

DISIMULACION Y TOLERANCIA EN EL ORDENAMIENTO CANONICO (*)

La ciencia canónica moderna está entrando en un sendero nuevo. Nos referimos al contacto, creciente cada día, de juristas laicos y canonistas, del cual resulta no sólo un mutuo contacto, indudablemente beneficioso para ambos bandos, sino, además, algo más importante: la aplicación a la dogmática canónica de las técnicas modernas del Derecho. Los italianos, en sus tratados de «Diritto ecclesiastico», han trabajado intensamente en esta dirección y dejado ya huellas bien marcadas. La meta de sus intentos sería la vuelta a la unidad del Derecho, como en los tiempos del *ius commune* y del *utrumque ius*, nada menos, según piensan algunos.

A nosotros nos parece que en este asunto hay que guardarse de apriorismos y de optimismos excesivos. En cierto conocido tratadista contemporáneo de Derecho penal canónico leemos que la ley civil puede imponer penas *latae sententiae*, lo mismo que la Iglesia en su ordenamiento. La afirmación es importante porque revela todo un concepto unitario del Derecho. Nosotros pensamos que ahí está ese exagerado optimismo y apriorismo que hemos insinuado. Se quiere cubrir bajo un techo común y unívoco estructuras tan diversas como el ordenamiento canónico y el civil (por no hablar del internacional) y se busca en qué consista esa común sustancia jurídica que ha de haber latente bajo todas las normas si se quiere que éstas sean válidas y obligatorias. En este asunto estamos aún lejos de soluciones claras e indiscutibles. De ahí habría que arrancar para una teoría general del ordenamiento canónico.

En un plano un poco inferior, necesitamos los canonistas una clara visión general de nuestras instituciones canónicas, en cuanto enraizadas en esa sociabilidad peculiar que corresponde a la Iglesia, sociabilidad peculiar que nace de su carácter positivo, obligatorio y sobrenatural. Este tema, eclesiológico-jurídico, es también un presupuesto radical para una construcción de la teoría general del Derecho canónico.

(*) GIUSEPPE OLIVERO: *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*. Milano. Giuffrè (1953), 208 pp. 25 cm.

Por eso pensamos que la postura moderna de los juristas que tratan con la misma técnica todos los ordenamientos es excesivamente optimista y apriorista y se olvida de las peculiaridades del ordenamiento canónico: no de las peculiaridades superficiales que saltan a la vista por la mera comparación de las instituciones paralelas en ambos ordenamientos, sino de las particularidades radicales, jurídicas o prejurídicas, que pertenecen al cimiento de la estructura sociológico-jurídica de la Iglesia. Miradas las cosas de este ángulo, el lector queda perplejo cuando le dicen que la pena *laetæ sententiæ* es de suyo una institución jurídica indiferenciada, aplicable al Estado antiguo o moderno lo mismo que a la Iglesia. Bien se echa de ver ante afirmaciones como ésta que no tenemos bien construída nuestra teoría general del Derecho canónico.

El profesor OLIVERO, de la Universidad de Catania, no ha abordado el problema tal como aquí se insinúa, ni—creemos—lo tenía *in mente* de un modo explícito cuando escribió su interesante monografía sobre dos instituciones canónicas tan peculiares como son la disimulación y la tolerancia. Su finalidad es distinta: pretende delimitar el sentido de esas instituciones, recogiendo los datos históricos pertinentes y tratándolos con una depurada técnica moderna, para describir los rasgos de su fisonomía y separarlas a la vez de otras instituciones tangenciales, como la costumbre, el derecho particular y, sobre todo, la dispensa. Pero al realizar esa labor, el profesor OLIVERO no podía menos de tropezar con el filón de las características peculiares del ordenamiento canónico. El autor de dicha preciada monografía no ha explotado ese filón; no era tal su intento. Hace, sí, preciosas indicaciones sobre él, aunque someras, breves y como al margen de los fines pretendidos en su estudio. Mas por su importancia merecen subrayarse, y lo hacemos con la persuasión de que estudios como éste pueden señalar un campo de trabajo cuyos resultados, en orden a un conocimiento profundo del ordenamiento canónico, serían de incalculable interés. Cuando tuviésemos hecho el estudio completo de todas las instituciones estrictamente canónicas, desde el punto de vista de su especial modo de juridicidad, derivado de los datos dogmáticos y empíricos que son peculiares de la Iglesia, tendríamos la base indispensable para montar la teoría general del Derecho canónico de un modo verdaderamente científico.

El análisis realizado por OLIVERO, aunque limitado a dos instituciones afines, la disimulación y la tolerancia, deja ya entrever resultados de importancia. La Iglesia, en estas dos instituciones, manifiesta un modo de obrar peculiarísimo: ante un comportamiento antijurídico de al-

gunos de sus súbditos, en vez de reaccionar de frente y obligar a los fieles, por medios coercitivos, a que se pongan dentro de la ley, disimula o tolera, haciendo que no ve lo que es palmario o incluso admitiendo en su ordenamiento conductas anormales alejadas del *optimum* señalado en la ley y reclamado por los principios generales de ese ordenamiento y por los fines de la Iglesia. Este modo oblicuo de reaccionar, esta política de balancín, resulta extraña a los ordenamientos civiles, para los cuales es dogma inconcuso la obligación de todos y cada uno de los súbditos de observar la norma legal en todos los casos.

Hemos dicho política de balancín y desearíamos que el lector no malentendiera esa frase adscribiéndole un sentido peyorativo. La disimulación y la tolerancia son instituciones eclesiásticas apoyadas en razones espirituales; de otro modo serían maquiavelismos de baja ley. Cuando la Iglesia afirma que «*detrahendum est aliquid severitati ut maioribus malis sanandis caritas sincera subveniat*» (c. 25, D. 50), no abandona sus leyes al capricho del superior ni introduce la anarquía en su ordenamiento, sino que huye del concepto, muy poco canónico, de la idolatría de la norma y hace triunfar el principio de la caridad. «*Ad maiora mala vitanda*», decían los textos viejísimos y seguimos repitiendo hoy. Lo cual supone una comparación como a brazo de balanza —balancín dijimos arriba— para discernir si de la exigencia total de la norma cuyo incumplimiento se prevé no se derivarán mayores males que los del incumplimiento mismo y no resultará lacerada la caridad. Porque la Iglesia «*simul recipit malos et bonos*» (c. 15, C. 23, q. 4) y Cristo es también cabeza de estos últimos. Y es siempre—dice muy bien OLIVERO—el excesivo coste del mantenimiento del orden jurídico lo que justifica que la Iglesia disimule o tolere comportamientos anormales de sus subordinados.

Hay más. En estas dos instituciones se columbra el valor general, en el ordenamiento canónico, de aquella observación que hace VIDAL referente a los delitos consistentes en violaciones de preceptos jurisdiccionales al afirmar que al Prelado eclesiástico compete no sólo buscar el bien común de los fieles por medio de sanciones comunes, sino también el bien individual de cada uno de ellos. Si no nos equivocamos, la disimulación y la tolerancia, sobre todo la primera, responden al mismo criterio y señalan *el servicio a cada uno*, como una de las más acusadas características que pueden hallarse en la raíz del ordenamiento canónico.

La Iglesia nunca dice *fiat iustitia, pereat mundus*. Por una ley es-

pañola que regula la importación de automóviles, ocurrirá que veinte autocamiones, desembarcados ilegalmente, se oxidarán año tras año en el puerto y se arruinará su propietario, aunque tal vez interesara que esos vehículos rodaran por nuestras carreteras. Se ha hecho justicia: los motores se han perdido. Este concepto aristotélico-tomista de la justicia general y particular no es la llave del ordenamiento canónico, cuyos subordinados no son propietarios de camiones, sino hombres que individualmente sirven a Dios e individualmente se salvan o se condenan. Antes que la justicia es la caridad, incluso—hay que decirlo— en las relaciones laborales cristianas. El Estado dirá con todo motivo «hágase justicia y piérdanse veinte automóviles», pero la Iglesia no puede decir «hágase justicia y piérdanse veinte hombres», porque *salus animarum suprema lex*, y a esta *lex* cede todo. ¿Cabe asentar de un modo más firme la primacía de la caridad? *Dilantentur spacia caritatis*, escribió SAN AGUSTÍN. El ordenamiento canónico en virtud del fin de la Iglesia resulta «dilatado» más allá de donde termina la esfera de la justicia estricta de la norma común. A esta dilatación, varía en cada caso y, por tanto, *elástica*, sirven un grupo de instituciones características: la costumbre, el privilegio, la dispensa, la disimulación, la tolerancia. He aquí otra conspicua característica de nuestro ordenamiento: su elasticidad.

De ahí resulta una consecuencia—de la que se ocupa el profesor OLIVERO—: que el dogma de la igualdad ante la ley es extraño al ordenamiento canónico. El iustre profesor, de quien estamos haciendo mérito, pretende, agudamente, resolver el problema afirmando que en el ordenamiento canónico existe la igualdad ante la ley, pero con una modalidad distinta, en cuanto que hay razones de desigualdad válidas igualmente para todos. Si hemos entendido rectamente su pensamiento (cfr. p. 32), OLIVERO viene a afirmar en fin de cuentas que la igualdad de nuestro caso se cifra en que todos y cada uno pueden ser objeto de un trato desigual. Algo sutil es esto. Al lector le vendrá tal vez a las mientes el recuerdo de ciertas explicaciones que quieren mantener el principio de legalidad de las penas, a pesar del canon 2.222, § 2. No hay que olvidar, además, que nadie tiene derecho a ser disimulado, como afirma victoriosamente OLIVERO en una de sus más brillantes demostraciones.

La ley en el ordenamiento canónico es sólo un valor límite. Por encima de ella está la parábola del hijo pródigo (su hermano se quejó contra él al padre con toda *justicia*) y la de la oveja perdida, que también fué objeto de un trato desigual con relación a sus compañeras. ¡Qué

extraño es todo esto al concepto de justicia legal que soporta los ordenamientos civiles !

* * *

Después de devolver nuestro eco al estudio de OLIVERO, tenemos que dar en esta nota una rauda visión de su libro, junto con algunas observaciones críticas. Trata de disimulación y de tolerancia. Volumétricamente, hay seis capítulos para la primera y sólo uno—largo—para la última. A pesar de que aquélla ha desaparecido del ordenamiento canónico actual, mientras ésta se conserva (cáns. 5, 515, 1.258, § 2; 1.374, 1.452, 2.125, § 1; el excomulgado tolerado no es caso de verdadera tolerancia, sino sólo una atenuación legal de su capitidiminución).

Hemos dicho que la disimulación no está codificada. Mas eso no quiere decir que no exista. La utiliza hoy la Iglesia no sólo, notoriamente, en sus relaciones con las políticas estatales, sino también frente a conductas individuales. Pero al no constar en el Código, el problema de su aplicación presenta caracteres de gran dificultad. OLIVERO limita a unas pocas líneas el problema de la competencia de la disimulación. Contra DE PAULI, afirma que la competencia para disimular no se mide por la competencia para dispensar; en efecto, OLIVERO ha demostrado el error de aquellos que ven en la disimulación sólo una manera de dispensa, y ha asentado la autonomía del instituto de la disimulación. Siendo ésta un acto *sonans in pati*, será competente para disimular quien lo sea para imponer sanciones o adoptar providencias administrativas que de ley ordinaria reprimen los actos antijurídicos. La solución es lógica y elegante y pudo aplicarse en el Derecho precodicial en aquellos casos en los que las decretales antiguas contenían la frase *dissimulare poteris*. OLIVERO ha recogido estos casos en un capítulo exhaustivo. Mas en cuanto al Derecho actual no podríamos afirmar lo mismo, sin grandes reservas y matices. En casos concretos un Prelado podrá consultar a Roma y el Dicasterio correspondiente podrá responder *dissimulare poteris* o algo equivalente. Cuando esto ocurra, la norma de competencia establecida por OLIVERO no podría tacharse de falsa, pero advirtiendo que se trata de una competencia delegada *ad casum*. En el Derecho penal existen muchas sanciones facultativas (cáns. 2.127, § 1, n. 1; 2.223, § 2); el juez eclesiástico puede por ley general diferir para más tarde la aplicación de una pena *si maiora mala praevidantur*, y aun abstenerse de su aplicación (cán. 2.223, § 3, nn. 1-2). En el orden administrativo los procesos de remoción de párrocos son facultativos (can. 2.147, § 1) y en Derecho de religiosos pueden citarse normas simi-

lares. En tales casos puede haber lugar a la disimulación, pero es de notar que esa competencia queda marcada por el Código, el cual, sin mencionar la disimulación, pero implícitamente, la engloba en su cuerpo de leyes al establecer procedimientos represivos voluntarios. La doctrina de OLIVERO significa una contribución para la interpretación de esas leyes. Lo que, a nuestro parecer, es inaceptable, es afirmar, sin más, que en el ordenamiento canónico todo superior competente para reprimir lo es *ipso facto* para disimular. Lo será si tiene un fundamento en el Código o en un rescripto pontificio. Para los demás casos nosotros, por analogía, aplicaríamos la norma del canon 81; exigiríamos, por tanto, temor de un mal mayor que el de la inobservancia de la ley, urgencia del caso y materia sobre la que la Santa Sede aconsejaría disimular, teniendo en cuenta, en cuanto a esta última condición, que la materia de la disimulación es amplísima y abarca incluso—como enseña muy bien OLIVERO—las leyes divinas.

* * *

La disimulación tiene en la actualidad un amplio terreno de aplicación en el fuero interno, supuesta la buena fe. De ello tratan los manuales de Teología práctica que recogen las normas para confesores. En la esfera jurídica la disimulación se nos presenta como una entidad vaporosa, difícilmente aprisionable. Los decretalistas la confundieron con la dispensa, hasta que SÁNCHEZ separó claramente ambas instituciones, a pesar de lo cual encontramos aún en canonistas modernos quien no ve diferencias esenciales entre ellas. Mérito de OLIVERO es haber puesto esas diferencias con tal relieve, que ninguno de sus lectores dudará de ellas.

Otros ven en la disimulación una manera de tolerancia, cosa que OLIVERO rechaza con razones muy eficaces. Con el fin de dar sustancia jurídica a la institución, se ha intentado llevarla al terreno procesal, dándole un contenido de extensión inadmisibile y aplicándole incluso a la demanda privada: SCHERER, con DE PAULI, se esforzarán por clasificar dentro de la disimulación la «Klagabweisung» o privación del *ius agendi* prevista en el canon 1.971. Nuestro autor no se deja impresionar por tales afirmaciones. Camina con paso firme entre las abstracciones y complicaciones de esas doctrinas y nos lleva a la conclusión de que la disimulación no da derechos al autor del comportamiento disimulado; que es sólo una omisión de sanciones o providencias coercitivas nacida de una ignorancia ficticia de los hechos antijurídicos; que nadie tiene derecho a ser disimulado y que, si lo es, se encuentra ante el Prelado en la misma condición que si éste ignorase de hecho lo que finge ignorar;

que es sólo una situación provisional y transitoria, la cual puede cesar en cualquier momento si el superior cree conveniente darse por enterado de los abusos y corregirlos. La construcción de OLIVERO nos parece, en lo fundamental, inobjetable. En cambio, no vemos con claridad que la fórmula *dissimulare poteris* implique una orden de disimular. La obligación de disimular existe *positis ponendis* en el terreno moral, porque el superior debe elegir el mal menor. Mas en el jurídico, la disimulación nos parece más bien un acto *ad arbitrium* del superior, como resulta de la fórmula indicada, así como de los casos contenidos en la ley a los cuales, como arriba insinuábamos, se puede aplicar el instituto de la disimulación.

La tolerancia, como institución codificada, es más conocida de los canonistas de nuestros días. Pero damos la razón a OLIVERO cuando afirma que la dogmática de la tolerancia es aún embrionaria y necesitada de perfección. El ha intentado realizar esa labor en el capítulo último de su libro. Y no nos atreveríamos a decir que en ella le haya acompañado el acierto con que ha trabajado en los capítulos dedicados a la disimulación. Ni él mismo parece estar muy seguro de varias afirmaciones suyas que consideramos fundamentales en el problema.

Es sintomático que en los mejores tratadistas que de propósito han examinado la cuestión falte uniformidad en la visión fundamental de ese acto. OLIVERO está en lo cierto cuando propugna el sentido positivo de la *lex tollerans*, contra NILLES y DE PAULI, para quienes la tolerancia sería un *actus sonans in pati*. Pero en la interpretación de algunos de esos autores, podría concedérseles que, aunque la estructura jurídica de la tolerancia contenga relieves netamente positivos, con todo, en el origen de la providencia tolerante es posible entrever una situación *patiens* en cuanto que la Iglesia se ve constreñida a soportar una conducta alejada de las líneas generales de su ordenamiento, dándole un cauce (sin duda positivo) que no quisiera. OLIVERO atribuye, además, a la tolerancia efectos de impunidad y licitud no sólo jurídicos, sino morales. También en este punto su postura nos parece la verdadera, aunque no nos dé datos nuevos para la controversia existente.

Este capítulo contiene una interesante contribución doctrinal de comparación de la tolerancia con la dispensa, la costumbre y el derecho particular. Son tres párrafos densos que contienen puntos de vista personales y muy interesantes, aunque tal vez no definitivos ni completos. Ni parece que OLIVERO los tenga por tales. Por nuestra parte, diríamos que tampoco son siempre exactos. Así, la dispensa en el ordenamiento canó-

nico no tiene por única misión eliminar la inhabilidad de los sujetos desprovistos de determinados requisitos necesarios para actuar. Este caso se verifica con frecuencia; por ejemplo, dispensa de impedimentos para casarse o de irregularidades para ordenarse. Pero a veces la dispensa no concede habilidad alguna; así, la dispensa de la residencia coral para poder dedicarse a la catequesis. Ahora bien, no era necesario señalar ese efecto de habilitación del sujeto para contraponer eficazmente tolerancia y dispensa en cuanto que ésta da como resultado una conducta que en abstracto es de plena conformidad con el ordenamiento, posible, por tanto, para quien quiera *positis ponendis*, mientras que aquélla va más adelante, puesto que constituye una *factispecie* nueva al legitimar actos que de otro modo no podrían tener lugar en el ordenamiento, por ser materias que éste tiene que ignorar o repudiar.

* * *

Es forzoso terminar. El libro de OLIVERO es de los que sugieren e invitan al diálogo. Tal vez su máximo acierto está en la elección del campo de trabajo y en el enfoque de los asuntos: con ello nos ha señalado una ruta de primerísimo interés. Felicitémosle.

TOMÁS G. BARBERENA

Catedrático en la Facultad de Derecho Canónico de Salamanca