaciones entre el Estado y las confesiones en la República Federal de Alemania.

3.2.2. *Del protestantismo liberal a la teoría cristológica del Estado**

Con posterioridad a Stahl, el liberalismo teológico, síntesis de la herencia reformada con la Ilustración y la ciencia histórica del s. XIX¹⁰⁶, que daría lugar al llamado protestantismo liberal apoyó la idea del Estado nacional¹⁰⁷. Hubo que esperar a la teoría cristológica del Estado de Karl Barth¹⁰⁸, para que se expusiera una profunda revisión de las doctrinas anteriores. Barth no considera su teoría del Estado derivada del orden de la creación sino del dominio de Cristo y de la teoría de la justificación. Esto es una reacción contra el idealismo alemán que llevó a la divinización del Estado y a su sublimación hasta llegar a sustituir a la religión. En realidad, con Barth el Estado queda reducido a su papel de servidor y garante del Derecho y de la paz. En la doctrina protestante, se sigue considerando que la concepción de la libertad de Lutero ha ejercido una importante influencia en el Derecho del Estado¹⁰⁹. Según esta concepción, la libertad cristiana - que no puede ser concedida ni limitada por el poder secular- se alcanza mediante la fe¹¹⁰.

La doctrina barthiana fue decisiva para que la Iglesia evangélica adquiriera conciencia y asumiera lo que hoy se denomina como su carácter público. Hasta la entrada en vigor de la Constitución de Weimar el concepto de “encargo público” (*Öffentlichkeitsauftrag*) no pudo desarrollarse por la concepción que prevalecía hasta entonces en el pensamiento protestante de que los señores territoriales tenían competencia sobre las iglesias¹¹¹, a pesar de que esto fuera en contra de la doctrina gelasiana de las dos espadas, que

* Sigo en este apartado la exposición publicada en M. J. Roca, “Derecho pacticio y relevancia pública de las confesiones. La fundamentación de los acuerdos desde la perspectiva protestante”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, lustel.com, 11, 2006 y en M. M. Martín (ed.), *Entidades eclesiales y Derecho de los Estados. Actas del simposio internacional de Derecho concordatario. Almería, 9-11 de Noviembre de 2005*, Granada, 2006, pp. 619-633.

¹⁰⁶ M. Heckel, *Das Verhältnis von Kirche und Staat*, p. 179.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 179.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 181.

¹⁰⁹ *Id.*, *Der Einfluss...*, pp. 93-99.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 97.

¹¹¹ Sobre este tema, M. J. Roca, “Origen de la competencia del poder civil sobre las Iglesias en las doctrinas protestantes: Estudio histórico e interés actual”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, lustel.com, 1, 2003 y en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 0, 2004, pp. 111-126.

también fue desarrollada por Lutero¹¹². Así, aunque en principio la Constitución de Weimar les concediera unos derechos, las iglesias protestantes no sabían muy bien qué hacer con los derechos recién reconocidos, al contrario de lo que le ocurría a la Iglesia católica¹¹³. Fue precisamente el duro período de la lucha contra las iglesias (*Kirchenkampf*) sufrido durante el Nacionalsocialismo, lo que paradójicamente hizo posible esta toma de conciencia.

En el marco de la lucha contra las iglesias que tuvo en la época del Nacional-socialismo surgió la estructura teológica que resultó ser fundamental para la comprensión del concepto “encargo público” desde la perspectiva protestante. Un documento fundamental en este sentido fue la ya mencionada Declaración de Barmen, especialmente las tesis 2ª y 5ª¹¹⁴. En ellas, se expuso “la fuerte aspiración de Dios a toda nuestra vida; a través de Él se nos devuelve una alegre liberación de las vinculaciones sin Dios de este mundo, para servicio agradecido y libre a sus criaturas. Rechazamos la falsa doctrina según la cual hay ámbitos en nuestra vida que no son propios de Cristo Jesús, sino de otros señores” (tesis 2ª). En la tesis 5ª, “la Iglesia recuerda el Reino de Dios y el mandato de Dios y la justicia divinas, y con ello la responsabilidad de los gobernantes y de los gobernados. La Iglesia confía en la palabra de Dios y la obedece”¹¹⁵.

Aunque desde el punto de vista de su concepción global¹¹⁶, quizá lo más importante que Karl Barth aporta quizá sea su teoría cristológica del Estado, sin embargo, desde el punto de vista que aquí nos interesa de la fundamentación del Derecho pacticio, es la relevancia pública de las Iglesias desde la perspectiva protestante, su principal aportación, tanto por su intervención en el Documento de Barmen y ya antes por su

¹¹² Sobre este tema *vid.*, M. Diesselhorst, *Zur Zwei-Reiche-Lehre Martin Luthers*, en L. Lombardi Vallauri / G. Dilcher, *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, vol. I, Baden-Baden/Milano, 1981, pp. 141 y ss., y recientemente V. Mantey, *Kirche ohne Recht? R. Sohms Verständnis von Kirche und Recht und Martin Luthers Zwei-Reiche-Lehre*, en “Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht”, 49, 2004, pp. 712 y ss.

¹¹³ G. Klostermann, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen-Rechtsgrundlagen im kirchlichen und staatlichen Recht*, Tübingen, 2000, 134.

¹¹⁴ Los estudios rigurosos de esta Declaración parte del carácter central de la 1ª tesis, en la que se afirma que la Palabra de Dios es el fundamento del anuncio de la Iglesia. Es a partir de ahí de donde se extraen las ulteriores consecuencias que tendría tanta importancia para fijar la posición de las Iglesias evangélicas en el seno del Estado, *cfr.*: G. Klostermann, *Der Öffentlichkeitsauftrag...*, p. 137.

¹¹⁵ K. Schlaich, *Der Öffentlichkeitsauftrag...*, p. 133.

¹¹⁶ H. U. von Balthasar, *Karl Barth. Darstellung und Deutung seiner Theologie*, Köln, 1951, especialmente sugere que nos parece la exposición que se hace del fundamento cristológico de la analogía (pp. 124 y ss.) y del pensamiento idealista y la Revelación (pp. 229 y ss.). Un estudio de la influencia de Barth en el ámbito católico puede verse en B. DAHLKE, *Die katholische Rezeption Karl Barths. Theologische Erneuerung im Vorfeld des Zweiten Vatikanischen Konzils*, Tübingen, 2010.

primera carta contra la creación de los “Cristianos Alemanes” por parte del régimen nacionalsocialista¹¹⁷.

La doctrina de Barth, recogida después en la Declaración de Barmen, supuso una toma de conciencia de la Iglesia evangélica a la vez de su independencia del poder temporal, y de su responsabilidad hacia todo el pueblo (no sólo respecto de la propia conciencia individual). En otros Sínodos confesionales posteriores, se reafirmaría esta conciencia del deber de ofrecer testimonio público ante el pueblo, sin dejarse “arrinconar en la esquina de la devoción privada”¹¹⁸. Así pues, la relevancia pública de las Iglesias cristianas derivadas de la Reforma, por su origen histórico, es concebida como una liberación que favorece a los individuos¹¹⁹, no como una merma de la neutralidad del Estado¹²⁰.

3.2.3. *Síntesis comparativa*

Para un adecuado entendimiento del Estado desde el punto de vista evangélico, es hoy fundamental la libertad religiosa. Pero la libertad religiosa actual era extraña al orden medieval. La común responsabilidad del Estado y de la Iglesia respecto de la verdad cristiana y la competencia indubitada del Estado en cuestiones religiosas, no dejaban paso al pensamiento de la libertad religiosa en sentido moderno. A la Reforma le importaba la verdad, no tanto la libertad ni la igualdad¹²¹. Aunque haya diferencias de planteamientos teológicos con la concepción católica¹²², no cabe duda que este punto en común de la búsqueda de la verdad con la Teología católica es más fuerte que las

¹¹⁷ D. Cornu, *Karl Barth et la Politique*, Gêneve, 1968, p. 31, Barth, en su escrito “Por la libertad del Evangelio”, surgido con ocasión de la Ley del Imperio que reconoció oficialmente la “Iglesia alemana evangélica” (ley del 14 de julio de 1933), señala que la Iglesia es la comunidad humana que escucha el Evangelio, en virtud de este título toma parte en la configuración de la naturaleza de la cultura y de la historia.

¹¹⁸ Así se expresaba el Sínodo confesional de la Iglesia evangélica de la Antigua Prusia, cfr: K. Schlaich, *Der Öffentlichkeitsauftrag*, o. c., p. 133.

¹¹⁹ Esa consideración de la posición jurídica de las iglesias en el Derecho alemán como una garantía más de la libertad del individuo frente al poder público, ya fue destacada en M. J. Roca, *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, o. c., p. 138, allí con expresa referencia a su derecho de autonomía.

¹²⁰ Sobre la neutralidad del Estado, recientemente E. Herms, “Die weltanschaulich-rel. Neutralität von Staat und Recht aus sozialemethischer Sicht”, en *Der Staat*, 40, 2001, pp. 327 y ss.

¹²¹ A. v. Campenhausen, *Wandel des Staatsverständnisses aus evangelischen Sicht*, o. c., p. 12.

¹²² L. F. Mateo Seco, o. c., pp.162 y ss. la idea luterana de la libertad es, en su concepción expresada fundamentalmente en “De servo arbitrio”, distinta de la concepción católica. Conviene tener presente que para el pensamiento luterano, la subjetividad es el lugar hermenéutico de la Revelación cristiana. Para un estudio de la concepción luterana de la autoridad secular y la razón de por qué se le debe obediencia es central el escrito “Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei” (1523), cfr. el estudio de H. Folkers, “Niederhaltung des Bösen und Ordnung der Freiheit. Zum Rechtsdenken Luthers, Hegels und Schellings”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 81, 1995, pp. 249 y ss.

diferencias, sobre todo en un contexto secularizado en el que ha perdido valor la búsqueda de la verdad¹²³.

La libertad según la concepción protestante no supone que todas las confesiones tengan igual valor, ni se entiende la apostasía de la fe como ejercicio de la libertad, sino como una esclavitud del error o del pecado¹²⁴. Respecto al error se entiende que debe haber tolerancia, pero limitada y basada siempre esta tolerancia humana en la tolerancia divina¹²⁵. La posición central del individuo y de su libertad en el Derecho y en el Estado no sería imaginable sin la aportación del cristianismo que ve al hombre como imagen de Dios en el centro de la creación¹²⁶. Este aspecto es también coincidente con la concepción de la Teología católica.

3.3. La Reforma y el Derecho privado

Una vez que se ha sintetizado la influencia de la Reforma en el Derecho público, pasamos a exponer las consecuencias que acarreo en el Derecho privado, dedicando especial atención a la institución del matrimonio.

Para Lutero el matrimonio no es un sacramento, sino una cuestión secular (*weltliche Sache*). De ahí, que pasase su competencia del ámbito eclesiástico al secular como un contrato *intuitu personae*. Además, los reformadores, especialmente Calvino, expusieron algunas ideas acerca del comercio, los contratos y la incipiente actividad económica de su época, que han servido de base para que sobre todo teólogos y iuspublicistas de estas confesiones expusieran sus teorías acerca de las relaciones contractuales entre los particulares.

3.3.1. La secularización del matrimonio*

La idea generalmente admitida de que la secularización del matrimonio está unida a la Reforma protestante¹²⁷, no debe llevar necesariamente a concluir que la imposición del

¹²³ Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, vid. A. Ollero, *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Pamplona, 2005.

¹²⁴ M. Heckel, *Der Einfluss*, o. c., p. 98.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 98-99.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 83.

* Seguimos en este apartado un trabajo anterior: M. J. Roca, "El respeto a la libertad religiosa de los contrayentes y la obligatoriedad de la celebración civil del matrimonio previa a la religiosa. Discusión doctrinal y propuestas de *lege ferenda* en el Derecho comparado centroeuropeo", en *Ius Canonicum*, 94, 2007, pp. 505-525.

¹²⁷ J. Gaudemet, *El matrimonio en occidente*, Madrid, 1993, pp. 425 y ss. M. Murillo Muñoz, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, 2006, pp. 180-183.

sistema de matrimonio civil obligatorio en Europa fue un fruto inmediato de la Reforma¹²⁸. Fue en Holanda y Frisia occidental¹²⁹ donde se promulgó la primera ley de matrimonio civil (1580). A partir de esta ley, se permitió a los protestantes contraer matrimonio ante un pastor, y se consideró necesario entonces que los católicos pudieran contraerlo ante una autoridad municipal. La Iglesia católica reconoció la validez canónica de un matrimonio celebrado ante una autoridad civil en Holanda, Zelanda y Frisia¹³⁰. Pero no fue esa la experiencia de todos los territorios centroeuropeos de lengua alemana.

La reserva de competencia acerca del matrimonio a favor del Estado no se produjo en Austria hasta la llamada *Ehepatent* de 16 de enero de 1783. No se trató en este caso de la imposición de matrimonio civil obligatorio *tout court*, sino más bien de una verdadera regulación del Estado de todo lo concerniente al matrimonio, en la que la presencia activa del ministro religioso se consideraba una función pública. Posteriormente, la *Patent* de 6 de marzo de 1786 completó las normas relativas al matrimonio, estableciendo para los católicos la obligación de contraer matrimonio ante un sacerdote y reconociendo la intervención del pastor para los matrimonios mixtos. Esta normativa fue derogada por Leopoldo II en el año 1791.

En Westfalia el régimen jurídico del matrimonio civil fue una consecuencia de la entrada en vigor en el año 1808 del Código civil de Napoleón. Como resultado de las ideas ilustradas, los distintos territorios reconocieron en su legislación el matrimonio civil, tanto a nivel constitucional (Constitución de Frankfurt, de 28 de marzo 1849¹³¹ y

¹²⁸ De la abundantísima bibliografía sobre la concepción protestante del matrimonio, remitimos a W. Köhler, "Der Anfang des protestantisches Eherechts", en *Zeitschrift der Savigny- Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 61, 1941, pp. 271 y ss. W. Pannenberg, *Systematische Theologie*, III, Göttingen, 1993, pp. 391 y ss. T. Koch, *Das evangelische Eheverständnis nach Luther in der Gegenwart*, en *Die konfessionsverschiedene Ehe. Problem für Millionen-Herausforderung für die Ökumene*, Regensburg, 1988, pp. 49 y ss. K.-H. Selge, *Ehe als Lebensbund*, Frankfurt a. M. et alt., 1999, pp. 77 y ss. H. Lück, "Zu den Anfängen des evangelischen Eherechts in Wittenberg", en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1999, pp. 1549 y ss.

¹²⁹ Sobre el actual régimen jurídico del matrimonio en Holanda, puede verse, M. J. Roca, *Las orientaciones fundamentales del Derecho comparado (I). Los sistemas de Europa Occidental* en "iustel.com" Tema 51, 2002. M. J. Gutiérrez del Moral, *El matrimonio en los Estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*, Barcelona, 2003, pp. 83-80.

¹³⁰ H. Conrad, "Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französische Revolution", en *Zeitschrift der Savigny- Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 1950, pp. 336 y ss.

¹³¹ E. R. Huber / W. Huber, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. II. Staat und Kirche im Zeitalter des Hochkonstitutionalismus und des Kulturkapfms 1848- 1890*, Berlin, 1976, p. 34. El art. 150 de esta Constitución, la llamada *Paulskirchenverfassung* decía:

"(1) Die bürgerliche Gültigkeit der Ehe ist nur von der Vollziehung des Civilactes abhängig; die kirchliche Trauung kann nur nach der Vollziehung des Civilactes Statt finden. (2) Die Religionsverschiedenheit ist kein bürgerliches Ehehinderniß".

Constitución Prusiana, de 31 de enero 1850¹³²) como a nivel legislativo: en Baden se introdujo en el año 1860¹³³, y en Prusia se reguló por la Ley de 9 de marzo de 1874.

En el imperio alemán el matrimonio civil obligatorio no se extendió hasta la ley imperial de 6 de febrero de 1875 (*Reichstandsgesetz*). El primer precedente de esta normativa lo constituye la ley de 4 de mayo de 1870 (*Auslandspersonenstandsgesetz*), por la que el imperio imponía el matrimonio civil obligatorio a todos los alemanes que contrajesen matrimonio en el extranjero¹³⁴.

1º. La validez del matrimonio civil depende sólo de la ejecución del acto civil; la celebración civil sólo puede tener lugar después de la ejecución del acto civil. 2º. La diferencia de religión no es un impedimento matrimonial civil.

¹³² El art. 19 de esta Constitución establecía: “Die Einführung der Zivilehe erfolgt nach Maßgabe eines besonderen Gesetzes, was auch die Führung der Zivilstandregister regelt”.

La introducción del matrimonio civil se regirá por las medidas de una ley especial, que también regulará el régimen del registro civil.

¹³³ En el Gran Ducado de Baden, se dictaron durante de la época de la lucha cultural, un conjunto de leyes (las llamadas *badische Kirchengesetze von 1860*), que estaban en contradicción con el concordato de Baden de 1859. En este acuerdo entre el Romano Pontífice Pío IX y el Gran Duque Federico I, se declara en el art. 5, “Über die kirchliche Rechtsfälle, welche den Glauben, die Sacramente, die geistliche Verrichtungen und die mit dem geistlichen Amte verbundenen Pflichten und Rechte betreffen, hat der Gerichtshof des Erzbischofs nach Vorschrift der Kirchengesetze und nach den Bestimmungen des Concils von Trient zu erkennen. Somit wird derselbe auch über Ehesachen entscheiden jedoch bleibt das Urtheil über die bürgerlichen Wirkungen der Ehe dem weltlichen Gerichte überlassen”. (...). Los conflictos jurídicos que se refieran a la fe, los sacramentos, las disposiciones eclesiásticas, y los derechos y deberes ligados al oficio pastoral, debe conocerlos el tribunal del arzobispado según las prescripciones del Concilio de Trento. Con ello se incluyen también las decisiones sobre cuestiones matrimoniales, sin embargo la decisión sobre los efectos civiles del matrimonio se remite a los tribunales seculares. Cfr.: E. R. Huber / W. Huber, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. II. Staat und Kirche im Zeitalter des Hochkonstitutionalismus und des Kulturkampfes 1848- 1890*, Berlin, 1976, p. 221. Pero como los liberales elevaron fuertes protestas frente al concordato, haciendo valer sobre todo que ese texto ponía en peligro la paz religiosa. Las Cámaras sostuvieron que era necesario recabar su consentimiento para ese texto. Al año siguiente de su firma, la cámara segunda afirmó que sin la aprobación de los estamentos al concordato firmado le faltaba validez jurídica, por lo que el gran Duque Federico I se vio obligado a retirar el concordato (*Ibid.*, p. 231). La ley de 9 de Octubre de 1860, establecía:

(1) Das Aufgebot einer nach den Staatsgesetzen zulässigen Ehe wird auf Ansuchen der Brautleute durch das zuständige Bezirksamt dem Bürgermeister übertragen, wenn dasselbe durch den Pfarrer, als Beamten des bürgerlichen Standes, verweigert oder binnen vierzehn Tagen nach Behändigung des Trauscheins nicht vorgenommen wird.

Die Form des Aufgebots bestimmt eine Verordnung.

(2) Die Trauung einer nach den Staatsgesetzen zulässigen Ehe nimmt das Bezirksamt nach Badisches Landrecht (L. R.) vom Februar 1809 S. 75 vor und stellt den Eheschein nach L. R. S. 76 aus, wenn der zuständige Pfarrer des Orts, vor welchem die Brautleute dieselbe begehren, die Trauung verweigert oder verzögert.

Auf Antrag der Brautleute kann das Bezirksamt einem anderen Geistlichen die ermächtigung zur Vornahme der Trauung geben.

Der Eheschein muß dem zuständigen Pfarrer vorgelegt und von ihm in das Ehebuch eingetragen”. (*Ibidem*, pp. 236-237).

¹³⁴ El desarrollo histórico del Derecho matrimonial civil en Alemania, puede verse en R. Schunk, “Matrimonios informes en el Derecho alemán”, en *Ius Canonicum*, 39, 1980, pp. 17-38.

La Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919¹³⁵, protege de modo específico por primera vez al matrimonio y a la familia. Sin embargo, el reconocimiento del matrimonio religioso ya no sería nunca más objeto de debate político ni de negociación concordataria¹³⁶.

A la obligatoriedad del matrimonio civil, se añadía hasta 1957 una sanción penal, en caso de que la celebración religiosa precediese a la civil¹³⁷. La concepción del matrimonio como un asunto de carácter religioso o civil fue uno de los temas que entraron de lleno en la llamada lucha cultural (*Kulturkampf*)¹³⁸. Para la promulgación de la mencionada ley de 1875 sería decisiva la intervención de Bismarck, quien situó los términos del conflicto acerca del matrimonio atribuyendo a los defensores del matrimonio religioso la pretensión de un fin político: someter el poder temporal alemán a una autoridad extranjera (el Romano Pontífice)¹³⁹. Curiosamente, en los primeros territorios en que se extendía la obligatoriedad del matrimonio civil, fueron los mismos que años antes empezaban a reconocer con mayor extensión que en otros territorios del imperio la

¹³⁵ Art. 119: "(1) Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter. (2) Die Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staats und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge. (3) Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staates".

¹⁰. El matrimonio está bajo especial protección de la Constitución en cuanto fundamento de la vida familiar y del sostenimiento y multiplicación de la Nación. ^{2º}. El mantenimiento de la pureza, la salud y el fomento de la familia son tarea del Estado y de los municipios. Las familias numerosas tienen derecho a una asistencia proporcionada. ^{3º}. La maternidad tiene derecho a la protección y la asistencia del Estado.

¹³⁶ E. R. Huber / W. Huber, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. IV. Staat und Kirche in der Zeit der Weimarer Republik*, Berlin, 1988, a lo largo de todo este periodo temporal no parece haber intentos del reconocimiento del matrimonio religioso, ni siquiera en las negociaciones concordatarias tanto con los *Länder* (Baviera, pp. 293 y ss.; Prusia, 315 y ss.; Sajonia, pp. 345 y ss; y Baden pp. 349 y ss.) como con el *Reich* (pp. 456 y ss.).

¹³⁷ Art. 67 de la ley de Registro civil (*Personenstandgesetz*), que establecía Un sacerdote u otro ministro religioso que asiste a la celebración de un matrimonio religioso, sin que le haya sido probado que ya previamente ha tenido lugar la celebración civil, será castigado con una multa de hasta trescientos marcos o con prisión de hasta tres meses. ("Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher zu den religiösen Feierlichkeiten einer Eheschließung schreitet, bevor ihm nachgewiesen worden ist, daß die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen worden sei, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft"). Un estudio de este precepto, partiendo de su redacción actual, y remontándose a sus orígenes puede verse en W. Steinmüller, *Kann ein Geistlicher mit Geldbusse belegt werden?*, en "Archiv für katholisches Kirchenrecht", 1961, pp. 471-477.

¹³⁸ L. Renk, "Staatliche und kirchliche Eheschließung", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 907.

¹³⁹ S. Buchholz, "Beiträge zum Ehe- und Familienrecht des 19. Jahrhundert I. Gerlach, Bismarck und die Zivilehe", en *Ius commune*, 9, 1980, pp. 229 y ss.

libertad religiosa, tal fue el caso de Prusia¹⁴⁰. Es decir, en su origen no se veía la relación que hay entre el reconocimiento civil de la forma religiosa de celebración del matrimonio y la libertad religiosa de los contrayentes. Como se ha dicho, todo el debate estaba situado en el marco de la lucha cultural y de la afirmación del poder temporal alemán. En la discusión de la época no resultaban decisivos los argumentos acerca de la libertad religiosa de los contrayentes.

En Austria hasta su anexión por el Tercer Reich en 1938¹⁴¹ no se introdujo el matrimonio civil obligatorio. La ley de 6 de julio de 1938 (*Großdeutsche Ehegesetz*) unificó el Derecho matrimonial alemán y austriaco. En Suiza a lo largo del siglo XIX algunos cantones fueron introduciendo el matrimonio civil; hasta que la ley federal de 1874 lo extendió con carácter general a todo el territorio de la Confederación.

La doctrina ha analizado cuáles pueden ser las causas de esta situación con respecto a la institución del matrimonio, y alguno ha querido ver aquí una de las consecuencias de la reunificación¹⁴², según ya hemos dicho. Para otros como Strätz la paulatina evolución del matrimonio en Alemania a lo largo del siglo XX ha dejado de tener como fin el bien común, y se dirige principalmente a la realización de los intereses privados de la pareja¹⁴³. Y ésta parece ser también la situación dentro de las Iglesias evangélicas de Alemania¹⁴⁴. La referencia pública del matrimonio se ha desdibujado, en la medida en que no hace referencia al carácter público de la comunidad eclesial¹⁴⁵. Qué interés pueden tener la sociedad o el Estado en el matrimonio, no aparece claro. Para algunos incluso la pregunta es ya sospechosa. En cambio para otros, la manifestación pública del matrimonio es una forma de asumir la responsabilidad del matrimonio. Las declaraciones de la Iglesia evangélica se caracterizan por una privatización e interiorización del matrimonio¹⁴⁶. Las Iglesias evangélicas reconocen el matrimonio civil como válido, para

¹⁴⁰ C. Starck, "Raíces históricas de la libertad religiosa moderna", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 47, 1996, pp. 9 y ss.

¹⁴¹ H. Kalb / R. Potz / B. Schinkele, *Religionsrecht*, Wien, 2003, p. 497.

¹⁴² R. Puza, *The Family in German*, en L. Leuzzi / G. P. Milano (a cura di), *La famiglia in Europa*, Siena, 2006,, p. 99.

¹⁴³ H.- W. Strätz, "Ehe und Familie als Institute des bürgerlichen Rechts- Eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf die faktische und rechtliche Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft", en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, 35, 2001, p. 19.

¹⁴⁴ H. Lück, *Zu den Anfängen des evangelischen Eherechts in Wittenberg* en "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", 1999, pp. 1549 y ss.

¹⁴⁵ G. Robbers, *Ehe und Familie in evangelischer Sicht-Ein Kurzbericht*, en "Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche", 35, 2001, p. 86.

¹⁴⁶ G. Robbers, *Ehe und Familie in evangelischer Sicht-Ein Kurzbericht...*, p. 86.

ello el Estado tiene que reconocer y proteger los requisitos y el contenido esencial del matrimonio¹⁴⁷, que parece ser casi exclusivamente la unidad y la heterosexualidad.

3.3.2. *La Reforma y el espíritu del capitalismo*

Desde la famosa obra de Max Weber¹⁴⁸, sobre la Ética protestante y el espíritu del capitalismo, se ha discutido ampliamente -sobre todo en el ámbito de la sociología jurídica- acerca del impacto de la Ética del ascetismo intramundano del calvinismo ha tenido sobre el desarrollo del capitalismo moderno. De hecho, éste ha sido uno de los temas de mayor relevancia en la discusión doctrinal, hasta el punto de que se le ha llamado la “guerra académica de los cien años”¹⁴⁹ al debate académico que desató la publicación de los ensayos de Weber sobre este tema, en 1904-1905, en las páginas del “Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik”. Se trata de una cuestión más sociológica que jurídica, que debe ser estudiada en el contexto de la influencia de la Reforma en la Sociología, aunque de modo indirecto haya afectado también al Derecho¹⁵⁰.

3.4. Síntesis conclusiva

Consideradas las recientes reformas que la Iglesia evangélico luterana ha llevado a cabo en su propio Derecho (por ejemplo: la exhortación a que las Iglesias territoriales se adapten en lo posible a los límites del Derecho secular, la ordenación de la mujer, o la asunción en gran medida de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana como Derechos en el seno de las Iglesias¹⁵¹), una primera consideración que se suscita es si ha tenido más influencia la Reforma sobre el Derecho secular o viceversa. Aunque, ciertamente, el fenómeno que actualmente se puede constatar de creciente

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Max Weber, *Die Protestantische Ethik und der Gesit des Kapitalismus*, La Ética protestante y el espíritu del capitalismo. Introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas M., México D.F., 2003.
[http://books.google.es/books?id=gJNS8_3zyTQC&pg=PA419&lpg=PA419&dq=Reforma+protestante+consecuencias+capitalismo&source=bl&ots=N1vSc7vVTd&sig=5m3XNYJZA7-Ojbcd8qhPXVxXQdc&hl=es&sa=X&ei=YRdXT_TSJYaW8QOY97HPDg&ved=0CF8Q6AEwCQ#v=onepage&q=Reforma%](http://books.google.es/books?id=gJNS8_3zyTQC&pg=PA419&lpg=PA419&dq=Reforma+protestante+consecuencias+capitalismo&source=bl&ots=N1vSc7vVTd&sig=5m3XNYJZA7-Ojbcd8qhPXVxXQdc&hl=es&sa=X&ei=YRdXT_TSJYaW8QOY97HPDg&ved=0CF8Q6AEwCQ#v=onepage&q=Reforma%20)[6.03.2012]

¹⁴⁹ F. Gil Villegas M., “Cien años de debate en torno a la tesis weberiana sobre la ética protestante”, en *Sociológica*, año 20, número 59, septiembre-diciembre de 2005, pp.137-169. También accesible en <http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/5908.pdf> [6.03.2012]

¹⁵⁰ En la bibliografía española, puede verse la obra ya citada de J. A. Álvarez Caperochipi, *Reforma protestante y Estado moderno*, Granada, 2008.

¹⁵¹ M. Honecker, *Recht in der Kirche des Evangeliums*, o. c., p. 15, “El Derecho eclesiástico del Estado tiene consecuencias e implicaciones para la Teología y para la Iglesia evangélica”.

“secularización” del Derecho protestante es una consecuencia de las bases sobre las que surgió.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La influencia de la Reforma protestante en el Derecho es difícil de sintetizar y puntualizar. En todo caso, cabe afirmar que favoreció una evolución del Derecho hacia el individualismo. En el ámbito del Derecho privado, puede apreciarse con especial claridad en la institución del matrimonio. En el ámbito del Derecho público, ha favorecido más bien la tendencia al fortalecimiento de quien en cada momento histórico es el titular del poder público: el señor territorial o los poderes públicos, ya que no hay para estos titulares un límite a su poder en el *Ius divinum*. Además, al negarse el carácter jurídico del Derecho confesional (o dicho de otro modo, al afirmarse la incompatibilidad entre Iglesia y Derecho), tampoco tiene el poder secular el límite de una institución independiente del Estado, con un Derecho y una jurisdicción propios.

En suma, estas dos fuerzas centrípetas que conducen al fortalecimiento del individualismo (cuyas consecuencias últimas parece que no pueden llevarse al extremo sin que desaparezca el Derecho), y del estatalismo (cuya culminación sería el idealismo hegeliano) si no son consecuencias directas de la Reforma, sí al menos cabe intuir que derivan de algún modo de las alteraciones que introdujo la Reforma en el pensamiento teológico y antropológico. En la medida en que el movimiento reformador supuso alteraciones en el orden político, trajo también consigo importantes aportaciones para el funcionamiento de las instituciones de Derecho público (como los principios de *amicabilis compositio*, de paridad, y de tolerancia, o el concepto de “encargo público de las Iglesias”), que aún siguen siendo válidas, adaptándose a las circunstancias de cada país y de cada momento, en la medida que resulte necesario.