

CONSIDERACIONES SOBRE LA DISPENSA Y SOBRE OTRAS INSTITUCIONES EN LA ORDENACION CANONICA (*)

Es conocido y admitido por todos que en las ordenaciones jurídicas modernas, cuanto más ha arraigado el principio de la división de los poderes, tanto más la institución de la dispensa ha perdido terreno. A medida que se ha ido afirmando el principio que para los ciudadanos “las razones de disparidad admisibles por diversidad de aptitudes, de méritos, de capacidades contribuyentes deban ser socialmente útiles y sea como fuere fijadas en vía preventiva y uniforme por la ley” (1), a medida que las disparidades de tratamiento entre ciudadanos de un mismo estado han sido reducidas a los mínimos términos o han sido eliminadas del todo, la institución de la dispensa y las otras afines, como la gracia, el indulto, la amnistía, el perdón, se han ido reduciendo, poco más que a recuerdos históricos, a excepción de cuando encuentran aplicación, en un número muy exiguo de casos, no haciendo más que confirmar la regla que consiste en su atrofia y progresiva eliminación.

De forma muy distinta están las cosas en la ordenación canónica. En ésta la dispensa, no menos que las otras instituciones a ella más o menos afines, no sólo no representa, como decíamos antes, un despojo histórico, sino que, además de ser una institución importantísima desde el punto de vista doctrinal, por testificar vivamente la esencia de la Iglesia y de su derecho, es además una institución que encuentra frecuente ratificación en la realidad, no pudiendo ciertamente calificarse *casus rariores* aquellos en que aquélla encuentra aplicación concreta. Verdad es que “las dispensas, si quieren corresponder a la razón del propio ser, deben permanecer en los límites de las disposiciones de excepción; mientras que la fórmula jurídica, siempre penetrable, incluso por un ligero toque, por las razones de la equidad y de la conveniencia, debe ser general, debe ser la acostumbrada

(*) El presente artículo ha sido traducido por el Dr. D. Guillermo Alcu, pbro., Defensor del Vínculo en el Tribunal eclesiástico de Barcelona.

(1) F. CAMMEO, *L'equità nel Diritto amministrativo*, pág. 17 del extracto, citado por V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel Diritto canonico*, cit., pág. 231. Cfr. también aquí las exactas observaciones de este canonista.

vestidura con la que las normas de los cánones deberán ser expuestas" (2); pero es también verdad que nuestra institución, cuidando sobre todo de la *iusta causa dispensandi* y del fundamento de la *facultas dispensandi*, satisface exigencias insuprimibles de la *societas ecclesiastica*, exigencias que no encuentran comparación en ninguna otra ordenación jurídica y, por tanto, posee un papel importante en la economía de la ordenación canónica, funcionando, por así decirlo, por su válvula de seguridad, como órgano esencial de su aparato respiratorio, a través del cual penetra el aire oxigenado de la vida social, en sus más distintas manifestaciones, y penetra la fórmula jurídica inclinándola a la realidad espiritual, de la que ella no es más que el revestimiento externo.

Pero, en lugar de abusar de imágenes para formar la idea y la función de la *dispensatio* en el derecho de la Iglesia—imágenes necesariamente imperfectas que sirven para suministrar una representación muy aproximada del concepto que quieren expresar—, convendrá, antes bien examinar e ilustrar algunos elementos que más eficazmente caracterizan nuestra institución en el seno de la ordenación canónica, a fin de encuadrarlo en ella y ver qué representa en ella, cuál sea su funcionamiento, cuál su fundamento, cuáles sus insuperables límites de aplicación.

Ha sido oportunamente observado que en el Derecho canónico, filosóficamente basado sobre el concepto aristotélico de la justicia general y particular, elaborado por la escolástica y absolutamente ordenado, la dispensa continúa siendo una de las instituciones fundamentales (3). En verdad, para comprender bien la importancia y el valor de la dispensa en el derecho de la Iglesia es necesario venir a parar al concepto de *plenitudo potestatis* del Pontífice. La *potestas* o *facultas dispensandi* es una manifestación típica de esta *plenitudo potestatis*, ya que es una prerrogativa soberana, un poder del cual está investido el príncipe absoluto. Esta consideración preliminar es indispensable para comprender cuál sea la naturaleza jurídica de nuestra institución.

Pero el problema de la naturaleza jurídica de la dispensa está tan íntimamente ligado al problema de la naturaleza jurídica de los principios—constituyendo las dispensas el contenido normal, sino propiamente exclusivo de los rescriptos—, que no puede ser adecuadamente afrontado y resuelto sin antes haber determinado suficientemente la naturaleza jurídica de los rescriptos. Esta no ha sido objeto de particulares indagaciones

(2) C. CALISSE, *La codificazione del Diritto canonico*, cit., pág. 351.

(3) V. DEL GIUDICE, ob. cit., pág. 233.

por parte de la doctrina canónica eclesiástica, tanto antigua como moderna, gira casi exclusivamente alrededor de comentarios, respectivamente, de los capítulos de las Decretales, de las Colecciones de cánones y de los cánones del *Codex iuris canonici* que se refieren a la materia de los rescriptos, sin elevarse nunca a una construcción general, preferentemente dogmática, de esta materia. No falta, sin embargo, algún notable trabajo en la literatura eclesiástica para recoger el pensamiento de los canonistas con relación al problema de la naturaleza jurídica de los rescriptos, sobre todo allí donde ellos describen sumariamente los elementos diferenciales entre los rescriptos y las otras instituciones, que con ellos presentan algún punto de contacto.

No ha faltado quien, contraponiendo la ley y la costumbre a los rescriptos, ha notado que, mientras la ley y la costumbre producen derecho objetivo, los rescriptos, como las dispensas y los privilegios que constituyen su contenido normal, débense considerar como fuentes de derecho subjetivo, en el sentido de que mientras la ley y la costumbre se imponen, como norma común, a los miembros de una determinada comunidad, es decir, tienen el carácter de la generalidad, los rescriptos se refieren a determinadas personas y casos particulares y, por tanto, no tienen este carácter (4). Según otra teoría, la diferencia entre la ley y el rescripto, debería verse en el hecho de que, mientras que la ley se refiere al bien público, el rescripto mira directamente al bien privado (5). Hay además quien, teniendo como fin el contenido normal de los rescriptos como verdaderas y propias leyes individuales, observando que el derecho objetivo viene producido por la autoridad eclesiástica no solamente por medio de leyes generales, sino también mediante leyes individuales (6). Algún escritor se ha preguntado si el rescripto tenía fuerza de ley, y, de acuerdo con la doctrina canónica más antigua, ha contestado afirmativamente (7).

Sólo recientemente al problema de la naturaleza jurídica de los rescriptos ha sido dedicado un preparado estudio. En éste se ha querido, ante todo, distinguir netamente lo que concierne a los rescriptos de lo que concierne a la más importante categoría de las manifestaciones de voluntad que pueden constituir su contenido, las dispensas y los privilegios, considerando los rescriptos como actos meramente formales, es decir, como formas de expresión de la voluntad de la autoridad eclesiástica. Conside-

(4) F. S. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum*, t. I, "Normae generales", 1938, pág. 391. CICOGNANI-STOFFA, *Commentarium ad librum primum Codicis iuris canonici* (Romae, 1942), II, pág. 257.

(5) VAN HORE, *De rescriptis* (Mechliniae-Romae, 1936), pág. 83.

(6) M. FALCO, *Introduzione allo studio del Codex iuris canonici* (Turin, 1925), pág. 106.

(7) SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum* (Romae, 1843), t. I, pars I, tit. III, 231.

rando las disposiciones relativas a los requisitos de validez y de eficacia de los rescriptos (c. 32-62 C. J. C.), se ha puesto de relieve que estos requisitos son tales que excluyen que en los rescriptos pueda ser atribuída la calificación de actos legislativos: la validez y la eficacia de los rescriptos, a diferencia de la validez y eficacia de la ley, depende del estado jurídico de aquellos a quienes se refiere, en cuanto al rescripto es nulo si ha sido pedido por persona que no tenga la capacidad para cumplir la demanda (c. 36, § 2; 2.265, § 2; 2.275, n. 3; 2.283 C. J. C.), y es ineficaz si es requerido por persona que no tenga la capacidad de conseguir la concesión acordada por el rescripto (c. 46 C. J. C.). Se ha observado además que, mientras para la validez del motivo final que el legislador ha tenido presente al sancionarla, en la doctrina de los rescriptos la teoría de la causa tiene importancia fundamental, en cuanto a los cánones 42 y 45 del Codex establecen la invalidez de los rescriptos, tanto *ad instantiam* como *motu proprio*, cuando la causa es falsa y la invalidez de los rescriptos *ad instantiam*, en caso de carencia de causa. Es más, mientras la ley no puede ser considerada inválida, es decir, no obligatoria, por imperfecciones que se refieran a la voluntad del legislador, los rescriptos son inválidos donde contengan un error acerca del nombre de la autoridad que los ha decretado o de sus destinatarios, acerca del lugar de su morada o acerca del objeto que forma su contenido (c. 47 C. J. C.). Se ha excluído además la posibilidad de calificar los rescriptos como leyes en sentido sustancial; y se ha superado la objeción representada por la categoría, unánimemente admitida, de los rescriptos *contra legem osservando* que la contradicción, en el caso de rescriptos *contra legem*, entre el rescripto y las normas legislativas preexistentes, es solamente parcial, y, hasta cierto punto, solamente aparente, ya que el rescripto *contra legem* no es verdaderamente *contra legem*, en el sentido de que se opone a la ordenación jurídica general, sino que es *contra legem* en el sentido de que se opone a una norma jurídica particular, en fuerza y en aplicación de una norma más amplia ya preestablecida por la ley y, por tanto, no modificando la ordenación jurídica preexistente, carece del requisito del cambio, esencial para la ley, y no puede calificarse, por tanto, de acto legislativo en sentido sustancial. Finalmente, se ha excluído que los rescriptos puedan ser considerados como actos jurisdiccionales en sentido estricto, observando que cuando los rescriptos se refieren a procedimientos judiciales—*rescripta iustitiae* o *ad lites*—ocurre esto no ya en el sentido de que la autoridad competente regule en el caso concreto el derecho objetivo, sino solamente en el sentido de que tales actos se refieren a la administración de la justicia, y agregando que cuando

en ellos hubieran derogaciones en el derecho de proceso común, estas derogaciones, siendo admitidas por la ordenación canónica, deben ser consideradas *sub lege*, y no *contra legem*. Se llega así a la conclusión de que los rescriptos deben calificarse de actos administrativos conforme a dos de sus caracteres, lo positivo del mandamiento y su revocabilidad, que son esenciales del acto administrativo (8).

Contra semejante calificación, absolutamente nueva en la doctrina canónica, se ha objetado que el rescripto de la época clásica y novísima ha representado uno de los típicos medios de desarrollo del derecho sustantivo, en cuanto los Pontífices, mediante los rescriptos, en ocasión de soluciones de casos concretos, han construído admirablemente gran parte de la legislación canónica de la época clásica del derecho de la Iglesia (9). Si no que semejante objeción no parece suficiente y adecuada a demostrar, sin otros argumentos, la naturaleza legislativa de los rescriptos y a refutar la tesis de la naturaleza administrativa de estos actos, ya que el haber tenido los rescriptos pontificios, incluidos en las colecciones que constituyen el Corpus Juris Canonici, valor de normas de carácter general y el haber sido como tales aplicados, no depende—según la justa observación de un decretalista—“*ex primaeva ipsorum origine*”, sino que depende más bien del hecho de que “*postmodum publica auctoritate in Corpus iuris communis relata et veluti leges communes solemniter edita fuerunt*”. Y es claro que un elemento de carácter tan extrínseco y meramente formal, como es la inclusión en un sistema único de leyes de carácter universal, no puede valer como criterio decisivo para establecer la naturaleza jurídica de determinados actos, que contribuyen junto con otros actos de distinta naturaleza a constituir aquel sistema legislativo. No elementos sacados de las fuentes del conocimiento del Derecho canónico, sino de elementos deducidos de las fuentes de producción de este derecho, se pueden derivar valiosos argumentos para determinar la naturaleza jurídica de los rescriptos.

Mayor valor se debe atribuir, en cambio, a otras objeciones lanzadas contra la tesis de la naturaleza administrativa de los rescriptos: mediante los rescriptos son concedidos aun actualmente unos privilegios en derogación al derecho común, y el privilegio da existencia a un derecho objetivo nuevo, mediante un acto de imperio dirigido a la creación de una ley para un caso determinado; en el privilegio solamente es previsto un poder de constituir derechos contrarios al derecho común, y este poder, fundado en

(8) O. GIACHI, *Natura giuridica dei rescritti in Diritto canonico*, en “Studi Senesi”, 1937, LI (XXVI, serie II), n. 3.

(9) P. A. D'AVACK, *Rescripto*, en “Nuovo Digesto Italiano”. Cfr. también C. MAGNI, *Corso di Diritto ecclesiastico* (Milán, 1941), I, pág. 195.

la equidad y en la oportunidad, aparece sustancialmente como un poder de asentar normas, un poder legislativo, en suma; por cuanto respecta a lo positivo del mandato y a la importancia del error del que lo ha escrito a los efectos de la validez de los rescriptos—argumentos aducidos, como se ha visto, para demostrar la naturaleza administrativa de estos actos—precisa no olvidar que los rescriptos son válidos en una ordenación jurídica, como la de la Iglesia, en la que es letra muerta el principio de la división de los poderes—legislativo, judicial y ejecutivo—y, por tanto, es posible en él la creación de actos, por así decir, anfibios, ya que participan en forma promiscua de ley, de sentencia y de acto administrativo; por otra parte, siendo el privilegio concedido conforme a consideraciones de determinados méritos, de determinadas circunstancias afirmadas en concreto, y admitida además la existencia de la ley del caso respectivo—tal es, en definitiva, el privilegio—, es lo positivo de la disposición misma que lleva consigo, como consecuencia, la imposibilidad de separar de la voluntad del legislador la consideración del caso respectivo; es verdad que existen rescriptos que contienen actos administrativos solamente; sin embargo, para establecer este contenido no es preciso descender al examen de su objeto; la verdad es que hoy la función del rescripto como fuente de derecho objetivo ha decaído con respecto al período clásico del Derecho canónico, en el que a través de los rescriptos se tuvo verdaderamente una legislación de equidad, que formó poco a poco un complejo de principios importantísimos que informan todo el sistema del derecho de la Iglesia (10).

A nuestro entender, no es en fuerza de estas observaciones, exactas pero demasiado genéricas, que se pueden superar los argumentos aducidos en favor de la naturaleza administrativa de los rescriptos. Con estas observaciones no se hace otra cosa que sustituir un criterio sustancial en el criterio meramente formal para la determinación de la naturaleza jurídica de los rescriptos, pero no se da razón del por qué de esta sustitución. A nosotros nos parece, por el contrario, que la crítica de la tesis que califica los rescriptos de actos administrativos pueda ser válidamente conducida sobre la base de los mismos elementos formales tomados en consideración para sostenerla. Estos elementos son: el requisito de capacidad del solicitante, el requisito de la causa, la importancia jurídica del error como vicio de la voluntad del solicitante, las causas de ineficacia del rescripto, lo positivo del mandato y su irrevocabilidad. Pero antes de proceder a esta crítica consideramos oportuno observar que la calificación de los rescriptos

(10) C. MAGNI, *ob. cit.*

de actos administrativos es fruto de la inmisión en la ordenación canónica de conceptos y categorías elaborados en la dogmática jurídica moderna, inmisión sobre la cual nosotros hemos expresado repetidas veces nuestras más amplias reservas, para tenerlas que expresar aquí de nuevo. Nos limitamos solamente a decir, en líneas generales, que también para sostener aquella calificación se han perdido de vista las características peculiares de la ordenación canónica—que también en la presente materia son manifiestas con visibles signos—y así se ha hecho una construcción muy ingeniosa, pero que no responde a los principios en los cuales el derecho constitucional de la Iglesia se inspira. Si se tiene presente estos principios, no tiene sentido hacer netas distinciones, como se ha creído necesario, entre rescriptos y dispensas, ya que los principios canónicos conforme a los cuales se puede y se debe determinar la naturaleza jurídica de los rescriptos son idénticos a los que constituyen el presupuesto para la determinación de la naturaleza jurídica de la institución de la dispensa. De donde se deduce que de ahora en adelante nuestro razonamiento puede lógicamente pasarse del tema de los rescriptos al de la dispensa, o promiscuamente mejor considerar el uno y el otro.

Ante todo es necesario tener presente que la concesión de las dispensas puede ser hecha solamente por la autoridad provista del poder legislativo, es decir, prácticamente, por el Pontífice con respecto al derecho universal o al derecho territorial emanado de sus disposiciones o de las del Concilio ecuménico (c. 80), y que solamente en fuerza de una especial norma de ley o de una delegación pontificia la concesión puede ser hecha por una autoridad inferior (11). Por tanto, la fuente exclusiva de las dispensas es la autoridad suprema de la Iglesia, cuya *potestas dispensandi* no tiene otros límites que no sean los que se derivan del derecho divino, natural o positivo.

Ahora bien, en consideración de esto, todas las condiciones objetivas impuestas por la ley para la validez de la dispensa son apreciadas por los canonistas en función de un elemento subjetivo: la voluntad del dispensante. Y esto se explica y se justifica considerando que, no estando la autoridad pontificia ligada por ninguna de las condiciones requeridas para la validez de la dispensa que concede, no sobre la carencia de estas condiciones se podía fundar la invalidez de la dispensa, sino solamente sobre la carencia o sobre el vicio de voluntad del órgano supremo que la concede.

(11) Cfr. M. FAICO, *Introduzione allo studio del Codex iuris canonici*, cit. pág. 106. Para los rescriptos, cfr., para todos, lo que escribe REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum* (Romae, 1931), lib. I, tit. III, § I, nn. 2-4.

No se puede negar, por otra parte, que la unificación en la determinación de la voluntad de elementos meramente objetivos esté muy lejos de los esquemas o de los principios propios de las ordenaciones jurídicas seculares y pueda al fin aparecer como un absurdo jurídico a una mentalidad laica civilmente educada. Pero se debe también reconocer que es la peculiaridad—evidentísima incluso en el presente tema—de la ordenación canónica que suscita un planteamiento meramente subjetivo del problema de la invalidez de la dispensa concedida por el Pontífice. Verdaderamente, quien desee explicarse como puede ser que ocurra que, faltando la causa o la capacidad de la persona que pide la dispensa o cualquier otra condición objetiva, la dispensa deba considerarse inválida no ya por falta de causa o por defecto de capacidad en el solicitante o de cualquier otra condición objetiva, sino sólo por falta de voluntad en su autor, no debe estudiarse la institución de la dispensa valiéndose de las categorías y de los conceptos que encuentran aplicación en la teoría de los actos administrativos o legislativos en el derecho del Estado, sino que debe estudiarse la teoría de la dispensa renunciando a los principios de la lógica jurídica común para seguir la peculiar del derecho de la Iglesia.

Ahora bien, según esta lógica, el problema de la invalidez de la dispensa por falta de causa o por incapacidad del solicitante o por defecto de cualquier otra condición objetiva, no es más que un problema de interpretación de la voluntad pontificia, es decir, una pura y simple *quaestio voluntatis* (12).

En los casos en que la dispensa no se refiere a una materia en la que entra a formar parte el derecho divino, o a una materia de derecho eclesiástico positivo en el que las disposiciones de este derecho encuentren directo y próximo fundamento sobre preceptos de derecho divino, natural o positivo, en estos casos no es necesario, en cuanto a la cuestión de la validez de la dispensa, el límite de la necesidad de la *iusta causa*. Y esto porque en las materias de puro derecho eclesiástico positivo "sufficit sola voluntas pro causa". Sólo en el caso de que la voluntad pontificia resulte viciada por error, la dispensa debe considerarse afectada por nulidad insanable. La suprema potestad eclesiástica no sufre el límite de la necesidad de la causa, pero no puede dejar de sufrir el límite de la necesidad del consentimiento, porque el consentimiento es un elemento de derecho natural, y en el derecho natural encuentra su único límite insuperable la potestad pontificia.

(12) Cfr. mi artículo *La volontà e la causa nei rescritti pontifici*, en "Studi di storia e Diritto in onore di Carlo Callisse" (Milán).

Por tanto, la dispensa pontificia, concedida conforme a un motivo que no corresponde a la realidad de las cosas, debe considerarse nula sólo en el caso de que la tal falta de correspondencia permanezca ignorada por el Pontífice, y no en el caso de que éste la hubiese conocido. De lo que se infiere que la incapacidad del solicitante no constituye una causa por sí misma de invalidez de la dispensa pontificia; sólo es motivo de nulidad cuando está unida con el error por parte de la autoridad que concede la dispensa; y esto quiere decir que debe considerarse causa de la nulidad de la dispensa al error del que dispensa, pero no la incapacidad del solicitante. Ocurre que si el Pontífice conocía la incapacidad del solicitante y ha hecho mención de ella en el acto en que ha concedido la dispensa, ésta debe considerarse válida, no obstante la incapacidad de la persona a quien ha sido concedida. Por tanto, para que se dé la nulidad de la dispensa pontificia no basta demostrar la incapacidad del solicitante, sino que es necesario, además, probar que éste calló en su instancia su estado de incapacidad o que este estado permaneció ignorado por el que dispensa.

El mismo razonamiento debe repetirse por lo que respecta a las otras condiciones objetivas impuestas por la ley para la validez de la dispensa. La *scientia*, por parte del Pontífice, de la carencia de una de estas condiciones o de todas, sana la nulidad de la dispensa que de ella se deriva. Ya que cuando el Pontífice obra *ex certa scientia* es como si obrase *de plenitudine potestatis*: “cláusula ‘ex certa scientia’ habet vim clausulae ‘de plenitudine potestatis’” (13). Por otra parte, es también verdad que el Pontífice no debe hacer uso de la plenitud de su poder sin causa (14); pero es, asimismo, verdad que este principio “fallit quando actus aliter valere non potest” (15).

Cuando el Pontífice, concediendo una dispensa *ex certa scientia*, es decir, conociendo todos los eventuales vicios de derecho o de hecho que vician la dispensa, demuestra su intención de valerse no ya de su *potestas ordinaria*, sino de la *plenitud* de su *potestas*, de su *potencia absoluta*. él concede la dispensa *contra ius comune*; de donde se infiere que son sanados aquellos vicios que por el derecho común producirían la nulidad de la dispensa.

La conclusión de las observaciones hechas hasta aquí es ésta: todo depende de la consideración de la voluntad pontificia; la validez de la dispensa pontificia no depende, en definitiva, ni de la causa, ni de la capacidad del solicitante, ni de la forma, ni de cualquier otra condición objetiva o

(13) Cfr. DECIUS, *In Decretalium volumen Comentariorum* (Venecia, 1593), *Comm. al C. ad haec sumus, De rescriptis*, fol. 62 recto, n. 14.

(14) DECIUS, ob. cit., loc. cit., fol. 62 recto, n. 16.

(15) DECIUS, ob. cit., *Comm. al c. Si quando, De rescriptis*, fol. 7, cers. 22.

subjetiva, sino que únicamente depende de la seguridad de la existencia de la voluntad en el órgano supremo que la ha concedido, es decir, del hecho de que este órgano se ha valido, en la concesión de la dispensa, de aquel poder absoluto e ilimitado—salvo el límite que se deriva del derecho divino—que reúne en sí los poderes que, en virtud del principio de división de dichos poderes, en los Estados modernos son entre sí distintos.

Esta conclusión es importante, es más, decisiva para resolver el problema de la naturaleza jurídica de los rescriptos. Mientras tanto ella sirve para eliminar algunos de los argumentos sobre los cuales se querría fundar la tesis de la naturaleza administrativa de los rescriptos. Verdaderamente, si todo el problema de la invalidez de los rescriptos va a parar únicamente a la voluntad del Pontífice, si, sentado el principio que en los actos pontificios “*sufficit sola voluntas pro causa*”, el elemento subjetivo sustituye al elemento objetivo, sustituyéndole a él, y todo el problema de la validez de los rescriptos se reduce a una cuestión de interpretación de la voluntad pontificia, es evidente que no se puede argumentar por la necesidad de la causa, de la capacidad del solicitante y de otras condiciones objetivas, para determinar la naturaleza jurídica de los rescriptos. A este fin, es en cambio necesario venir a parar a la *certa scientia*, es decir, a la *plenitudo potestatis*, sobre la cual, en última instancia encuentra su fundamento la validez de los rescriptos pontificios.

Por otra parte, no puede considerarse que tengan mayor consistencia los otros argumentos aducidos para demostrar la naturaleza administrativa de los rescriptos.

En vano se ha procurado superar el obstáculo que en la tesis aquí rebatida se deriva de la categoría de los rescriptos *contra legem*. La observación de que el rescripto *contra legem* no se opone a la ordenación jurídica general, sino solamente a una norma jurídica particular, es por el contrario decisiva para negar que el rescripto *contra legem* integre una verdadera y propia ley en sentido sustancial, en cuanto modifica el derecho preexistente, creando derechos, capacidades, poderes, obligaciones nuevas para aquéllos a quienes va dirigido, no repitiendo mandatos o prohibiciones preexistentes, sino creando nuevas situaciones jurídicas, nuevo derecho objetivo y, por tanto, revista aquel carácter de novedad, que está de común acuerdo, considerado como esencial en el concepto de ley. La observación con la que se pretendería demostrar que en esto no debe verse un argumento contrario a la naturaleza administrativa de los rescriptos, tiene el defecto de probar demasiado, en el sentido de que podría hacerse valer también en las comparaciones de una disposición de ley revocadora de otra precedente, no pu-

diéndose dudar de que la norma nueva no se opone a la ordenación jurídica general sino solamente a la norma jurídica particular, que ha derogado, y a ella se opone en fuerza y en aplicación de una regla general más amplia; es decir, la que respecta a los modos de cesación de la ley. Por tanto, si el argumento aducido fuese válido, debería llegar al absurdo de considerar que también una disposición que revoca una norma particular no tiene naturaleza legislativa porque no se opone a la ordenación jurídico general.

En cuanto al carácter de positivismo, que se querría invocar para sostener la naturaleza administrativa de los rescriptos, bastará observar que si bien es verdad que él debe considerarse entre los dos caracteres esenciales del acto administrativo, no es menos verdad que no es esencial para el concepto de ley el carácter de la abstracción y de la generalidad; tanto es verdad que la común doctrina canónica distingue las leyes eclesiásticas generales de las leyes eclesiásticas individuales o particulares, entre las cuales se enumeran los privilegios y las dispensas, esto es, aquellas disposiciones que constituyen el contenido normal de los rescriptos. Ahora bien, el hecho de que la ley pueda también revestir el carácter de positivismo, cuando respecta a una sola persona o una sola cosa, está en demostrar que este carácter, que indudablemente es propio del rescripto, no constituye un argumento para afirmar su naturaleza administrativa.

Por lo que respecta a la condición de revocabilidad, del cual también se pretendería argumentar la naturaleza administrativa de los rescriptos, no se llega a comprender como dicha condición, que ciertamente está entre los caracteres esenciales del acto administrativo, pueda ser considerado peculiar de los rescriptos, cuando se piensa que el modo típico de cesar *ab extrinseco* de la ley consiste precisamente en su revocación por parte del legislador del cual ha emanado, de su sucesor o de su superior. Por otra parte, con relación a los modos de cesar los rescriptos, no está privada de significado, para negar su naturaleza administrativa, la disposición del can. 60, § 2.

Así demostrados privados de fundamento todos los argumentos presentados para sostener la tesis de la naturaleza administrativa de los rescriptos, pasamos a la determinación positiva de la naturaleza jurídica de los rescriptos pontificios.

Ha sido afirmado que desde un punto de vista sustancial todo acto de imperio verificado en una dada ordenación jurídica es al mismo tiempo legislativo, administrativo y jurisdiccional (16). Y justamente ha sido observado que esta afirmación responde, aun mejor que al estado actual de las

(16) ESPOSITO, *La validità delle leggi* (Padua, 1934), págs. 134-136.

ordenaciones jurídicas seculares, a los caracteres generales de la ordenación canónica, en la cual la inexistencia del principio de la división de los poderes desde el punto de vista subjetivo subraya mejor la posibilidad de esta fusión sustancial, en todo acto de la autoridad, de elementos pertenecientes a las funciones esenciales de la soberanía (17).

Ahora bien, por cuanto respecta a los rescriptos pontificios, la fusión de la naturaleza legislativa, administrativa y jurisdiccional es una realidad innegable no solamente desde el punto de vista sustancial, sino además y, sobre todo, desde el formal, es decir, cuidando del criterio decisivo, meramente extrínseco, que se debe adoptar para resolver el problema de la naturaleza jurídica de los rescriptos pontificios: el criterio deducido de la naturaleza del poder del cual emanan.

La suprema autoridad que, a través de los órganos competentes de la Curia romana, emana los rescriptos no se vale ni del poder legislativo, ni del poder administrativo, ni del poder judicial, sino que se vale de aquella *plenitudo potestatis*, es decir, de aquel poder absoluto e ilimitado en el que estos tres poderes se suman sin posibilidad de distinción. Si hay un tema en el cual el principio de la división de los poderes, que constituye el fundamento de las modernas ordenaciones jurídicas laicas, recibe en la ordenación canónica una neta y manifiesta desmentida, éste es propiamente el tema de los rescriptos pontificios.

La historia de estos actos, su importancia en las varias colecciones de decretales, su disciplina en el Codex, su función, su contenido, que puede ser el más variado—de una sentencia a un privilegio, de una dispensa a un precepto—y su consiguiente variada denominación—rescripto de justicia y rescripto de gracia—, son todos elementos que bastan para testimoniar que los rescriptos pontificios tienen una naturaleza tal que hace imposible su clasificación en una de estas tres categorías: actos legislativos, administrativos y judiciales.

No sin razón, por tanto, considerada esta imposibilidad, la doctrina canónica, tanto antigua como moderna, se ha abstenido prudentemente de hacer comentarios sobre la naturaleza jurídica de los rescriptos. La reprobación, que con frecuencia se mueve en la moderna doctrina canónica, de no haber sabido colmar el vacío dejado por la antigua, por cuanto respecta al arreglo de algunas instituciones en la teoría general del derecho, si tantas veces está justificado por las exigencias científicas de nuestros días, esta vez sería del todo inmerecido. Cuando nos encontramos frente a una ins-

(17) O. GIACCHI, loc. cit.

titución, como la de los rescriptos, que, a causa de la confusión de los elementos heterogéneos que integran su fisonomía, típicamente canónica, presenta una configuración que por múltiples y manifiestos signos difiere sustancialmente de los que son los esquemas propios de la dogmática jurídica moderna, entonces no se consiente interpretar los cánones del Codex según las exigencias de estos esquemas, porque se corre fatalmente el riesgo de llegar a conclusiones que, aun cuando son lógicamente impecables, traicionan la esencia de la institución a la cual se refieren.

Y en verdad, no se puede sostener la naturaleza administrativa de los rescriptos sin afirmar al mismo tiempo el carácter administrativo del poder del cual se vale la autoridad que los emana. Ahora bien, esta afirmación encuentra una manifiesta desmentida al valerse el Pontífice, al conceder los rescriptos *ex certa scientia*, de la *plenitudo potestatis* que comprende el poder administrativo junto con el legislativo y judicial. Pretender desintegrar el primer poder de los otros dos, para sostener la naturaleza administrativa de los rescriptos, significa renunciar a comprender la razón por la que la validez de los rescriptos pontificios depende, como hemos observado ya, no de la existencia de los elementos necesarios para la validez de un acto administrativo, esto es, de la causa, de la capacidad del solicitante, de la forma y de otras condiciones objetivas, sino únicamente de la existencia de la voluntad pontificia. En definitiva, es el fundamento de la validez de los rescriptos pontificios que, haciendo considerar como jurídicamente no importantes todos los elementos objetivos requeridos para la validez de un acto administrativo, demuestra como no es posible venir a parar a esta categoría para determinar la naturaleza jurídica de los rescriptos y como es necesario buscarla yendo a parar a una categoría mucho más amplia que comprende en sí el triple poder que constituye el atributo de la soberanía.

Esta calificación de la dispensa contribuye no sólo a comprender su naturaleza jurídica, sino que contribuye además a explicar qué significado y qué función tiene nuestra institución en la economía de la ordenación canónica. Lo cual nos interesa especialmente a nosotros.

Hemos dicho que la dispensa entra en la categoría de las disposiciones dadas por el Pontífice en la plenitud de su poder y que, por tanto, constituye una de las más típicas manifestaciones de la actividad de gobierno del Pontífice. Ahora bien, ¿qué es esta actividad de gobierno que se explica en la concesión de una dispensa sino uno de los modos en que se manifiesta y se ejerce la actividad política del Pontífice? De donde se infiere que la institución de la dispensa, expresión entre las más típicas del *ius eminens* de la *plenitudo potestatis* del Pontífice, representa una institución de política

legislativa por excelencia, esto es, una institución que encuentra aplicación no ya para la realización de fines particulares y concretos que agotan informes jurídicos determinados, sino solamente para el interés de un caso considerado en su relación con el interés general, en cuanto en la concesión de una dispensa se tienen presentes las mismas finalidades que la Iglesia persigue (18).

Verdaderamente, el fundamento de la *potestas dispensandi* reside en la *utilitas Ecclesiae*, en la *salus animarum*; la *potestas dispensandi* es concedida por Dios al Pontífice “in aedificationem et non in destructionem”, y por tanto el Pontífice antes de valerse de ellas “prae oculis habere oportet utilitatem Ecclesiae, oviumque concreditam salutem, ne si secus accidat, non tam dispensatio, quam dissipatio dici mereatur” (19). La causa final de la dispensa consiste en la *charitas*, en el mismo fin de la Iglesia y de su ordenación jurídica (20). Y este fin no es otro que la *salus Ecclesiae*, que necesariamente coincide con la *salus animarum*, puesto que en el derecho canónico—aunque piensen lo contrario aquéllos que también referente a este derecho afirman la existencia de la distinción entre derecho público y derecho privado—no existe un concepto de *utilitas privata* distinto del de *utilitas publica*, esto es, un concepto de interés propio de los hombres *uti singuli* y un concepto de interés propio de los hombres *uti universi*, a menos que— como más de un escritor demuestra tener en cuenta, cayendo en un peligroso y deplorable equívoco, que no sé si considerar puramente formal o terminológico o además sustancial—no se quieran incluir los intereses que se refieren al foro de la conciencia bajo la categoría de los intereses meramente privados, como si un interés perteneciente al foro interno, como es en primer lugar el fundamental e insustituible de la salvación del alma, pu-

(18) También DEL GRUDICE se inclina a incluir entre los actos de gobierno la dispensa, considerando que la distinción de actos y hechos administrativos en sentido estricto y de actos de gobierno no es requerida en el Derecho canónico, como no es necesaria en todas aquellas ordenaciones donde a una distinción material de las actividades de la *societas perfecta* no corresponde una división subjetiva, más o menos rigurosa; es decir, en las ordenaciones que se califican como absolutas (ob. cit., pág. 271). Ahora bien, a mí me parece que, precisamente porque todo esto es verdad, no es posible incluir la dispensa ni entre los actos legislativos, ni entre los actos administrativos, ni entre los actos jurisdiccionales en sentido estricto, sino que se debe ir a parar, para entender la verdadera naturaleza jurídica de nuestra institución, a aquella unidad de poderes que reside en el Pontífice.

(19) REIFFENSTUEL, ob. cit., lib. I, tit. II, § XVIII, pág. 133, n. 158.

(20) PETRUS VENERABILIS escribe: “Sibi adversari non est dicenda charitas, sed per quascumque et quodcumque ed quodcumque iusserit, est absque retractatione sequenda. Nam et si diversa mandata per diversos nuntios diversis temporibus ab illis data sunt, adversa tamen non sunt; quaedam quidem videtur diversitas, sed quia divinae voluntati, et humanae salutis universa, famulantur, nulla in his potest esse adversitas, quae cuncta ad hoc unum dispensat ignorans falli charitas” (cfr. “Patrologia latina”, t. 189, col. 154). Cfr. también STIGLER, *Dispensation, Dispensationswesen und Dispensationsrecht im Kirchenrecht* (Mainz, 1901), pág. 110; J. BRYA, *De dispensatione in iure canonico* (Brugis, 1925), pág. 56.

diese considerarse como individual y privado y no común a todo el género humano, es decir, eminentemente público (21).

Ahora bien, si en cuanto al fundamento de la *potestas dispensandi* y a la causa final de la dispensa son puestos en consideración, es más, están en primer plano, aquellos elementos que van a parar a los temas centrales de la *salus animarum*, de la *salus* o de la *utilitas Ecclesiae*, de la *charitas*, en una palabra, al mismo fin de la ordenación canónica—temas y fin que solicitan y justifican la calificación de la dispensa como acto de gobierno y como institución de política legislativa, que antes hemos afirmado—, se comprende fácilmente cual deba ser el objeto de la dispensa y cual el límite insuperable de la *potestas dispensandi*.

La primera distinción de las leyes eclesiásticas—primera en orden de importancia y quizá también en orden de tiempo—es la que se refiere a la *salus animarum*. En consideración a la cual se distinguen las “*praeceptiones immobiles*”, esto es, las disposiciones “*quas lex aeterna sanxit, quae observatae salutem conferunt, non observatae eamdem auferunt*”, de las “*praeceptiones mobiles*”, esto es, de las disposiciones “*quas lex aeterna non sanxit, sed posteriorum diligenti ratione utilitatis invenit non ad salutem principaliter obtinendam, sed ad eam tutius muniendam*”; las primeras no admiten dispensa: “*in his enim in quibus observatis salus acquiritur, vel in quibus neglectis mors (spiritualis) indubitata consequitur, nulla est admittenda dispensatio, sed ita sunt omnia mandata vel interdicta servanda sicut lege aeterna sancita*”; las segundas, en cambio, admiten dispensa: “*in his enim, quae propter rigorem disciplinae, vel muniendam salutem, posteriorum sanxit diligentia, si honesta vel utilis sequatur dispensatio posset accedere auctoritate praesidentium diligenter deliberata dispensatio*” (22). Más brevemente, tomando como base la consideración del pecado que directamente se opone a la salvación del alma, se ha dicho que el Pon-

(21) Véase mi “Discurso generale sull'ordinamento canonico” (Padua, 1941), cap. III.

(22) IVO CARNUTENSIS, *Prologus ad Decretum*, en “Patrologia latina”, tom. 161, col. 50, 51. Y MAGISTER RUFINUS escribe: “... indispensabilia sunt illa, quarum mandata vel interdicta ex lege moralium, vel evangelica vel apostolica institutione principaliter pendet”. Y después de varios ejemplos, agrega: “Talia neque temporum, neque rerum necessitate ullo casu valent sine peccato violari, nisi forte invincibilis ignorantia excusaret. Et quare hoc? Quia omnia haec sunt partes iuris naturalis, adversus quod ulla dispensati admittitur.” Así, la dispensa es admitida en los votos voluntarios, no en los votos necesarios, porque los primeros “*fiunt de illo quod, ante emissionem voti, potest fieri vel non fieri sine peccato*”; mientras los segundos son los que “*emittuntur in baptismo puta: tenere fidem servare Decalogum, et etiam alia sine quibus salus non est*” (cfr. HOSTIENSIS, *Summa aurea* (Venecia), Comm. al C. 1 “De peregrinationis”, X; “De voto”, III, 34).

(*Die Summa decretorum*, ed. Singer (Paderborn, 1902), pág. 234, en el c. 6 “*Necessaria rerum*”, Ca. I, qu. 7.)

tífica puede siempre dispensar las leyes “*dummodo per suam dispensationem non nutriatur peccatum mortale evidenter*” (23).

Con esta distinción sustancialmente coincide el pensamiento manifestado por aquellos canonistas que observan que el Papa puede dispensar en cada materia, “*nisi in iis quae pertinent ad fidem et salutem*” (24), “*praeterquam in articulis fidei*” (25), y en general, salvo “*in his quae sua natura sunt mala*” (26).

La institución de la dispensa como tiene su fundamento en el derecho divino, encuentra asimismo en él su límite. Así los elementos metajurídicos del *peccatum* y de la *salus animarum*, elementos de carácter político, por así decir, figuran entre los factores que concurren, positiva y negativamente, a integrar aquella institución política antes aun que jurídica que es la dispensa.

Pero la manera de desarrollarse de esta institución en la ordenación canónica resulta evidente y característica sólo donde se refiera a las varias especies de dispensas consideradas por los canonistas y a los criterios adoptados por ellos para distinguir una de otra especie.

Pueden haber varias especies de dispensas: dispensas permitidas, prohibidas y debidas. Y se va a parar a varios elementos para decidir si se recurre a una o a otra especie: la *necessitas*, la *utilitas*, la *enormitas personae*, la *enormitas rei*. Verdaderamente: “*dispensatio, si enormitas excedit necessitatem, prohibetur; si vero necessitas enormitatem, debetur; et si utilitas enormitatem, permittitur*” (27). Pero entre estos criterios juega un papel dominante el motivo del pecado y de la salvación del alma junto con el de la *utilitas Ecclesiae*. Así, entre los ejemplos de *enormitas* se encuentra junto a la “*perniciēs exempli*”, al “*scandulum Ecclesiae*” y al “*rigor canonicae disciplinae*”, la “*peccati continuatio*”. La *enormitas*, encuentra pues, a su vez, el límite en la urgente necesidad o utilidad de la Iglesia (28).

(23) Esta limitación se afirma haber sido puesta por Ostlense (véase JOANNIS ANDREAE, *In tertium Decretalium libri Novella Commentaria* (Venecia, 1581), Comm. al c. 4 “*Projusit nobis, De concessione praebendae*”, III, 8, fol. 50, n. 15). Naturalmente, la limitación vale sólo para el pecado que “*ex lege canonica vel humana*”, porque ésta “*ipse constituens destruere potest*” (JOANNIS ANDREAE, ob. cit., loc. cit.; ABBATIS PANORMITANI, Comm. super Decretal, libro “*De concess. praebend.*”, III, 8, n. 20).

(24) HUTUCCIO, *Summa in Decretum*, Cod. lat. paris., fol. 42.

(25) VINCENZO DI SPAGNA, en GIOVANNI D'ANDREA, ob. cit., loc. cit., y PANORMITANO, ob. cit., loc. cit.

(26) BERNARDUS PARMENSIS, *Glossa ordinaria* al c. 13; *Literas tuas*, X; *De restitutione spoliatorum*, II, 13, gl. *Non potest*; véase también gl. *Dispensare*, en el c. 4, X, III, 8; c. 26, X, II, 24, c. I, Decr., dist. XL.

(27) SICARDUS CREMONENSIS, *Summa in Decretum*, Cod. lat. Bamberg., fol. 149; véase también RUFINUS, ob. cit., loc. cit.

(28) SICARDUS CREMONENSIS, ob. cit., loc. cit.

En los casos en que la dispensa es debida, esto es, necesaria, peca el Superior que renuncie a concederla (29). Pero al deber del Superior no se hace corresponder un derecho del súbdito de exigir la dispensa (30).

Se distinguen, luego las dispensas *in faciendis* de las dispensas *in factis*, según vengán concedidas *ante* o *post factum* (31): "in factis scilicet, ut quae facta sunt tolerentur, quandoque in faciendis, ut quae facta non sunt, fieri permittantur" (32). Las dispensas *in factis* son más comunes que las *in faciendis* (33).

En fin, omitiendo otras distinciones de menor importancia, es necesario distinguir la dispensa *iuris* de la dispensa *iudicis*: la primera es la que "generaliter a iure indulgetur", y esta "iure suo a quolibet peti potest"; y la segunda es la que "arbitrio iudicis relinquitur indulgenda" y esta "a nullo, iure suo peti potest" (34).

Hemos considerado oportuno pararnos en estas distinciones, porque éstas, quizá mejor que otras consideraciones, dan testimonio del interés que la doctrina canónica ha demostrado para la institución y la teoría de la *dispensatio*; interés, por otra parte, justificado, no ya por particulares tendencias dogmáticas de los canonistas o por una destacada actitud a teorizar, sino únicamente por la frecuente aplicación que en la práctica tenía la dispensa. Bien comprendieron los canonistas que mientras el uso de esta institución podía ser de gran utilidad para la Iglesia, su abuso podía acarrearle gravísimo perjuicio. De aquí su meticoloso cuidado al circunscribir dentro de confines bien determinados la aplicabilidad de la institución (en ra-

(29) S. RAIMUNDUS DE PENNAFORT, *Summa de poenitentia et matrimonio*, lib. III, tit. 28; cfr. también GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinata en Decreto*, al c. 18, Ca. I, qu. 7, gl. Causa, que opone la misericordia al rigor: "Cum ergo hic sit rigor et ibi misericordia, potius debet iudex sequi misericordiam quam rigorem..., et sic iam videtur quod dispensatio sit debita, quia praeceptum misericordiae omnibus est commune... et sententia, quae misericordiam vetat, fugienda... quod concedo quod quandoque sit debita et iudex peccaret si non dispensasset." Ya que el Superior es considerado *ex caritate* a dar remedio, en determinados casos, para el bien de las almas. Cuando esto se da, la dispensa se hace obligatoria (cfr. PETRUS VENERABILIS, ob. cit., col. 155).

(30) S. RAIMUNDUS DE PENNAFORT, ob. cit., loc. cit.: "... tamen subditi non possunt petere nisi forte supplicando"; *Glossa Causae*, cit.: "non tamen est proedictum iusser quod petatur dispensatio; sicut ad eleemosynam tenemur pauperi, pauper tamen eam nullo iure petit"; así también HUGUCCIO, ob. cit., fol. 59: "... licet quandoque debeatur dispensatio, peti non potest"; pero DURANTI parece hacer corresponder al deber del Superior el derecho del súbdito, en caso de dispensa necesaria, cuando escribe: "ubi est dispensatio debita, tunc est ius, cum sit executio iustitiae", mientras que si la dispensa es prohibida, "non est ius, sed dispensatio iuris", si la dispensa es permitida, "non est ius sed misericordia" (*Speculum iuris* (Frankfort, 1592), "Rubrica de dispensationibus", 1, n. 5). Según la *Glossa Causae* citada, el súbdito "ad petendam dispensationem potest implorare officium iudicis". Acerca de los casos en que encuentra aplicación el imploratio officii iudicis, vid. infra.

(31) Cfr. J. BRYs, ob. cit., pág. 106.

(32) HUGUCCIO, cit., por BRYs, ob. cit., loc. cit.

(33) *Summa Colontensis*, cit. por BRYs, ob. cit. pág. 107.

(34) SIGARDUS CREMONENSIS y PETRUS BLESENSIS, citados por BRYs, ob. cit., pág. 113.

zonamiento); cuyo cuidado las susodichas distinciones son un elocuente testimonio. Sobre todo la primera distinción con los criterios bien determinados de la *necessitas* y de la *utilitas*, en relación con la *enormitas personae* o con la *enormitas rei*, son criterios no puramente teóricos y abstractos, como podría parecer a primera vista, sino concretos y prácticos, como demuestran los numerosos ejemplos y casos aducidos para ilustrarlos. Ya que también en este argumento, es más, sobre todo en él, la casuística tiene mucha importancia y suscita el más vivo interés, aunque a veces sólo histórico, a consecuencia del cambio radical de los tiempos y de las circunstancias; y demuestra sobre todo la vitalidad de nuestra institución, que lejos de ser una rama seca, como las otras ordenaciones jurídicas, en el derecho de la Iglesia, es una planta vigorosa, por la que circula mucha parte de la linfa que alimenta a este derecho.

El tema de la *iusta causa dispensandi*, sobre el cual tanto han versado los canonistas, no menos que las distinciones antes referidas, es significativo e importante para penetrar en la esencia de la institución de la dispensa, y a través de ella en la esencia del derecho de la Iglesia. A este fin es necesario y suficiente observar que debe tratarse de una causa pública, porque "pro privata utilitate non admittitur dispensatio, cui communis utilitas est praeposenda" (35). Y esto quiere decir que nuestra institución no debe encontrar aplicación para realizar fines particulares sino finalidades de interés general, aunque sean relativas a un solo individuo. Entre estas finalidades ocupa un lugar eminente el motivo de la *salus animarum*, que corresponde al último fin de la ordenación canónica.

Pero es necesario tener también presente que el límite de la necesidad de la *iusta causa*, mientras que en lo que respecta a autoridades inferiores a la pontificia—a la cual la *potestas dispensandi* concierne de forma exclusiva, por cuanto se refiere al derecho común o universal—está acompañado cada caso de sanción, en el sentido de que la dispensa concedida *absque causa* debe considerarse inválida, en lo que respecta a la autoridad pontificia obra solamente en los casos en que la dispensa verse sobre materia en la que aparezca el derecho divino o sobre materia de derecho positivo, pero en que las disposiciones de este derecho encuentren fundamento sobre el derecho divino, natural o positivo, o sobre el bien público, es decir, sobre sus motivos concernientes a la *ratio peccati* o a la *salus animarum* (36). Tratándose, en cambio, de materias de puro derecho ecle-

(35) HUGUCCIO, citado por BRYN, ob. cit., pág. 119.

(36) Cfr., para todos, FELINUS SANDAEUS, *Commentaria in V libr. Decretal, pars prima*, lib. I, tit. II, cap. XXI; *Comm. al C. Ad audientiam*, II, col. 795, n. 4.

siástico positivo, la dispensa concedida *absque causa* es válida, pero ilícita, es decir, no tiene la fuerza de hacer *securus in conscientia* (37).

En el sentido de esta creación del todo eclesiástica, de esta obra maestra de adaptabilidad práctica que es la institución de la dispensa, encontramos una categoría en la que el espíritu del derecho de la Iglesia se revela, con su peculiar e inconfundible fisonomía, de manera verdaderamente singular. Esta categoría es la *dissimulatio*, llamada también *dispensatio tacita*, en contraposición a la expresada (38).

Se suman en esta categoría del todo característica todos los motivos fundamentales que confieren a la ordenación canónica las dotes de adaptabilidad y elasticidad, que integran las inagotables energías de su secular vitalidad. Considerando esta categoría, el canonista que tenga un mínimo de sensibilidad respecto a la materia que forma objeto de sus estudios no puede dejar de advertir en seguida que se encuentra frente a una institución que sólo en una ordenación singular como la canónica puede encontrar lugar y prosperar; pero no puede dejar de advertir, además, que tiene que tratar con una categoría, por así decir, amorfa, que difícilmente se presta a ser clasificada dentro de un determinado esquema.

La extrema adaptabilidad de la *dissimulatio* a una serie innumerable de contingencias diversas, que el inagotable e infrenable germinar de la experiencia empírica presenta al legislador, al juez y al intérprete privado, es la causa de la extrema dificultad de recoger su naturaleza jurídica, de individualizar el punto de diferenciación respecto a otras instituciones que con ella tienen notables interferencias. Verdaderamente, es sabido que allí donde domina más la casuística es donde hay menos lugar para rigurosos criterios y principios científicos capaces para una determinada construcción dogmática.

La verdad es que la *dissimulatio*, a causa de aquel complejo de elementos sociales, éticos y políticos, que la justifica, es más, solicita su aplicación concreta, es una categoría social, ética y política, antes de ser una categoría estrictamente jurídica. Y son los elementos prejurídicos los que en ella sobre todo emergen y hacen muy incierta y vaga y casi inasequible su verdadera estructura jurídica.

(37) Cfr. VAN ESPEN, *Ius ecclesiasticum universum* (Lovaina, 1759), pars. I, tit. XXVIII, cap. V, n. 10; IDEM, ob. cit., pars I, tit. XX, cap. V, n. 5; PIRHING, *Ius canonicum* (Venecia, 1759), lib. III, tit. XII, § II, pág. 116, n. 9; SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, cit., tom. III, pars I, tit. XII, pág. 412, n. 10; CABASSUTIUS, *Iuris canonici theoria et praxis* (Ludguni, 1691), lib. V, cap. VII, pág. 527, nn. 1, 2; lib. II, cap. XIV, pág. 171, n. 4. Y se encuentra afirmado: "Papam peccare si contra canones quid permittat sine causa" (LAURENTIUS HISPANUS, citado por BRYN, ob. cit., pág. 120).

(38) Sobre la *dissimulatio*, cfr. DI PAULI, *Dissimulare poterts*, en "Archiv."

Esto, por lo demás, es verdad no solamente para la institución de la *dissimulatio*, sino también para otras instituciones de política legislativa. Baste pensar que la diferencia cualitativa entre la dispensa y el privilegio ha constituido hasta nuestros días un rompecabezas para canonistas incluso de primera categoría. Lo que más que a la escasa capacidad de los canonistas, sobre todo de los antiguos, de estudiar y recoger la esencia de las instituciones y de su destacada predilección de sumergirse en los meandros de las intrincadísimas y a veces también pesadas casuísticas—que, se sabe, son la tumba de la ciencia—, es debido a la naturaleza misma de figuras jurídicas como la dispensa, el privilegio e incluso otras, de naturaleza tan poco determinada y determinable que, mientras hoy se considera la dispensa como una especie de privilegio, un insigne moralista menos reciente consideraba al privilegio como una especie de dispensa.

No es ninguna maravilla, por consiguiente, que los criterios, aun sustancialmente acordes al definir la dispensa, hayan estado singularmente discordes al establecer si la *dissimulatio* podía considerarse como una dispensa tácita, y como tal debía catalogarse bajo la institución de la dispensa, o si la *dissimulatio* concierne a la *dispensatio*.

Como si esta dificultad no bastase a complicar toda discusión en materia, otras instituciones acuden para hacerla aún más áspera y abstrusa, estando aún hoy impresa del todo inmanejable la de quien quiera trazar una neta línea de demarcación entre la dispensa, por un lado, y la *absolutio*, la *licentia*, la *declaratio* y la *tolerantia*, por otro.

Nosotros no insistiremos en la determinación de los puntos de convergencia y de divergencia entre todas estas instituciones más o menos fungibles, ya que consideramos suficiente observar que todas las figuras poco antes mencionadas corresponden al objeto de conferir la máxima elasticidad a la ordenación canónica, elasticidad que le es indispensable, más que a cualquier otra ordenación, para conseguir sus finalidades y llevar a cabo su divina misión. Por tanto, entre las susodichas figuras hay una íntima relación de coligación genérica, dada la identidad o la semejanza de su función, incluso si la estructura interna propia diferencia notablemente a cada una.

En este terreno del derecho de la Iglesia, en el que florece tanta variedad de figuras que, si propiamente no aparecen confundidas entre sí, ciertamente no se manifiestan, ni a la vista más aguda y experta, netamente distintas por inconfundibles signos; en este terreno, que representa uno de los centros de mayor vitalidad y resistencia de la ordenación canónica frente

al continuo flujo y reflujo de las más heterogéneas vicisitudes históricas y de las más disparatadas civilizaciones, una institución se eleva sobre las demás y se impone a la atención del estudioso: la *institución* del llamado *tolerari potest*.

Esta institución es un óptimo observatorio—el mejor, quizá, entre aquellos que mis conocimientos en el campo del derecho canónico me consienten pensar—para considerar y valorar hasta qué punto puede llegar la posibilidad de la ordenación de la Iglesia de plegarse y adaptarse frente a los innumerables casos de la realidad de la vida, es decir, qué punto pueden alcanzar los instrumentos de la llamada diplomacia jurídica cuando obran sobre un terreno tan propicio como es el del derecho canónico.

Sólo estudiando a fondo, en su esencia jurídica y en sus varias aplicaciones prácticas, se puede entender plenamente la excelencia, verdaderamente sorprendente e insuperable, de la Curia romana en el arte, arduo más que ningún otro, de decir y al mismo tiempo no decir, de prohibir y conceder a un tiempo, de verlo todo y fingir no ver nada, cerrando herméticamente los ojos frente a las más manifiestas verdades; se puede comprender plenamente a qué difícil experimento de habilidad y de energía ha debido colocarse a lo largo del curso de tantos siglos, qué fuerza de resistencia, qué virtud ha demostrado en las más diversas contingencias delante de los sucesos más distintos y de los pueblos más disparatados.

¡Qué infinita variedad de disposiciones generales y particulares, desde el punto de vista del terreno, de las cosas, de las personas, de las vicisitudes políticas, sociales y económicas; qué gama de soluciones, de compromisos, de expedientes, de hábiles sagacidades, ha justificado la Iglesia, delante del mundo y delante de sí misma, mediante la fórmula que se ha hecho ahora ya clásica, después de tan larga y afortunada experiencia: “temporum ratione habita”!

Verdad es que si disposiciones precisas no regulan, caso por caso, el uso de la institución que estamos considerando, ésta, lejos de funcionar como un admirable instrumento de diplomacia jurídica, se transforma en un instrumento peligrosísimo, siendo capaz, si no es usado con mucho cuidado, de dar lugar a toda suerte de abusos reprobables y de traicionar aquellos mismos fines a cuya consecuencia está destinado.

De la constatación que la *sedes materiae*, para nuestra institución, está constituida sobre todo por dos decretales relativas a la materia matrimonial y que—como por lo demás es natural—es propio en el comentario a estas decretales que los escritores, más difusa o más directamente, se ocupen de

las cuestiones relativas al *tolerari* y al *dissimulari potest*, se ha inducido a suponer que en el nacimiento, o cuando menos en la aplicación concreta más frecuente de estas instituciones peculiares del derecho canónico, como de tantas otras no menos características de este derecho, haya dado ocasión directa e inmediata la materia matrimonial. Esta suposición puede ser avallada mediante algunos textos significativos, que en mérito de la obra se refieren enteramente, antes de dar lugar a algunas consideraciones que su lectura nos sugiere.

A un obispo que le interpelaba acerca del modo de obrar contra los subdiáconos que no observan la obligación del celibato—obligación introducida, como es sabido, en tiempos de Gregorio VII para la Iglesia occidental—, Alejandro III responde en estos términos: "... Quoniam sacrorum canonum obviat institutis, ... si eos honestae vitae ante contractum matrimonium fuisse, aut dimissis illis, quae uxores illorum dicuntur esse, caste victuros credideris, tu ipsos mulieres a se dimittere moneas diligentibus et appellatione remota districte compellas. Si autem antea dissolutae vitae fuerint, aut illis quas tenent dimissis, in deteriora lapsuri creduntur et plures pro una frequentare, tu id dissimulare poteris et pro graviore lapsu vitando, quod insimul maneant sustinere (39).

A los obispos que les interpelaban sobre el modo de tratar a aquellos que, después de haber vivido varios años en matrimonio, se dan cuenta de ser consanguíneos en cuarto grado, Alejandro III e Inocencio III responden "Si per XVIII vel XX annos insimul sine quaestione manserunt, non est admittenda accusatio de matrimonii illegitimitate. Tunc enim Ecclesia propter diuturnitatem temporis quodammodo dispensando dissimulat, et dissimulando dispensat" (40).

Lucio III, interpelado acerca de la suerte de matrimonios contraídos entre consanguíneos en quinto grado, responde así: "Propter duritiam populi, matrimonia, licet contra sacrorum canonum institutionem contracta, sub silentio et dissimulatione poteris praeterire" (41).

No menos significativas e importantes son las siguientes decretales:

C. 5. COMP. I, 4, 13: "Ex relatione J. praesentium latoris et ex tenore literarum tuarum accepimus, quod cum J. sororem uxoris tuae carnaliter cognovisset et cum ea diutius permansisset, tu eos ab invicem separasti et iam dictum J. ad nostram praesentiam destinare curasti. Super quo utique

(39) "Compil." I, c. 3; "Qui clerici vel voventes", IV, 6; véase también "Compil." I, c. 5; h. 1.

(40) "Compil.", III, c. 2; "Qui matrimonium accusare possunt", IV, 13 (Inn. III); "Compil." I, c. 2, IV, 19 (Alejandro III).

(41) "Compil." I, c. 1, IV, 14.

fraternitati tuae duximus respondendum, ut cum studeas Jerosolimam destinare, deinde vero cum ad propria redierit, ne absentia illorum deterius forte contingat, dissimulare poteris, quod uxori suae cohabitat, non tamen ut eis ad hoc licentiam aut favorem tuum indulgere aliquatenus videaris.”

C. 2, COMP. II, 4, 12: “... Unde licet publicae honestatis iustitia huiusmodi prohibent matrimonia contrahi, quia tamen diu insimul permanserunt, ut accuratius si qui fuerint debeant suspecti haberi, qui cum praesentes existiterint per tam longum temporis spatium tacuisse noscuntur, hoc sibi super hoc duximus consulendum, ut contra matrimonium illud accusatio nullatenus reincepta admittatur, sed potius sub dissimulatione personae illae permittantur insimul permanere.”

C. 3, X, De cognatione spirituali, 11, IV: Alejandro II al obispo de Vizcaya, que le había preguntado si podían unirse en matrimonio entre sí los hijos de dos padrinos, responde: “Si tales filii fuerint, pero quorum alterum vel utrumque parentes ad compaternitatem venerunt, eos coniungi nulla ratione sustineas, et coniunctos pontificali auctoritate ab invicem non differas separare... Ceterum si per neutrum eorum ad compaternitatem ventum fuerit, de his volumus consuetudinem tuae metropolitanae ecclesiae vel aliarum circumpositarum inquirere et diligentius imitari, ita quidem, quod, si eiusdem ecclesiae consuetudo habeat inter eos non sustinere coniugium fieri, nec factum firmitatis robur habere, tu simili modo in ecclesia tibi commissa coniugium huiusmodi fieri non permittas, et, si quos taliter coniunctos inveneris, iuxta earundem ecclesiarum consuetudinem ipsos separare ad invicem non omittas. Verum si de consuetudine habeatur, ut talia coniugia sustineantur et permittantur, id in ecclesia tua dissimulare poteris ita, quod nec contradicere, nec tuum videaris praestare assensum; quia, sicut grave est antiquam consuetudinem circumadiacentium ecclesiarum super his contemnere, sic quoque gravius videtur, si propter eam huiusmodi coniugiis tuum indulges assensum, quum posset sic in exemplum assumi.”

C. 3, X, De frigidis et maleficiatis, 15, IV: Al obispo de Amiéns, que le interpelaba acerca de la suerte de un matrimonio contraído entre un hombre de dieciséis años y una mujer de trece, la cual, a causa del hombre, había contraído una enfermedad que la hacía “omnino viro inutilis”, de forma que el hombre no podía “ei commisceri”, Alejandro III responde: “Si vitium illud mulier a natura contraxit, nec ope medicorum poterit adiuvari, viro aliam accipiendi libaeram tribuas facultatem. Si vero ex culpa viri hoc provenit, licet non sit tutum indulgeri ei, tu aliam accipiat: tamen sub dissimulatione poteris sustinere.”

C. 6, X, De consanguinitate et affinitate, 14, IV: Al obispo de Lunda, que le había consultado acerca de la validez de un matrimonio entre consanguíneos en quinto grado, ya que la dispensa pontificia para el impedimento había sido obtenida conforme a una falsa causa, responde: "Dis-simulare poteris, ut remaneat in copula sic contracta, quum ex separatione, sicut asseris, grave videas scandulum imminere."

C. 2, De desponsatione impuberum, 2, IV: Está prohibido el matrimonio entre impúberes, "nisi forte aliqua urgentissima necessitate interve-niente, utpote pro bono pacis, talis coniunctio toleretur".

C. 2, X, De clericis coniugatis, 3, III: "Sane de clericis inferiorum, qui in coniugio constituti diu ecclesiastica beneficia ex concessione praede-cessorum tuorum habuerunt, a quibus sine magno discrimine ac effusione sanguinis non possunt privari, sollertiae tuae id duximus respondendum, ut, quia ibi natio et gens barbara et multitudo in causa est, eos sub dissi-mulatione sustineas ecclesiastica beneficia tamdiu habita possidere..."

Todos los casos hasta aquí referidos respectan al campo del derecho matrimonial; campo en que el legislador eclesiástico demostró siempre notabilísima adherencia a la realidad de la vida y la doctrina canónica tuvo forma de revelar una excelencia insuperable al justificar, en la parte de criterios teóricos y prácticos, las soluciones legislativas, además de ilustrar y elaborar por cuenta propia una serie de figuras e instituciones jurídicas apenas esbozadas en las fuentes. De donde se deduce que el derecho ma-trimomial es verdaderamente una mina riquísima de la cual se pueden ex-trair elementos y motivos para penetrar en el espíritu del derecho de la Iglesia.

El caso originariamente propuesto al legislador eclesiástico y por éste resuelto yendo a parar a la institución de la *dissimulatio*—caso considerado más tarde por los escritores que más o menos difusamente trataron esta institución—es el del matrimonio al que obsta el *impedimentum consanguini-tatis*. Como es sabido, este impedimento tenía antiguamente una amplitud mucho mayor de la que tiene actualmente, ya que se extendía nada me-nos que hasta el séptimo grado. Ahora bien: debe tenerse en cuenta que una de las causas a que la institución de la *dissimulatio* debe su existencia tué propiamente la amplitud del impedimento de consanguinidad. Y esto por la obvia consideración que, dada la extensión del tal impedimento a grados tan remotos, se presentaba frecuentemente el peligro de matrimonios nulos contraídos de buena fe. Para proteger la buena fe de los cónyuges y para salvar la prole inocente existía otra institución de estio canónico: el

matrimonio putativo (42). Pero mientras esta institución entra en juego, después de haber sido declarada la nulidad del matrimonio, la institución de la *dissimulatio* preserva al matrimonio de la declaración de nulidad; ya que ésta no obra, así como el matrimonio putativo, como un medio de protección de la buena fe de uno o ambos cónyuges, sino que obra independientemente de la existencia de la buena fe, únicamente en consideración al transcurso del tiempo y, por tanto, del interés público y privado, que se resume en la fórmula “*quieta non movere*”, que expresa consumada experiencia y profunda sabiduría jurídica. Pero es necesario observar inmediatamente que la *diuturnitas temporis* no sirve para sanar la nulidad de la que está afectado el matrimonio contraído entre consanguíneos, ni engendra la prescripción de la acción de nulidad *ex capite consanguinitatis*, sino que representa simplemente el motivo próximo que induce a la aplicación de la institución de la *dissimulatio*. Esta, por tanto, en el transcurso de un determinado período de tiempo—dieciocho o veinte años en el segundo que hemos referido—encuentra su fundamento y su motivo. Este, por otra parte, es sólo extrínseco, como extrínseco es el elemento al cual va a parar. El motivo intrínseco, es decir, la *causa finalis*, de la *dissimulatio* consiste en la oportunidad de no turbar las conciencias de aquellos que durante tanto tiempo han permanecido juntos como marido y mujer *sine quaestione*, esto es, sin que nunca hubiese discusión sobre su cualidad de cónyuges, y, por tanto, en perfecta buena fe, o sea, ignorando el impedimento dirimente de su matrimonio. Ya que se procuraría mayor daño espiritual a los seudocónyuges permitiendo acusar la nulidad del matrimonio, y por casualidad declarando esta nulidad, que impidiendo la acción de nulidad y dejando a los seudocónyuges en su buena fe.

Pero se dan casos en que la *dissimulatio* es aplicada sólo después de haber parado la atención sobre una serie de circunstancias tales que hagan posible aconsejar o desaconsejar o hacer francamente necesaria la aplicación de la institución de la cual se habla. Este es el caso antes referido de los subdiáconos que no cumplían con la obligación del celibato. Antes de imponerles dejar a las propias esposas Alejandro III dice al obispo, que le había interpelado a propósito de esto, que había que considerar su vida prematrimonial y la que habría sido su vida una vez que hubiesen sido obligados a quedar sin la mujer con la que, contra las disposiciones canónicas, se había casado: sólo en el caso de que su vida prematrimonial hubiese sido honesta de manera que hiciese suponer que los subdiáconos se habrían

(42) Cfr. mi artículo *L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo*, en “*Rivista di diritto civile*”, 1939.

conducido castamente, después de haber roto las relaciones con las propias esposas, sólo en tal caso pueden ser obligados a separarse de éstas; no en el caso de que su vida prenupcial hubiese sido disoluta y no se pudiese suponer que, privados de las propias esposas, se hubiesen resignado a vivir castamente; es más, se pudiese suponer que en lugar de tener relaciones con una sola mujer las tuviesen con varias; en tal caso es oportuno e incluso necesaria, “pro graviori lapsu vitando”, dejar que los subdiáconos queden unidos a la mujer con quien se han casado.

Se trata, pues, de considerar atentamente todas las circunstancias, caso por caso, y decidir conforme a un criterio comparativo. La adherencia a las que son las exigencias físicas y psíquicas de cada individuo no podría ser más perfecta y adecuada a la gravedad del juicio que se debe pronunciar acerca de la ocurrida infracción y determinadas prohibiciones. Y también aquí la *dissimulatio* no obra ninguna *sanatio* o *convalidatio*, sino que deja en vigor un estado de hecho que, a fin de evitar males mayores, no es posible eliminar.

En otros casos se va a parar a la costumbre, como en la respuesta de Alejandro III al obispo de Vizcaya: si la costumbre vigente en territorios cercanos a su circunscripción diocesana permite el matrimonio entre los hijos de dos padrinos—entre los cuales, por lo demás, no existe relación de *compaternitas*—, también en el territorio sujeto a su jurisdicción el obispo de Vizcaya podrá disimular, de forma que no parezca ni contradecir ni consentir en tal matrimonio; y esto porque, si es grave no tener en cuenta una antigua costumbre establecida en territorios próximos, es aún más grave confirmar con el propio consentimiento una costumbre que permite la celebración de matrimonios prohibidos por la ley y, por tanto, obrar de manera que la costumbre *contra legem*, por virtud del ejemplo, se difunda.

Otras veces es la razón de evitar el escándalo que solicita y justifica la aplicación de la *dissimulatio*. Así en la respuesta al obispo de Lunda: descubierta la invalidez, por *obreptio* o *subreptio*, de la dispensa pontificia en virtud de la cual dos consanguíneos en quinto grado habían contraído matrimonio, éste debería caer en la nulidad; pero si de la declaración de nulidad se deriva escándalo, el matrimonio inválido, en virtud de la *dissimulatio*, debe quedar en pie. En otra parte, como en la respuesta de Lucio III, el motivo de la *dissimulatio* se hace residir en la “duritia populi”. No faltan casos en que de la *dissimulatio* no se da ninguna justificación: así en la respuesta al obispo de Amiens, relacionada con el caso de la mujer que había contraído, por culpa del marido, una enfermedad que la

hacia inepta para la cópula: no se debe consentir al marido tomar otra mujer, sin embargo esto se puede "sub dissimulatione sustinere".

Pero en la mayor parte de los casos es el transcurso de un determinado período de tiempo que constituye la justificación, aun siendo extrínseca, de la aplicación de la *dissimulatio*; así en los casos del c. 5, Comp. I, 4, 13; del c. 2, Comp. II, 4, 12; del c. 2, Comp. III, 4, 13; del c. 2, Comp. I, 4, 19.

Después de haber referido y brevemente ilustrado los ejemplos de *dissimulatio* contenidos en las fuentes, debemos tratar de determinar cuál es la naturaleza jurídica de nuestra institución. Pero es necesario observar inmediatamente que en la doctrina canónica no se encuentran elementos, sea por cantidad sea por cualidad, tales que proporcionen al estudioso ideas perspicuas a propósito de esto, sobre todo para cuanto se refiere a la individualización de la *dissimulatio* respecto a otras instituciones que presenta con ellas no omisibles interferencias.

Sin embargo, no es posible dejar de tener en cuenta los escasos elementos ofrecidos por la doctrina canónica, antes de proceder a la susodicha individualización y elevarse del análisis de los casos concretos a la formulación de algún principio general, que esté en armonía con la lógica jurídica especial de los canonistas y no produzca ninguna turbación en la economía y en el equilibrio de la ordenación canónica, sobre todo en lo que ésta tiene de inmutable y definitiva.

El primer problema que hay que afrontar y resolver es el de las relaciones entre la institución de la dispensa y la de la *dissimulatio*. Que la determinación precisa de estas relaciones es muy ardua se ha demostrado de modo muy significativo por el silencio algo sibilino de uno de los textos que hemos referido e ilustrado, es decir, de la respuesta de Alejandro III y de Inocencio III en mérito al trato que se debe dar a aquéllos que después de haber convivido durante muchos años como marido y mujer, en un cierto momento se dan cuenta de que entre ellos existe un impedimento de consanguinidad en cuarto grado: "Ecclesia propter diuturnitatem temporis quodammodo dispensando dissimulat et dissimulando dispensat."

Si ésta quiere ser una definición de la *dissimulatio*, ciertamente no se sabría imaginar una definición más incierta y oscura. El adverbio "quodammodo" y el curioso juego de palabras que le sigue no pueden proporcionar elementos suficientes para una definición ni siquiera aproximada de nuestra institución. Por lo demás, a los Pontífices interpelados bastaba suministrar el remedio práctico capaz de resolver los casos concretos, sin preocuparse de determinar la naturaleza y la estructura de este remedio.

Pero si al legislador bastaba explicar cuál era la función del expediente imaginado para hacer frente a las dificultades de orden práctico y moral que las circunstancias creaban, la doctrina no podía agotar la propia tarea limitándose a tomar nota del objeto práctico realizado mediante la *dissimulatio*, pero en ésta debía buscar y analizar la naturaleza.

Y ante todo la doctrina canónica se preguntó si la *dissimulatio* tenía la misma eficacia y la misma función que la dispensa. Para responder a tal pregunta se distinguió una doble *dissimulatio*: “una cum tacito consensu, et haec excusat a peccato...; alia cum tacito dissensu, et haec non excusat a peccato”. De una y de otra especie de *dissimulatio* se adujeron ejemplos; a la segunda especie, denominada “comparativa permissio”, se le negó eficacia de dispensa, porque la dispensa no puede caer sobre un objeto desconocido (43).

Que en los ejemplos que hemos antes referido se trata de *dissimulatio cum tacito dissensu*, es decir, de *comparativa permissio*, no puede haber duda; en algunos textos esto está significado expresamente cuando, después de haber hecho apelación a la *dissimulatio*, se agrega que no debe parecer que se conceda una *licentia* o un favor, como en el c. 5, Comp. I, 4, 13, o que como sería grave si no se aplicase la *dissimulatio*, sobre la base de una costumbre vigente, así también más grave sería aún, para la eficacia del ejemplo, prestar el propio consentimiento y que se celebren determinados matrimonios prohibidos por la ley. Por tanto, se debería sacar la conclusión de que en todos los casos que hemos referido, la *dissimulatio* no tiene la misma eficacia que la dispensa.

La doctrina de la *permissio comparativa*, la cual no importa dispensa y, por tanto, *non excusat a peccato*, encuéntrase acogida en la Glosa. Esta, después de haber distinguido cuatro causas de dispensa en el matrimonio —“reformatio pacis”, “numerus annorum”, “proles suscepta”, “iuventus”—agrega una quinta, “iuducit simulationem”, y ésta consiste en el “maius malum”. Observa, por tanto: “Si autem appelletur hic dissimulatio, i. e. permissio comparativa, secundum hoc non daretur potestas dispensandi (sc. episcopis) sed potius permittere eos esse in mortali peccato” (44). Lo que quiere decir que un obispo al cual el Pontífice, interpeorado, por ejemplo, acerca de la suerte de un matrimonio nulo *ex capite consanguinitatis*—que es el caso más frecuente de aplicación de la *dissimu-*

(43) TANCREDEUS, *Summa de matrimonio* (Gottingen, 1841), III, XX, pág. 30; *Glossa Tuae discretioni* en el c. 4, “Compil.” III, IV, 10; *Glossa Dissimulando dispensat*, en el c. 1, “Compil.” III, IV, 13.

(44) *Glossa Dissimulare*, en el c. 2; *De clericis coniugatis*, III, 3, “Compil.” I; cfr. c. 5, X, 2 (pars decisa); “Compil.” I, cc. 3, 5, IV, 6.

latio—haya respuesto: “*disimulare poteris*”—según la fórmula acostumbrada—, no tiene la *potestas dispensandi*, sino que tiene solamente la facultad de permitir a los pseudocónyuges permanecer en el estado de pecado mortal en que se encuentran.

Ahora todo esto aparece verdaderamente paradójico y equivocado para el espíritu del derecho de la Iglesia. Y bien se da cuenta de ello la Glosa, la cual observa, ante todo, que, tratándose de impedimento dirimente, la Iglesia debe dispensar para tres órdenes de razones: “*quia compellitur admittere exceptionem*”; “*quia dispensat cum invito, scil. cum alter coniugum vult separari ab altero et non stare cum illo*”; “*quia dispensat super impedimento sibi incognito*”. Por tanto, pone la cuestión en estos términos: “*quaeritur utrum Ecclesia vere dispense in hoc casu, an solummodo dissimulet; et si haec dispensatio, utrum sit comparativa permissio vel libera*”. Y refiere las opiniones expresadas a propósito de esto por los autores: “*Ad hoc dicunt quidam quod Ecclesia vere dispensat, nec cogitur admittere illam exceptionem nisi dispense, propter diurnitatem temporis; alii dicunt quod in hoc dicitur Ecclesia dispensare, quod non admittit accusationem contra matrimonium, et dicunt quod post expressam dispensationem admittitur accusator, sed non post tacitam*.” Y he aquí la opinión de la Glosa con respecto a esto: “*Ego dico quod Ecclesia non dispensat vere, nec etiam vere dissimulat, sed dicitur quodammodo dispensare, quia defendit matrimonium refellendo accusatorem ac si dispensasset. Quoniam si vere dispensaret, statis post dispensationem esset legitimum matrimonium inter illos. Quod est absurdum, quoniam ante tempus illud nullum erat matrimonium, nec de novo consentiunt, unde non est matrimonium, quod de plano concedo. Et sit ille qui obiicit exceptionem propter temporis diurnitatem, sciat quod male coniuncti sunt, mortaliter peccat sic excipiendo, quia nullus numerus annorum defendit in talibus*.”

Sustancialmente la Glosa excluye que la *dissimulatio* tenga los efectos de la dispensa, aun disimulando—¡verdaderamente en tema de *dissimulatio!*—su opinión personal bajo los despojos de la sibilina fórmula pontificia: “*quodammodo dispensando dissimulat et dissimulando dispensat*”, que, en verdad, ayuda bien poco a iluminar nuestra institución. Según la Glosa, que con un eufemismo se adhiere a esta fórmula, sin pararse a explicarla, la *dissimulatio* no es ni una verdadera y propia dispensa ni una verdadera y propia... *dissimulatio*; ya que si fuese solamente *dissimulatio*, sin tener nada que ver con la dispensa, no se comprendería la razón por la cual le es negada la *accusatio* del matrimonio nulo; verda-

deramente, si ésta es negada, es necesario sacar la conclusión de que la Iglesia, aun no concediendo una verdadera y propia dispensa, "dicitur quodammodo dispensare", defiende el matrimonio contra la acusación de nulidad "ac si dispensasset". Pero no se trata de verdadera y propia dispensa, porque de otro modo se tendría como consecuencia la convalidación de un matrimonio nulo mediante el transcurso de un determinado período de tiempo, puesto que en la *diuturnitas temporis* se hace consistir el motivo, aun siendo extrínseco, de la disposición pontificia. Consecuencia ésta absurda e inadmisibles, porque no existe en el Derecho canónico la institución de la convalidación del matrimonio para el transcurso del tiempo.

Pero la opinión que dice que la *dissimulatio* tiene la misma eficacia que la dispensa es en mucho la que prevalece. Con directa referencia a la decretal en que Alejandro III aplica la institución de la *dissimulatio*, en el caso de los subdiáconos que habían infringido la obligación del celibato, se pregunta "utrum papa intelligatur dispensasse cum illis"; y se responde: "videtur quod sic, quia si papa non dispensasset in illis, et permetteret eos stare in fornicatione, occideret eos in anima, quia cum possit liberare eos ab illo peccato mortali separando eos ab illis mulieribus, permittit eos simul esse ... Imo potest eos educere de illo mortali peccato dispensando cum illis, cum subdiaconi teneant contineri ex constitutione Ecclesiae, et papa possit contra constitutionem Ecclesiae dispensare... et ita possit dispensando liberare illos a morte animi (permittedo), in fornicatione stare sine dispensatione occideret eos in anima" (45).

La opinión que atribuye a la *dissimulatio* la misma eficacia de la dispensa prevaleció entre los decretalistas (46). Tan sólo uno de ellos—se-

(45) DAMASUS, *Quaestiones Damasi*, en el tit. *Qui clerici vel roventes*, c. 3, "Compil." I, IV, 6. Cfr. también INOCENCIO IV, *In quinque Decretalium libros* (Venecia, 1570), comm. al c. 6. *De consanguinitate et affinitate*, IV, 4: "Sed ista dissimulatio (nempe in matrimonio invalido ex praesentia quinti gradus) habet vim dispensationis, ita quod de caetero non potest separari ipsum matrimonium, nam stultum esset dicere quod maneat in adulterio." No menos explícito es GIOVANNI D'ANDREA, el cual hace propia la opinión de Inocencia IV contra la contraria de Godofredo de Trani, observando que la dispensa inválida, "licet ab initio non tenuerit, roboratur tamen ex hac dissimulatione, quae habet vim dispensationis" (*In quartum Decretal. lib. Nov. Commentar.* (Venecia, 1581, comm. al c. 6, *Quia circa, De consang. et aff.*, fol. 44, vers. 3).

(46) INNOCENTIUS IV, *In quinque Decretalium libros* (Venecia, 1570), comm. al c. *Quia circa, De consanguinitate et affinitate*, fol. 282, recto; JOANNIS ANDREAE, *In quartum Decretal. fol. 44, vers. 3*; ANTONII A BUTRIO, *Super primo primi Decretalium Commentaria* (Venecia, 1578), Comm. al c. *Quia circa, De cons. et aff.*, comm. al c. 4, *Literas De supplenda negligentia praetorum*, fol. 170 recto, n. 5; GONZÁLEZ TÉLLEZ, *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gregorii IX* (Maceratae, 1737); tom. III, comm. al c. *Cum iam dudum, De praebendis*, pág. 105, n. 6; FAGNANI, *Commentaria in quartum librum Decretalium* (Venecia, 1763), comm. al c. *Quia circa, De cons. et aff.*, pág. 69, n. 3.

gún un autorizado testimonio (47)—parece haber sido de opinión contraria. Hay, en cambio, quien es mucho más explícito con respecto a esto, escribiendo: “Sed ista dissimulatio habet vim dispensationis ita quod de caetero non potest separari ipsum matrimonium.” Y la razón es idéntica a la que aparece en el pasaje que hemos poco antes referido: “Nam stultum esset dicere quod maneat in adulterio” (48). Y otros haciendo propia la opinión dominante contra aquella aislada, observan que la dispensa inválida—en el texto citado, como se ha visto, la institución de la *dissimulatio* es aplicada al caso de un matrimonio contraído entre consanguíneos en quinto grado después de haber obtenido una dispensa inválida, porque estaba basada sobre una falsa causa—“licet ab initio non tenuerit, roboratur tamen ex hac dissimulatione, quae habet vim dispensationis”.

No se puede dudar que mientras la opinión aislada partidaria de la tesis según la cual la *dissimulatio* no tiene eficacia de dispensa, se encuentra en la absoluta imposibilidad de aducir argumentos de alguna importancia para sostenerla, los partidarios de la tesis contraria tienen por su parte un decisivo argumento *ex absurdo*: ser absolutamente incompatible con el espíritu de la ordenación canónica una disposición—como es la que se querría ver contenida en la institución de la *dissimulatio*—que permita que perdure un estado de pecado.

Y verdaderamente no es necesario haber penetrado profundamente la naturaleza y la esencia de la ordenación canónica para poder compartir plenamente la idea de que la ley eclesiástica no puede en ningún caso permitir positivamente actos pecaminosos. E indudablemente, al igual que la ley, ninguna disposición administrativa o reglamentaria puede tener, en el Derecho canónico, como objetos actos pecaminosos. Ayudará a propósito de esto ir a parar al concepto de *rationabilitas* en la ley y en la costumbre, concepto que se comprende haciendo hincapié sobre la consideración del pecado, como hemos explicado en otro lugar.

Una disposición administrativa que determinase o bien favoreciese una situación pecaminosa se consideraría *irrationabilis*, y, por tanto, inválida. No valdría objetar que el bien común puede también exigir que se permitan actos pecaminosos y que, por tanto, sea sacrificado el bien espiritual de los particulares, siendo el bien común superior al bien particular de los individuos. Puesto que está fuera de duda que, como hemos observado en

(47) El autor disidente es Godofredo da Trani, citado por Giovanni d'Andrea, ob. cit., loc. cit.

(48) INOCENCIO IV, ob. cit., loc. cit.; GIOVANNI D'ANDREA, ob. cit., loc. cit.

otro lugar, en la ordenación canónica, lo que se llama bien particular o privado de cada uno es cosa del todo distinta del concepto de interés privado o *utilitas privatorum*, propio de las ordenaciones seglares—en el sentido que es del todo impropio hablar de bien privado y, por tanto, de bien que deba valorarse sobre un plano inferior respecto al bien público—en las comparaciones de aquel bien sumo que es la salvación de las almas, que forma parte de la finalidad de la Iglesia y de su ordenación jurídica y que, como tal, es el mismo bien común de la entera sociedad eclesiástica. Por tanto, parece intrínsecamente contradictorio afirmar que puede ser sacrificado el bien espiritual de cada uno, restando el bien común de la sociedad eclesiástica. Se trata, verdaderamente, de dos cosas tan íntimamente ligadas, que constituyen un todo unitario indisoluble. En la base de cuanto estamos diciendo está la verdad fundamental, ya ampliamente ilustrada en otra parte, que en el seno de la ordenación canónica hace imposible distinguir, como en el seno de las ordenaciones jurídicas seglares, una finalidad de utilidad privada de una finalidad de utilidad pública.

Estas consideraciones justifican plenamente la tesis de aquellos que, percibiendo algo repugnante al espíritu eclesiástico en la construcción de la *dissimulatio* como una institución, absolutamente distinta de la dispensa, con la cual no se hace otra cosa que permitir que se perpetúe un estado de pecado, han sentido la necesidad de considerar la *dissimulatio* del mismo modo que la dispensa.

Pero el argumento decisivo de la consideración del pecado tenía en sí innato el límite de la necesaria igualación de la *dissimulatio* a la dispensa.

El primero en advertir este límite fué Enrique de Susa, el cual, para resolver el problema tan vivamente debatido, fué a parar a una distinción que, luego, fué compartida por todos los escritores.

Para hacer más fácilmente inteligible el punto de vista de Hostiense, ayudará el relato del contenido de la decretal en cuyo comentario se encuentra expuesto.

En el c. 18 *Quum iam dudum*, X, De praebendis et dignitatibus, III, 5—que contiene una decretal de Inocencio III—, se trata de un caso de pluralidad de beneficios: un tal, titular de otros oficios, contra las disposiciones del Concilio lateranense que prohíben la acumulación de oficios, “ad obtinendam praeposituram Siclunensem se ingerit et ingressit et in die intrusionis suae ante confirmationem praesupserit ministrare, sicut et post confirmationem cassatam”. En relación a este caso de abusiva e ilegítima toma de posesión de un oficio eclesiástico, el pontífice dispone: “manda-

mus, quatenus, si inveneritis praedictum J. habere plures alias dignitates atque praebendas, aut aliquid aliud praemissorum, quod ad cassationem eius sufficiat, inveneritis esse verum, ei super iam dicta praepositura silentium imponatis, ab impetitione ipsius Siclunensem ecclesiam absolventes, quam multa per patientiam tolerantur, quae, si deducta fuerint in iudicium, exigente iustitia non debeant tolerari”.

Para resolver el problema de la eficacia de la *tolerantia* se pone la siguiente distinción: o nos referimos “ad praeteritum” y a “ea quae concernunt animas subditorum”, y entonces la tolerancia obra como una dispensa tácita, “ne animae illaquaerentur”; o nos referimos al prelado ilegítimamente promovido y, por tanto, *intrusus*, y entonces la tolerancia no tiene eficacia de dispensa. Y la razón de esta distinción reside, según el autor que la ha puesto, en el hecho de que, mientras en los súbditos “non deficit fides, licet deficiat sacramentum”, y, por tanto “absolutae sunt animae subditorum propter fidem quam habebant”; respecto a aquel que ilegítimamente retiene más beneficios, “nihil operatur tolerantia papae propter malam fidem quam habet”, pero es necesaria una dispensa expresa.

Esta distinción fué acogida y referida sin cambio no digo de conceptos, ni tan siquiera de palabras—según la costumbre de la doctrina canónica—, por escritores de primerísimo rango (49). Presenta un significativo punto de interferencia con la teoría del *praelatus de facto*, punto que creo oportuno poner en evidencia, sea para ilustrar mejor el pensamiento común de los decretalistas sobre este tema, sea para meditar de nuevo, a la luz de él, algunos elementos de la teoría que en tratado hecho por mí en otro estudio no he, quizá, tenido presentes cuanto era necesario, elementos que, por lo demás, no pueden considerarse extraños al específico argumento que forma objeto del presente tratado (50).

El elemento sobre el cual hace hincapié la mencionada distinción consiste en la consideración de la salvación de las almas: donde ésta esté puesta en juego, es decir, donde la *dissimulatio* o la *tolerantia* obrasen de forma que pusiesen en peligro la salvación de las almas en aquéllos que de buena fe vivían, la *dissimulatio* y la *tolerantia* producen los mismos efec-

(49) JOANNIS ANDREAE, *In tertium Decretalium Librum Novella Commentaria* (Venecia, 1581), comm. al c. *Cum iam dudum, De praebendis*, fol. 27, vers. 7; ANTONII A BUTRIO, *In librum tertium Decretalium Sommentarii* (Venecia, 1578), comm. al c. *Cum iam dudum, De praebendis*, fol. 32 recto, n. 12; ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in tertium Decretalium librum* (Venecia, 1582), comm. al c. *Cum iam dudum, De praebendis*, fol. 34, vers. y 35, recto, n. 10; JOANNIS AB IMOLA, *In tertium Decretalium Commentaria* (Lugduni, 1517), comm. al c. *Cum iam dudum, De praebendis*, fol. 38, recto, n. 6; FAGNANI, *Commentaria in tertium librum Decretalium* (Venecia, 1764), comm. al c. *Cum iam dudum, De praebendis*, pág. 96, n. 12.

(50) Cfr. P. FEDELE, *El funcionario de hecho en el Derecho canónico*, en “Estudio in onore de Francesco Scaduto” (Florenca, 1936), vol. I.

tos de la dispensa; donde, por el contrario, el *periculum animae* no exista, estos efectos deben ser excluidos. Verdad es que los escritores que adoptaron la mencionada distinción parecen ir a parar a la *bona fides* como a razón justificativa de la distinción misma. Pero no puede haber duda de que todo aquí se hace depender de la consideración del *peccatum*, de la *salus animarum*; tanto es verdad que la distinción está basada más que sobre el hecho de que haya sido o no *bona fides*, sobre el punto de si la *dissimulatio* lleve o no, al perpetuarse, una situación pecaminosa.

Ahora bien, entre los criterios conforme a los cuales la doctrina canónica ha justificado la validez de los actos puestos en existencia por el *praelatus de facto* hay, junto al de la *bona fides* y del *error communis*, el de la *publica utilitas*. Este criterio, si no se agota todo en la consideración de la *salus animarum*, está ciertamente por ésta en máxima parte absorbido, si es verdad, como anteriormente he tenido ocasión de observar, que entre más de un escritor de primer plano se encuentra la expresión sobremanera significativa para el concepto que quiere revelar: “*publica utilitas tangens periculum animarum*”; expresión singularmente reveladora de la íntima conexión que existe, en el derecho de la Iglesia, entre *ratio peccati* y *ratio boni publici* o *ordinis publici*, y que lleva, si no propiamente a la total supresión—como es mi firme convicción—de todo criterio de distinción entre derecho público y derecho privado, ciertamente a una fuerte atenuación de la diferencia entre una y otra rama del derecho, dado que no hay, en la ordenación canónica, disposición legislativa o reglamentaria que, más o menos directamente, no esté dominada y penetrada por el criterio de la *publica utilitas*, entendida naturalmente en sentido canónico.

Verdad es que el principio jurídico sobre el cual está fundada la teoría del funcionario de hecho—que concluye con la disposición escrita en el can. 209, C. J. C.—es que la *suppletio iurisdictionis* se explica con el deber que tiene la Iglesia, como cualquier otro ente público, de mantener firmes, hasta contra los ataques de los mismos interesados, todos los actos que, por ser de oficio público, debe considerar como actos no del funcionario, sino del oficio y, por tanto, del ente del cual es parte el oficio, es decir, como actos suyos—principio audazmente afirmado por primera vez en una época muy remota por un gran pontífice y canonista pero que la doctrina canónica posterior, exceptuando alguna voz aislada, tuvo la gran equivocación de no comprender en toda su notabilísima importancia y de no seguir—. Pero es también verdad que no se puede omitir el criterio de la *publica utilitas*, del *bonum publicum*, además del de la

bona fides, para comprender el significado de la citada disposición del can. 209. Ya que quien considere las exigencias de la ordenación canónica comprende fácilmente que en esta ordenación, como en ninguna otra, se impone, cuantas veces está puesta en juego la cuestión de la conciencia, la validez de los actos cumplidos por el llamado funcionario de hecho. Se comprende así, como la teoría del *praelatus de facto—intrusus* o *putativus*— haya encontrado en la doctrina canónica vigoroso desarrollo. En verdad, sustancialmente se funda sobre aquellos motivos sobre los que encuentran su fundamento las instituciones de la *dissimulatio* y de la *tolerantia*, motivos de orden superior, que van a parar sobre todo a la consideración del *peccatum* y de la *salus animarum*, que no permiten al legislador desentenderse de determinados hechos, que, de no intervenir ninguna disposición para organizarlos, crearían o perpetuarían situaciones de contraste con el espíritu eclesiástico y con el fin mismo de la ordenación canónica.

Inducidos sobre todo por la consideración del pecado, los canonistas igualaron, en cuanto a la eficacia, la *dissimulatio* y la *tolerantia* a la dispensa tácita. Esta equiparación demuestra una vez más, si aun hubiese necesidad de ello, que los canonistas no cumplieron una exacta determinación científica de una y otra institución. Pues es muy común entre los escritores la confusión de la dispensa con otras instituciones más o menos afines. Para convencerse de aquella equiparación, con tanta insistencia y unanimidad de consentimiento afirmada por la doctrina canónica, es necesario pensar que la dispensa representa, en el seno de la ordenación canónica, una categoría muy elástica y amplia, por lo que es cosa difícilísima diferenciar netamente algunas otras categorías que, al igual que ella, cumplen la función tan importante—dada la singular naturaleza y economía de la ordenación—de adecuar las normas generales a la infinita variedad de los casos concretos.

Pero es preciso añadir inmediatamente que la equiparación entre *dissimulatio* y dispensa tácita no llega, según los canonistas, más allá de los efectos, siendo profundamente distinta la naturaleza jurídica de una y otra institución. Esto es manifiesto ya en uno de los más importantes textos legislativos relativos al presente argumento, allí donde se dice que el pontífice “quodammodo dispensando dissimulat et dissimulando dispensat”; pero es también evidente por el uso que algún canonista hace del término *quasi-dispensatio* para significar que la *patentia* o la *tolerantia* no dan lugar a una “mera et propria dispensatio” (51).

(51) GONZÁLEZ TÉLLEZ, ob. cit., loc. cit.

La verdad es que los canonistas no han nunca pensado—como nosotros los modernos tenemos la costumbre de hacer—en individualizar netamente las instituciones jurídicas que presentaban entre sí puntos de afinidad y de interferencia; ya que a los canonistas ha permanecido siempre extraña la idea—predominante en la literatura moderna—de proceder a una construcción dogmática de las instituciones mismas. Los canonistas sólo constantemente de una cosa se preocupaban con toda diligencia, esto es, que la institución correspondiese a las finalidades en vistas a las cuales había sido creada. Por tanto, consideraciones eminentemente prácticas ocupaban su mente. Y es sobre la base de estas consideraciones que obra su técnica jurídica, del todo singular, como la que va a parar a criterios y motivos que resultan extraños a cualquier otra ordenación jurídica. Técnica jurídica, la de los canonistas, incomprensible si está valorada con la medida de la técnica jurídica común; pero admirable al adaptarse a las inmutables exigencias de orden espiritual y sobrenatural de la ordenación canónica.

Así, cuando se trató de incluir en el seno de esta ordenación una institución, como el *tolerari potest*, que tenía tan amplia aplicación práctica; cuando se trató de catalogar en los esquemas teóricos un fenómeno que revelaba plenamente el espíritu del derecho de la Iglesia, a los más aconsejados canonistas apareció repugnante considerarlo con este espíritu como una institución absolutamente distinta de la *dispensatio*, institución ésta no catalogada de modo del todo preciso. Y entonces recurrió al criterio infalible sacado de la consideración del *periculum animae*, con el fin de hacer obrar la *tolerantia* como la *dispensatio* tácita en todos los casos en que esta consideración fuese puesta en juego. El paradigma de los casos en que la preocupación de la salvación de las almas impone la equiparación, en cuanto a los efectos—que son los que prácticamente cuentan—de la *tolerantia* a la *dispensatio* tácita, fué dado por un caso típico, el de los actos puestos en existencia por el *praelatus de facto*. Verdaderamente, los criterios conforme a los cuales se justifica, en la doctrina canónica la validez de estos actos, son distintos, considerados con detenimiento, solamente en apariencia. La *publica utilitas*, la *bona fides*, la *aequitas* son criterios, en última instancia, que coinciden, como aquéllos en que penetra y obra un solo motivo, una sola fuerza, una sola necesidad, la de evitar el pecado. De donde se infiere que sobre el punto examinado encuentra una nueva y segura confirmación la tesis de quien, estudiando el dogma de la *bona fides* en el derecho canónico, en relación a un tema particular, intuyó y revió la verdadera esencia cuando la definió como la ausencia del pecado (52).

(52) F. RUFFINI.

Todo, en efecto, depende aquí del hecho de que haya o no haya pecado; cuando hay *bona fides*, es decir, no hay pecado, entonces la *tolerantia* como dispensa tácita; cuando, por el contrario, no hay *bona fides*, es decir, hay pecado, la *tolerantia no obra*, porque no se puede igualar a la dispensa tácita, pero es necesaria una dispensa expresa. El problema de la eficacia de la *tolerantia* se encuentra por primera vez resuelto—como se ha visto antes—sobre la base de esta distinción, esto es, sirviéndose del criterio infalible de la existencia o de la ausencia de pecado en aquéllos respecto a los cuales debe obrar la institución del *tolerari potest*. Ahora bien, este criterio coincide perfectamente con el de la *publica utilitas* y de la *aequitas canonica*; y esto por la íntima conexión, antes puesta en evidencia, entre *publica utilitas* y *aequitas canonica*, por un lado, y *periculum animarum*, por otro. Y es que en esto consiste el punto de convergencia de una serie de instituciones canónicas, que de otro modo resultaría inexplicables y que, por tanto, puesto el motivo único al que se dirigen, quedan necesariamente no diferenciadas del todo entre ellas, pero sí no completamente confundidas, en cuanto a la esencia. Y en verdad, ¿quién puede decir, estudiando la doctrina canónica y no forjándose de ésta una representación infiel, donde termina el campo propio de la institución de la dispensa y donde comienza el de la *aequitas canonica*? Ambas encuentran fundamento en el principio de la caridad cristiana, “*quae, saluti proximorum consulens, id praecipit aliis fieri, quod sibi quisque vult ab aliis impendi*”; ambas tienen la función de adaptar y someter las disposiciones legislativas según las circunstancias de los respectivos casos concretos, a fin de que los cánones no sean ocasión de pecado para las almas de los fieles y, por tanto, se aparten del fin en vista del cual existen, “*cum omnis institutio ecclesiasticarum legum ad salutem referenda sit animarum*”.

Nada de extraño, por tanto, si estudiando la doctrina canónica no es posible hallar una neta línea de separación entre la institución de la verdadera y propia dispensa y la de la *tolerari potest*.

En una y otra institución está puesto en juego un criterio de relatividad, en el sentido de que funcionan relacionadas al verificarse determinadas circunstancias que se deben valorar, caso por caso, por la autoridad que les da la existencia. Este criterio de relatividad aparece manifiesto por la misma etimología de la palabra *dispensatio*, la cual está fortalecida por la Glosa al Decreto de Graciano. Después de haber definido la dispensa como “*iuris communis relaxatio facta cum causae cognitione ab eo qui ius habet dispensandi*”, la Glosa observa: “*Dispensare est diversa pensare. Nam omnia haec, de quibus fit mentio in hoc § pensare debet*

qui dispensare vult". Y más adelante la misma Glosa muestra como a la etimología corresponde la sustancia del concepto de dispensa: "Fit autem dispensatio cum hoc requirit necessitas vel utilitas. Item fit quandoque dispensatio quia timetur maius malum... Item quandoque propter futurum bonum... Item quandoque propter multitudinem et propter scandalum vitandum" (53).

El mismo criterio de relatividad vale para la institución de la *tolerantia*. Aun la Glosa al Decreto de Graciano distingue tres especies de *permissio*: la primera se tiene cuando se permite algo "quod nullo iure prohibetur", como, por ejemplo, las segundas nupcias; la segunda—*absoluta permissio*, es decir, la *permissio* en el genuino significado de la palabra—se tiene cuando se permite algo "contra constitutiones humanas", como, por ejemplo, contraer matrimonio entre parientes en quinto grado; la tercera especie—*comparativa permissio*—se tiene cuando se permite una cosa ilícita, "ut magis illicitum vitetur", como, por ejemplo, cuando se permite el adulterio para evitar el homicidio, cuando se permite a un subdiácono tener una mujer para evitar que peque con más mujeres. Esta *comparativa permissio*—observa la Glosa—"potius appellatur tolerantia quam permissio" (54).

Por tanto, la *tolerantia* es—para quedar en todo adherentes al lenguaje de la Glosa—una *comparativa permissio*, es un permiso de hacer algo, "ne deterius inde contingat", como se dice en una Glosa a las Decretales de Gregorio IX, en la cual aparece de nuevo la expresión *comparativa permissio* (55).

Los más antiguos decretalistas distinguen una *tolerantia approbationis* de una *tolerantia dissimulationis* o *dissimulta*; la primera, a diferencia de la segunda, se le da siempre existencia *ex certa scientia*, es la verdadera y propia *tolerantia* por antonomasia, y está sobre el mismo plano de la dispensa, con la cual está asimilada, por lo menos en los efectos, porque, como la dispensa, *excusat a peccato*; allí donde este efecto no tiene la segunda especie de *tolerantia* (56).

El criterio diferencial entre una y otra categoría se recoge fácilmente yendo a parar a la consideración de que "tolerantia supponit et scientiam et voluntatem, quatenus ea, quae toleramus, et sentimus, et intelligimus,

(53) *Glossa Ut plerique* al c. 4, Ca. I, qu. 7.

(54) *Glossa Permittit* al c. 4, *Omnis autem lex*, D. III.

(55) *Glossa Non postponas* al c. *Veniens*, X, IV, 6.

(56) JOANNIS ANDRAEAE, *In quintum Decretatum librum Novella Commetnaria* (Venecia, 1581), comm. al c. *Ex parte*, *De privilegiis*, fol. 109, vers. 2; ANTONII A BUTRIO, *Super V Decretalium*, comm. al c. *Ex parte*, *De privilegiis*, fol. 98, recto, n. 4.

et nos intelligere declaramus, etiam per voluntatem amplectimur, et ea, quae non possumus vel non debemus avertere, patienter ferimus"; mientras que "ea, quae dissimulamus, ignorare videmur, et videri volumus" (57). De lo que se consigue que mientras la *tolerantia* puede ser expresa y tácita, la *dissimulatio* no puede ser más que tácita, ya que la *dissimulatio expresa* representa una contradicción de términos.

Como se ve, el paradigma, en toda esta materia bastante complicada, que se hace quizá más compleja por la costumbre propia de los canonistas y de los teólogos de distinguir y subdistinguir y de categorizar, consiste en la institución de la dispensa. A esta institución, suficientemente individualizada, en sus efectos y límites, se suman otras instituciones que presentan puntos de contacto y afinidad con ella en relación a los efectos y a la calificación que nosotros hemos creído deber atribuir a la dispensa. Así, a ésta es igualada la *tolerantia approbationis*, o *ex certa scientia*, del mismo modo que está asimilada a la dispensa la *confirmatio ex certa scientia* (58). En cuanto a la equiparación a la dispensa de la *dissimulatio*, afirmada por la prevaleciente doctrina canónica, como se ha visto anteriormente, es oportuno observar que la equiparación está justificada solamente en el caso de que la *dissimulatio* sea *ex certa scientia*, es decir, en el caso en que, en último análisis, no se trate de verdadera y propia *dissimulatio*.

Decisivo, en el presente argumento, es el elemento volitivo, consensual, que presupone el conocimiento del objeto de la voluntad, conforme al principio *nihil volitum quin praecognitum*. La adhesión más o menos plena de la voluntad determina la calificación que se debe atribuir al acto: se tratará de dispensa en los casos en que la adhesión es plena; se tratará de *tolerantia approbationis* en los casos en que es menos plena; se tratará, en fin, de *tolerantia dissimulationis* en los casos en que falta del todo. Son tres gradaciones distintas de un acto que tiene la misma naturaleza jurídica. Todo, por tanto, depende de la consideración de la voluntad del que emana el acto. Creo que el criterio que termina en el elemento volitivo es el más seguro, por no decir el único, para poderse orientar en la materia. Es natural que la forma en la cual la voluntad se manifiesta, tiene gran importancia. Así una manifestación expresa, y a mayor razón pública, indica claramente que se trata de verdadera y propia dispensa; allí donde una manifestación tácita puede referirse a la dispensa o a la tolerancia; la *dissimulatio* verdadera y propia, para sí misma está por fuera de una y

(57) FERRARIS, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica, moralis, theologica* (Lutetiae Parisiorum, 1860), v. *Tolerantia*, n. 2.

(58) PHILIPPI DECCI, *In Decretalium volumen perspicua Commentaria* (Venecia, 1593), comm. al c. *Porrecta*, De *confirmatione utili vel inutili*, fol. 320, vers. 10.

otra manifestación de la voluntad, porque en sustancia quien disimula no consiente ni disiente, ni tácita ni mucho menos expresamente; el que disimula finge no conocer y su silencio está fundado sobre esta ficción, en la cual encuentra su intrínseco motivo.

Que la tolerancia, al igual que la dispensa, debe estar basada sobre una justa causa, que, por lo demás, como en la dispensa, no debe ser considerada como una condición objetiva de su invalidez, sino que debe más bien ser considerada en relación con la voluntad de su autor, es cosa de la cual no se puede dudar. La justa causa puede ser de tres especies, con arreglo a “*ea, quae toleramus et non impedimus, vel non debemus, vel non possumus impedire, aut ea impedire non expedit*”; con relación a estas tres especies se habla respectivamente de *impedimentum legis*, de *impedimentum naturae* y de *impedimentum utilitatis* (59).

Otras distinciones deben tenerse presentes, con relación a los efectos de la *tolerantia*, para poder entender exactamente la esencia de esta característica e importante institución político-jurídica.

Es doctrina canónica común que la tolerancia obra, es decir, produce sus efectos, cuando “*tendit ad tollendum ius privatum partis*”; mientras que no produce ningún efecto en los casos en que es directa “*ad tollendum ius publicum*” (60). Lo cual—prescindiendo aquí de la cuestión, afrontada en otra parte del presente trabajo, si en la ordenación canónica puede distinguirse un *ius privatum* de un *ius publicum* o si más bien debe hablarse de una calificación publicista de todo el derecho de la Iglesia—se explica fácilmente considerando el carácter dispositivo de las normas de derecho privado y el carácter cogente de las normas de derecho público: ya que de estas normas, inderogables e indisponibles, no es posible dispensar, puesta la equiparación en cuanto a los efectos de la tolerancia a la dispensa, se comprende que en lo que respecta a ellos la institución del *tolerati potest* no puede obrar.

Otra enseñanza que se debe tener presente es la siguiente. Si una constitución pontificia “a principio communiter non recipitur ipso papa sciente et tolerante”, la tolerancia “*excusat a peccato*”; si “a principio a quibusdam recipitur et a quibusdam non”, es necesario distinguir con arreglo a no recibirla y no observarla haya una mayoría o una minoría de aquéllos a quienes está dirigida: en el primer caso “*excusat a peccato*”.

(59) FERRARIS, *ob. cit.*, loc. cit.

(60) JOANNIS AB IMOLA, *ob. cit.*, *comm.* al c. *Ex ore*, De his quae fiunt a maiori parte capituli, fol. 110, vers. 17; JOANNIS ANDREAE, *ob. cit.*, *comm.* al c. *Ex ore*, fol. 68, recto, n. 7; ANTONII A BUTRIO, *comm.* al c. *Ex ore*, fol. 68, recto, n. 9.

en el segundo no; y esto porque “in consuetudine inducenda attenditur maior pars populi et non quod facit minor pars”; si desde el principio es recibida y observada por la comunidad entera o—lo que es la misma cosa—por la mayor parte de ella, pero *ex postfacto* no es observada por algunos, es necesario distinguir según el pontífice “specifice scribit quod vult certum actum tolerare, seu dissimulare”, o bien “nihil specifice scribit”: solamente en el primer caso la tolerancia tiene eficacia de dispensa (61).

El caso de la costumbre *contra ius* es aquel en que la institución de la tolerancia encuentra más frecuente aplicación (62). Pero en tal caso, tratándose de abrogar una determinada disposición legislativa, se requiere por parte del legislador una manifestación de voluntad más intensa que la mera *tolerantia*, algo que no sea la pura y simple *dissimulatio*, sobre todo si la norma abrogada ha sido desde el principio aceptada por la comunidad o por la mayor parte de ella mediante la llamada *acceptatio exsecutiva* y solamente en un segundo tiempo haya sido violada por algunos miembros de la comunidad (63). En tal hipótesis, no es suficiente una manifestación tácita de la voluntad del legislador, es decir, su silencio, sino que es necesaria una manifestación expresa o directamente escrita, con el fin de hacer disminuir la obligación que se deriva de la disposición de ley no observada. En última instancia, el elemento del *consensus legislatoris* absorbe y hace inútil el *animus communitatis*, porque, como es sabido, en el derecho canónico “vis legalis consuetudinis pendet a consensu Superioris, non communitatis” (64). En toda otra hipótesis es necesario y suficiente la *scientia* y la *non contradictio* por parte del pontífice, esto es, una manifestación tácita de su voluntad. Se ha preguntado cuantos actos contrarios a la disposición de ley existente son necesarios y cuanto tiempo debe pasar para que se pueda considerar que el Pontífice haya tácitamente revocado la disposición misma. Contra la opinión de algunos, según los cuales basta dar existencia dos o tres veces a un acto contrario a la ley *sciente Principe nec contradicente*, si se observa que, ya que el Pontífice puede haber tenido alguna razón particular para permitir o disimular una o dos veces la no observancia de la ley de él emanada—por ejemplo, porque se reservaba aplazar para un tiempo más oportuno el castigo de aque-

(61) ABBATIS PANORMITANI, ob. cit., comin. al c. *Quia circa, De cons. et aff.*, fol. 46, recto, n. 8, el cual no hace más que referir a propósito de esto la opinión de Antonio da Butrio, agregando solamente la primera distinción referida en el texto.

(62) M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici* (Turín, 1940), vol. I, n. 272, pág. 194.

(63) A. VAN HOVE, *De consuetudine* (Mechliniae-Romae, 1933), n. 180, pág. 159.

(64) A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis* (Mechliniae-Romae, 1930), n. 108, pág. 118.

llos que la habían violado—no es lícito argumentar por su *non resistentia* su *approbatio*; y por tanto es el juez que debe decidir, si ésta puede argumentarse por la actitud pasiva del legislador, teniendo presente sobre todo la materia que forma objeto de la disposición que abroga (65).

Cuanto hemos observado hasta aquí quizá no basta aún para la precisa determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones de la *dissimulatio* y de la *tolerantia*. Que estas dos instituciones, recurrentes en documentos canónicos antiguos y recientes, no estén aún jurídicamente bien definidas no se esconde a la doctrina canónica contemporánea (66). Para definir las se ha hecho uso de varias circunlocuciones y fórmulas que, sin embargo, no parecen tener la virtud y el rigor de verdaderas y propias definiciones jurídicas. ¿Filiación, ésta, por casualidad, del hecho innegable de que en las instituciones en cuestión el aspecto político tiene en mucho más importancia que el jurídico?

Una carta de Gregorio VII señala al *tolerare* en estos términos: “Solet Sancta et Apostolica Sedes pleraque, considerata ratione, tolerare, sed numquam in suis decretis et constitutionibus a concordia canonicae traditionis recedere” (67). La *Instructio ad episcopos austriacos* del 22 de mayo de 1841 de Gregorio XVI contiene un pasaje relativo al *dissimulare*: “Sedes Apostolica solet mala illa patienter dissimulare, quae vel impedi omni- nino nequeunt, vel, si impediuntur, funestioribus etiam incommodis facilem aditum patefacere possunt” (68). Estos dos documentos pontificios, tan parecidos entre sí y tan cronológicamente distantes, testimonian la continuidad histórica de las instituciones que estamos estudiando, acentuando el momento de la sagacidad política que ellos integran, más bien que definir su configuración jurídica en sí y por sí considerada o en relación a alguna otra institución afín.

La verdad es que las instituciones de la *dissimulatio* y de la *tolerantia*, al igual que la dispensa, tienen una naturaleza hecha de forma que no se pueden incluir en ninguna de las manifestaciones de las tres potestades de la Iglesia: legislativa, administrativa y judicial. Ellas, como la dispensa, no son una manifestación de ninguna de estas tres potestades singularmente consideradas, pero representan una manifestación de la *plenitudo potestatis* de la que está investido el jefe supremo de la Iglesia, es decir, de la potestad de gobierno del pontífice. Todo cuanto a este respecto

(65) A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum unversum* (Romae, 1831), I, tit. IV, n. 95, pág. 191.

(66) M. CONTE A CORONATA, ob. cit., loc. cit.

(67) A esta carta hace referencia VAN ESPEN.

(68) La *instructio* de Gregorio XVI es notada por CHELODI, *Jus canonicum de personis* (Trento, 1942), n. 86, pág. 144, nota (3).

hemos observado para la dispensa, debe ser aquí repetido sin ninguna limitación o reserva. Distintos podrán ser, y realmente lo son, los efectos de la dispensa, de la *dissimulatio* y de la *tolerantia*, como distintas son las causas que determinan su concreta aplicación; pero idéntico es el criterio al cual es necesario ir a parar para llegar a su calificación jurídica: el criterio de la *plenitudo potestatis*, antagónico al de la separación de los poderes. Pero por fuera de aquel criterio se podrá entender el práctico funcionamiento de las mencionadas instituciones, es decir, su realidad fenoménica, su entidad de hecho, no ya recoger su esencia jurídica, en cuanto a decir catalogarlos en la fenomenología jurídica propia de la ordenación canónica. Actos políticos, por tanto, como manifestaciones de la potestad de gobierno del pontífice, deben ser considerados la *tolerantia* y la *dissimulatio*, ni más ni menos que la dispensa. El poner el acento sobre su preeminente aspecto político, mientras se distinguen de la categoría amorfa de los actos de mero hecho, no excluye que sean jurídicamente importantes, como los que producen verdaderas y propias consecuencias jurídicas.

Es necesario proceder ahora a la determinación de estas consecuencias. La *tolerantia* hace disminuir la obligación que se deriva de una determinada ley y, por tanto, atribuye un verdadero y propio derecho subjetivo a cada uno sujeto a su observancia, en el sentido de que no es lícito a nadie alterarlos dentro de los límites consentidos por el acto que permite la no observancia de la norma (69). La *dissimulatio*, en cambio, no debilita la obligación moral que se deriva de las leyes que no son meramente penales, sino que suprime solamente la sanción penal a ellas unidas. De donde se dice, aun cuando más bien impropiaemente, que, en presencia de la *dissimulatio*, la ley se transforma de jurídica en meramente ética (70). La *dissimulatio* no atribuye a nadie ningún derecho de proceder *contra legem*. Del hecho de que la *dissimulatio* debilita la sanción penal unida a la norma, aunque no a la obligación moral que se deriva de ésta, allí donde la *tolerantia* hace caer también a ésta, consigue que con relación a las leyes meramente penales la *dissimulatio* está en el mismo plano de la *tolerantia*, y solamente en las leyes no meramente penales se distinguen netamente (71). Si es verdad que la *dissimulatio* "formaliter efficit, ut foro ex-

(69) A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, cit., n. 53, pág. 60.

(70) M. CONTE A CORONATA, ob. cit., n. 172, pág. 193.

(71) M. CONTE A CORONATA, ob. cit., n. 172, pág. 194. Que la *dissimulatio* no tenga el efecto de debilitar la obligación que se deriva de la ley no observada, sino solamente el de no castigar su violación, *ad graviora mala vitanda*, concuerda la doctrina; cfr. ENGEL, *Collegium universi iuris canonici* (Venecia, 1718), lib. I, tit. II, § II, n. 11, pág. 10; G. MICHELS, *Normae generales iuris canonici* (Lublino, 1929), págs. 455, 456; I. CHELONI, ob. cit., n. 86, pág. 144.

terno contra legis violatores aut ad actum irritandum numquam procedatur ex officio, quandoque nec ad instantiam (72), se queda dejando la obligación moral que se deriva de la ley violada, es verdad también que la institución de que se trata da existencia, para los sujetos a los cuales se refiere, a una disensión entre foro externo y foro interno, aun cuando, no obligándoles en el foro externo, continúa, sin embargo, obligándoles en conciencia. Por lo demás, la justificación de esta disensión, que se remite a la buena voluntad de cada uno resolver mediante la observancia de la norma, reside en la necesidad de evitar un mal más grave que el que se deriva de la violación de la ley. En la *dissimulatio*, así como en la *tolerantia* o *permissio comparativa*, va innato un juicio comparativo entre dos términos: por una parte, el daño necesariamente unido o la no observancia de la norma o bien a la *dissimulatio* de un hecho jurídicamente ilícito o inválido; por otra parte, un daño mayor que se deriva de la observancia de la norma o bien de no aplicar la *dissimulatio* en lo que respecta al hecho jurídicamente ilícito o inválido. Entre los dos daños se escoge el que se considera menor.

La cosa más interesante, o verdaderamente más impresionante, es que este juicio comparativo puede ser formulado no solamente en las comparaciones de la violación de una disposición de derecho humano o de un hecho prohibido por el derecho humano, sino además en los casos en que esté puesta en juego la violación de una norma de derecho natural o divino o bien un hecho prohibido por el derecho natural o divino (73). La justificación de esto se ha querido encontrar en la consideración de que la *dissimulatio* "est essentialiter actus negativus in pati, qui nihil positivi infert" (74), es decir, un acto que no implica aprobación del menor mal como lícito (75).

Anteriormente hemos referido varios ejemplos históricos de aplicación de la *dissimulatio*, sacándolos sobre todo del campo del derecho matrimonial, en el cual se usó ampliamente de nuestra institución. Ahora que hemos explicado su esencia jurídico-política y los efectos, no nos parece salirnos de la obra al hablar de un ejemplo, también relativo a la materia matrimonial, sacado de la vigente legislación canónica. Nos referimos al caso observado en el can. 1.071, § 1, n. 2, C. J. C. Para hacerse cargo de la excepción al principio general de "habiles ad accusandum matrimonium sunt coniuges in omnibus causis separationis et nullitatis", con-

(72) I. CHELODI, ob. cit., n. 86, pág. 144, nota (3); G. MICHELS, ob. cit., loc. cit.

(73) I. CHELODI, ob. cit., loc. cit.; M. CONFÀ A CORONATA, ob. cit., loc. cit.

(74) I. CHELODI, ob. cit., loc. cit.

(75) ENGEL, ob. cit., loc. cit.

tenida en el citado canon, se debe ir a parar, a mi entender, a la institución de la *dissimulatio*. En los casos en que ambos cónyuges, o uno de ellos, por haber sido *causa impedimenti*, están privados del *ius accusandi*, la *dissimulatio* obra en relación a un hecho por casualidad jurídicamente inválido, como es, en hipótesis, el matrimonio: sobre la base de la máxima “*nemo auditus propriam turpitudinem allegans*”, que con razón o por equivocación se ha querido aquí exponer, entre la consideración del escándalo o del peligro de escándalo para los miembros de una determinada comunidad eclesíástica, que se deriva de permitir acusar la nulidad de su matrimonio también al cónyuge que haya sido *impedimenti causa*, la consideración del peligro de que el número de las causas de nulidad de matrimonio aumente por virtud del ejemplo y el prejuicio que se deriva de la negación del *ius accusandi* al cónyuge culpable o incluso al inocente, el legislador eclesíástico ha preferido este prejuicio, reputándolo un mal menor respecto a las otras dos consideraciones; y por tanto, para evitar el mal mayor, ha querido disimular la invalidez del matrimonio, que podría seguir al acusar el mismo. Aquí puede estar en juego un impedimento de derecho humano o un impedimento de derecho divino; además está en discusión la *ratio sacramenti*; la *dissimulatio* se refiere a la norma de derecho humano o divino que sanciona en el caso la nulidad del matrimonio; el conflicto entre foro externo y foro interno que nuestra institución crea para ambos cónyuges o para el cónyuge que ha sido *impedimenti causa*, no podrá ser resuelto más que mediante la llamada convalidación del matrimonio, apartando, hasta donde sea posible, el impedimento que produce la nulidad de éste. Este, a mi entender, es el fundamento jurídico-político de la excepción contenida en el canon antes recordado, que tantas controversias doctrinales ha provocado.

PIO FEDELE