

A PROPOSITO DEL CANON 81

Recientemente la Comisión de Intérpretes del Código Canónico ha promulgado una respuesta acerca de la cláusula "difficilis recursus ad Sanctam Sedem" del canon 81. No se puede negar la importancia de esta resolución, que viene a precisar auténticamente el sentido exacto de la ley.

En las páginas que hemos escrito no ha sido nuestro propósito dar únicamente un comentario a la mencionada respuesta: nos ha parecido útil que no estorbaría un sencillo "excursus" sobre la historia del canon 81, sobre todo a través de la doctrina de los autores. Es todo lo que intentamos en estas líneas. Y, como quiera que no puede negarse en modo alguno el paralelismo que existe con el canon 1.045, no hemos olvidado el caso concreto de la potestad episcopal de dispensar en los impedimentos matrimoniales.

Para proceder con orden en la exposición de las ideas, hemos partido en dos nuestro trabajo: en la primera parte, estudiamos la doctrina anterior al Código; reservamos para la segunda la de los autores contemporáneos, para terminar con la reciente respuesta de la Comisión del Código.

I. LA POTESTAD EPISCOPAL DE DISPENSAR EN LAS LEYES GENERALES DE LA IGLESIA, ANTES DEL CÓDIGO

Propiamente debería comenzar nuestro estudio en los autores posteriores a los decretalistas del siglo XIV: BRYN, en su magnífica obra *De dispensatione in iure canonico, praesertim apud Decretistas et Decretalistas*, ha estudiado concienzudamente la materia. Sin embargo, no será inútil, a título de introducción, exponer las conclusiones de BRYN, por lo que se refiere concretamente a la potestad episcopal.

Es difícil seguir atentamente los pasos de la disciplina eclesiástica y de la doctrina de los juristas acerca de los límites de la potestad de dispensar de los Obispos. En los primeros siglos de la Iglesia, en que muchas de las leyes canónicas eran simplemente episcopales, no costaba mucho dar solución práctica a los conflictos concretos. Sin embargo, cuando el derecho

fué preponderantemente pontificio y cuando, científicamente, comenzó a estudiarse la relación que existía entre la dispensa y la misma potestad legislativa, comenzó la diversidad de opiniones sobre la autoridad episcopal.

Quizá fué GRACIANO el primero que apoyó decididamente la exclusiva potestad pontificia en orden a dispensar de las leyes generales de la Iglesia. Es célebre su dicho al c. 16, C. 25, q. 1: "Sacri siquidem canones ita aliquid constituunt, ut interpretationis auctoritatem Sanctae Romanae Ecclesiae reservent. Ipsi namque soli canones valent interpretari, quí ius condendi eos habent... Quaecumque ergo de decimis, vel quibus libet Ecclesiasticis negotiis, sacris canonibus diffiniuntur, intelligenda sunt necessario seryari, nisi auctoritas Romanae Ecclesiae aliter fieri mandaverit vel permiserit" (1). Con ello, ¿quería GRACIANO afirmar el derecho exclusivo del Papa en la dispensa de las leyes generales? ¿O, por lo menos, enumeró los principios fundamentales que contenía aquella doctrina? STIEGLER defiende lo primero; mientras que HINSCHIUS, LINDER y BRYs se inclinan por lo segundo. Indudablemente, un estudio comparado del Decreto de Graciano no disipa todas las dudas que se ofrecen a este respecto (2).

Con los decretistas se formó la teoría jurídica de la dispensa, en la cual influyeron no poco los principios del Derecho romano. Aquéllos afirmaron teóricamente la potestad exclusiva del Papa en la dispensa de las leyes generales, pero se esforzaron en dar una explicación racional al hecho de las muchas dispensas dadas por los Obispos. BERNARDO DE PAVÍA, por ejemplo, dedujo la potestad episcopal de la costumbre (3), mientras que PEDRO BLESENSE la hizo derivar de una delegación pontificia (4) y SIMÓN DE BISINIANO, de una expresa concesión del Derecho (5). En algún punto concreto, como en los cánones generales, los decretistas sostuvieron la potestad de dispensar de los Obispos en virtud de una delegación del Derecho. HUGUECIO llegó incluso a plantear esta cuestión: si el Obispo goza de potestad de dispensar "in omnibus casibus non prohibitis" o sólo "in casibus concessis". Y SIMÓN DE BISINIANO insinuó otra: si la "semel permissa dispensatio" por el Papa llevaba consigo la potestad de dispensar

(1) RICHTER-FRIEDBERG, *Corpus Iuris Canonici* (Lipsiae, 1881), vol. I, cáps. 1.011-1.012.

(2) Cfr. para esta cuestión J. BRYs, *De Dispensatione in Iure Canonico, praesertim apud Decretistas et Decretalistas* (Brugis-Wetteren, 1925), págs. 85-87.

(3) "Ex consuetudine tamen possunt Episcopi, etsi legem communem condere non valeant, concedere privilegia (et dispensationes) seu in rebus quae sese extendunt ad suam iurisdictionem". LASPEYRES, *Bernardi Papiensis Summa Decretalium et Summa de Matrimonio* (Ratisbona, 1861), pág. 254.

(4) "Episcopi permittuntur quandoque canones relaxare". Ad. cap. XIX, cit. por BRYs, o. c., pág. 144.

(5) "Haec dispensatio facienda ab hoc canone conceditur". A. D. LXXXII, c. 5. Cit. por BRYs, o. c.

de un modo general (6). Un autor, por otra parte muy agudo, como fué VICENTE ESPAÑOL, llegó a afirmar lo siguiente, según nos refiere la Glosa ordinaria: "Vicentius dixit episcopum posse dispensare ubi non invenitur prohibitum ut invenitur aliquando dispensatum" (7). Estas corrientes influyeron decisivamente en las doctrinas de los autores posteriores (8).

El modo de obrar de los Obispos tenía una explicación muy racional: ellos se consideraban como los verdaderos custodios de la disciplina eclesiástica, y, por otra parte, no siempre era posible conseguir una dispensa concreta de la ley, emanada del Pontífice (9). Sin embargo, los Papas intentaron imponer el principio básico de que la potestad de dispensar está en el mismo plano que la potestad legislativa. Mientras PASCUAL II (1099-1118) vindicó para el Romano Pontífice la autoridad sobre las leyes de los Concilios generales (10), ALEJANDRO III (1159-1181) estableció que el Obispo podía dispensar a los clérigos en ciertos casos. El texto concreto de esta decretal tuvo mucho influjo en las ideas de los comentaristas de su tiempo, los cuales hablaron confusamente de la absolución y de la dispensa propiamente dicha y contribuyó también a que surgieran diversas opiniones sobre el ámbito de la potestad episcopal de dispensar (11).

Fué INOCENCIO III el que estableció el principio de la potestad exclusiva del Papa. En su decretal de 1211 (12), en la que trata de una consagración episcopal efectuada contra Derecho, afirma lo siguiente: "Quum ergo nobis constiterit supradictum episcopum in pluribus deliquisse, tum quia sine mandato archiepiscopi, ut ipse confessus exstitit, ad huiusmodi ordinationem inordinate processit, tum, quia, etsi de mandato archiepiscopi constaret, *quam illi huiusmodi dispensatio a canone minime sit permessa, quam ad solum Romanum Pontificem non est dubium pertinere*, ipsi ob-

(6) Cf. BUISS, o. c., p. 142-146.

(7) In c. 4, De iudiciis, vº de adulterio. Cf. A. VILLEN, *Dictionnaire de Theologie Catholique*, v. Dispense, v. 4, 2.º p., c. 1434-1435.

(8) Sobre toda esta materia, cf. BUISS, o. c., p. 243-246.

(9) Cf. VILLEN, l. c., c. 1432-1433.

(10) "... Num omnia Concilia per Romanae Ecclesiae auctoritatem et facta sunt et robur acceperint et in eorum statutis Romani Pontificis patenter excipiatur auctoritas". C. 4, X, l. 6. RICHTER-FRIEDBERG, o. c., v. 2, c. 50.

(11) He aquí el fragmento que nos interesa: "De adulteriis vero et aliis criminibus, quae sunt minora, potest Episcopus cum suis Clericis post peractam poenitentiam dispensare." C. 4, X, II, 1. RICHTER-FRIEDBERG, o. c., v. 2, c. 240. A este texto hay que añadir la decretal de Inocencio III, c. 29, X, 5, 39, relativa a la absolución de censuras y que fué muy citada por los autores posteriores. Dice el Pontífice "quia conditor canonis eius absolutionem sibi specialiter non retinuit, eo ipso concessisse videtur facultatem aliis relaxandi". RICHTER-FRIEDBERG, o. c., v. 2, c. 900. Sobre todos estos textos y su influencia en las doctrinas posteriores, cf. A. VAN HOVE, *De Privilegiis. De dispensationibus*. Malinas-Roma, 1939, p. 320 ss.

(12) Esta decretal es de Inocencio III, aunque las ediciones corrientes del *Corpus* la atribuyen falsamente a Honorio III. Hay que hacer notar también la diversidad de interpretación que obtuvo en diversas épocas esta decretal, por la omisión que hizo S. Ramón de Peñafort de la cláusula "*quam ad solum Romanum Pontificem non est dubium pertinere*". Cf. VAN HOVE, o. c., p. 321 ss.

temperare non debuit in hac parte..." (13). De aquí que los decretalistas, por una parte, afirmaran que el Obispo no puede dispensar si el Derecho no se lo concede, y por otra parte, distinguieron mejor entre la absolución y la dispensa. Sin embargo, INOCENCIO IV, por ejemplo, estableció una dictrina que tuvo no pocos seguidores: "Non licet episcopo super faciendis dispensare, scilicet ut aliquid fiat contra canones, nisi ubi permittitur a iure... super eo autem quod factum est super dispensare potest ut toleretur, nisi prohibeatur" (14).

¿Existían, además otros casos en que se conocía tal potestad por parte del Derecho? INOCENCIO IV admitió una *implicita iuris concessio* en el caso "ubi ius concedit dispensationem simpliciter". Además, el mismo INOCENCIO IV y el HOSTIENSE afirmaron la potestad episcopal de dispensar si esto procedía de una *costumbre legítimamente prescrita*. Más todavía, en el caso de existir una "*urgens necessitas*" o una "*evidens utilitas*", también había que afirmar la potestad episcopal. Así lo admitieron no pocos autores (15). Con ello no hicieron más que abrir los cauces por donde siguieron los canonistas de los siglos posteriores.

1) *Cuestión especulativa: la potestad episcopal acerca de las leyes generales de la Iglesia*

Comencemos por la cuestión teórica, por ser fundamental en esta materia.

VAN HOVE ha trazado un cuadro completo, por lo que se refiere a la doctrina de los últimos decretalistas. Según ellos, hay que mencionar tres fuentes inmediatas, de las cuales deriva la potestad episcopal de dispensar: la misma ley, la costumbre y la concesión impersonal del legislador. Por lo que se refiere a la primera, una doble corriente se insinúa: la que cree que el Obispo puede dispensar donde no le está prohibido y la que defiende que no lo puede hacer donde no le está concedido. El HOSTIENSE, GUILLERMO DURANTIS y, sobre todo, ANTONIO DE BUTRIO expusieron ampliamente los autores y los argumentos que militaban por ambas partes (16). No existió mayor unanimidad, por lo que se refiere a la concesión impersonal "nisi fuerit dispensatum": según unos, siguiendo a VICENTE ESPAÑOL, la cláusula equivalía a una concesión de la potestad;

(13) C. 15, X, l. 11. RICHTER-FRIEDBERG, o. c., v. 1, c. 122-124.

(14) *In quinque libros Decretalium... commentaria doctissima*. Venetiis, 1610, Ad. c. 15, X, l. 11.

(15) Véase detalladamente estas cuestiones en BRYS, o. c., p. 250-253.

(16) Cf. VAN HOVE, o. c., p. 326 ss.

(17) Cf. VAN HOVE, o. c., p. 329-330.

otros, en cambio, con ANTONIO DE BUTRIO, sostuvieron la opinión, menos común, de que se requería la mención explícita del Obispo (17).

A partir del siglo XVI hay una idea que prende en muchos autores: la de que el Obispo puede en su diócesis lo que el Papa puede en la Iglesia universal. Por esto hay una fuerte corriente de opinión que defiende que para que al Obispo no le sea dado dispensar en su diócesis se requiere absolutamente que exista una *reservación positiva* hecha por el legislador supremo (18). Otros autores, en cambio, no se atrevieron a formular una afirmación tan rotunda, y fueron no pocos los que se entretuvieron en analizar casos concretos, sin llegar a un principio general.

PEDRO REBUFFO († 1557) expone los argumentos de ambas sentencias y se inclina por la más favorable a los Obispos. Su pensamiento se mueve alrededor de una presunción de la mente del Pontífice: "Nec obstat primum quod eius est solvere, cuius est ligare: quia hoc est verum regulariter, atamen, ut dixi, quando specialiter Papa sibi non reservat, *aliis concedere videtur...* Nec obest quod non possit tollere legem superioris, quia inferior dispensando *non videtur eam tollere...* Nec me moret aliud, quod in aliquibus tantum casibus sit episcòpis permissum, dispensare, quia imò dispensare in omnibus nisi a iurè prohibeatur potest, ut praedixi..." (19).

Mucho más cauto en sus afirmaciones fué SÁNCHEZ († 1610). Es cierto que uno de los argumentos esgrimidos por él es el siguiente: "Secundo quia Episcopus potest in sua Dioecesi, quidquid Pontifex in tota Ecclesia, nisi aliquid Pontifex sibi reservet" (20). Sin embargo, en otra parte de su misma obra se muestra mucho más prudente: "Conclusio communiter recepta in hac disputatione est: *Quamvis in canone superioris nequeat Episcopus ordinarie dispensare...*" Y sigue enumerando los casos en que le será posible hacerlo: "In solo necessitatis casu et quoties canon aliquis permittit in eo dispensari: vel impersonaliter de dispensatione loquitur dicens, nisi in eo dispensetur; nec explicat a quo sit dispensandum, consetur facultas dispensandi circa illum concessa Episcopo" (21). Estos últimos casos enumerados por SÁNCHEZ constituyeron el común sentir de los canonistas posteriores.

SUÁREZ († 1017) impugnó muy razonadamente el principio básico de la omnimoda potestad episcopal, estableciendo la afirmación siguiente: "In-

(18) VAN HOVE ha enumerado los tres argumentos en que se apoya esta sentencia, cuyo gran defensor fué S. Antonino: el mismo concepto de la potestad episcopal, el cap. *Nuper* antes citado (c. 29, X, 5, 39) y la autoridad de Sto. Tomás. Cf. o. c., p. 331-334.

(19) *Tractatus varii. Tractatus nominalionum*. Lyon, 1581, q. 5, n. 30-32, p. 103 ss.

(20) *De Sancto Matrimonii Sacramento*. Venecia, 1625, lib. 2, disp. 40, p. 194.

(21) O. c., lib. 6, disp. 5, p. 25 ss.

ferior non potest tollere legem superioris" (22). Sin embargo, nos dice que el Obispo puede dispensar en la ley superior, si "ius ipsum concedit talem dispensandi potestatem, quod saepe fit, vel per aliquam clausulam geenralem... vel in aliquo casu speciali de quo lex loquitur." Ahora bien, al examinar el valor de la cláusula general, que él admite, afirma que no basta que el Papa no se reserve la potestad de dispensar, sino que se requiere que positivamente conceda la dispensa y no determine la persona que podrá concederla (23). Se trata de una verdadera sutileza para explicar un principio que entonces era admitido por todos los autores.

BARBOSA († 1649) sigue la afirmación general de Suárez y admite tres casos en los cuales podrá dispensar el Obispo: "Quorum unus est, ubi canon exprimit posse dispensare licethanc potestatem expresse ipsi Episcopo non concedat." "Alter est casus ratione magnaee necessitatis." "Ultimus est ratione consuetudinis legitime praescriptae in talibus dispensandi" (24).

El campeón de la sentencia más rigorista en esta materia fué FAGNANO († 1678). Impugna las teorías de Sánchez y de Suárez y llega a afirmar que los Obispos sólo pueden dispensar cuando les está concedido expresamente. Ya ve que con ello se enfrenta con una fuerte corriente de opinión; pero sus argumentos no dejan de tener un valor muy notable: "Cum Episcopi debeant servare canones; no debent contra facere, nisi expresse concedatur" (25). Sin embargo, ¿cuándo se entenderá esta concesión expresa? Aquí nos parece que vacila el autor: "Intelligitur autem expresse permissum, si canon dicit simpliciter in aliquo casu posset dispensari... Ratio est, quia ubi ius exprimit ut dispensari possit: Ius servatur, si dispense-tur..." (26).

REIFFENSTUEL († 1703) no se apartó de la corriente general al preguntarse: "Utrum episcopus possit dispensare, nisi sint casus sibi a iure concessis..." (27); concesión que debe entenderse "vel expresse vel saltem tace" (28).

Siguiendo un criterio más moral que canónico, y dentro siempre de la

(22) *Opera omnia*, vol. 6: *De legibus*. París, 1856, lib. 6, cap. 14, n. 4-6, p. 67-68.

(23) "Sed hoc modo nec ratio, nec inductio textus erit efficax, iuxta supra dicta, nisi intelligatur non sufficere ut Papa mere negative non reservet, sed necessarium esse ut positive permittat seu concedat dispensationem, non reservando illam sibi, nec determinando personam cui committitur, tunc enim censetur Episcopo seu Praelato ordinario illam permittere..." L. c., n. 8, p. 68.

(24) *Ius ecclesiasticum univcrsum*. Lyon, 1677, l. 1, c. 11, n. 182 ss., p. 178 ss.

(25) *Ius canonicum sive Commentaria in I. librum Decretalium*. Colonia, 1759, c. 15, n. 15, p. 345.

(26) L. c., n. 17, p. 345.

(27) *Ius canonicum univcrsum*. París, 1882, l. 1, tit. 2, n. 463, p. 198.

(29) L. c., n. 465.

opinión que limita la potestad episcopal (29), hay que colocar a los Salmanticenses. Al preguntarse: "Quando hanc potestatem (tacitam) concesserit in facto Summus Pontifex Episcopo ad dispensandum in legibus a se latis?", responden enumerando seis casos: "Si lex superioris absolute permittat dispensationem, quamvis dispensatorem non designet." "Si materia non sit magni momenti." "In rebus quae communiter eveniunt." "In legibus pontificis, quae non pro tota Ecclesia feruntur." En caso de necesidad urgente, "In casibus in quibus est consuetudo introducta..." (30). En realidad, los Salmanticenses seguían la línea ya marcada por otros autores en materia moral (31).

Una repetición de los argumentos de ambas sentencias y una refutación de los que favorecen la sentencia más benigna trae SCHMALZGRUEBER († 1735), el cual, por otra parte, enumera los consabidos casos en que "episcopis et praelatis inferioribus censeatur esse concessa potestas dispensandi in lege pontificia" (32).

BENEDICTO XIV († 1758) sigue muy de cerca a Fagnano, al establecer el mismo principio que limita la potestad episcopal contra ciertos Obispos "ceteroquin erga Apostolicam Sedem obsequentissimos", los cuales "eiusdem auctoritatem non consulto, sed potius incogitanter sibi usurpare". Con el mismo autor establece el principio que: "Ad ligandas igitur inferioris manus, eiusdemque iurisdictionem coarctandam, non est necesse ut sit illi expresse interdictum, ne quidquam, contra Superioris legem audeat intentare; sed sat est, id ei nec esse ab ipsa lege permissum..." (33). Realmente, se trata de un argumento cuya lógica jurídica tiene un valor muy notable.

Si guiendo la misma doctrina, y exponiendo los mismos casos que los autores anteriores, hay que citar a FERRARIS († 1763) (34).

SAN ALFONSO († 1787), después de enumerar los casos prácticos en que los moralistas admiten fácilmente la potestad del Obispo, se pregunta: "An praeter dictos casus, possit Episcopus dispensare in legibus superioris, in quibus non sit reservata dispensatio?" Dice claramente que la sentencia

(29) "His suppositis gravis restat difficultas, an praeter dictos casus possit inferior in lege superiori dispensare? Quod est quaerere an in omni eventu in quo lex superioris non reservet expresse dispensationem sui ipsi superiori, possit inferior in tali lege dispensare?... Secus tamen et probabilior est communis sententia negans..." *Cursus Theologiae moralis*, Venecia, 1734, tr. 11, cap. 5, p. 4, § 2, n. 41-43, vol. 3, p. 59.

(30) L. c., n. 36-40, p. 59.

(31) Cf. VAN HOVE, o. c., p. 343 ss.

(32) *Ius ecclesiasticum universum*, Roma, 1843, t. 1, p. 1, tit. 2, n. 58 ss., p. 226-227.

(33) *De synodo dioecessana*, Prati, 1844, l. 9, c. 1, n. 7, vol. 41 de las obras completas, p. 289-290.

(34) *Bibliotheca canonica, iuridica, moralis, theologica...* Roma, 1886, v. 3, p. 99-100, v. dispensatio.

afirmativa "olim probabilem censui"; pero que, "re melius perpensa, omnino tenendam puto secundam oppositam", colocándose así con Suárez, los Salmanticenses, Benedicto XIV y la mayoría de autores (35).

Ya a fines del siglo XIX, D'ANNIBALE († 1892) afirma sin ningún género de duda: "Dispensationem ab eo tantum dari posse qui legem condidit, vel superiore eius: inferior nihil agit, praeterquam si in lege ipsa dicatur, posse ab ea dispensari." Tal afirmación no puede ser dudosa en manera alguna; sin embargo, el autor admite todavía, como opinión "communiter recepta", la concesión impersonal de que nos hablaban ya los decretalistas: "Nam si verba *aliquid operari debent*, cui nisi inferiori, *permittitur?*" (36).

Los autores anteriores al Código están acordes en el principio general de que sólo puede dispensar el autor de la ley; por otra parte, recogiendo la doctrina de los autores anteriores, reseñan concretamente los casos en que existe una concesión implícita hecha a los Obispos (37).

Queda claro, por la somera recensión que acabamos de hacer, que a medida que va adquiriendo solidez la doctrina jurídica acerca de la dispensa, va puntualizándose más y más el principio de que, por derecho ordinario, el Obispo no puede dispensar en las leyes generales de la Iglesia. Es cierto, por otra parte, que la dificultad principal estaba principalmente en conocer cuándo existía una concesión implícita por parte del Papa; sin embargo, en general los autores llegaron a un acuerdo en la enumeración de los varios casos jurídicos y morales en que aquélla existía.

Para comprender todo el valor de las diversas opiniones de los autores no creemos que se pueda prescindir de las resoluciones y decretos emanados de la Santa Sede. Ya CLEMENTE V, en el Concilio de Viena (a. 1312), enunció el siguiente principio, tratando de la jurisdicción de los Cardenales, *Sede vacante*: "Lex superioris per inferiorem tolli non potest" (38), y JUAN XXII aseguró en su constitución "Sancta Romana" (a. 1317), tratando de los fraticelos, que no les era lícito a los Obispos conceder aquéllos "dictum habitum et vivendi ritum", porque "nec eis concedere licuit contra formam Concilii generalis" (39). Más taxativas y más rotundas fueron las declaraciones pontificias, en épocas posteriores. La Sagrada Congregación del Concilio, en la causa "Reatina", de 3 de junio de 1592, dijo lo

(35) *Theologia moralis*. Roma, 1905 (ed. Gaudé), t. 1, ff. 2, n. 191, v. 1, p. 171-172.

(36) *Summula Theologiae moralis*. Roma, 1897, vol. 1, n. 231, p. 220-221.

(37) Véanse, por ejemplo, GENICOT-SALSMANS, *Theologiae Moralis Institutiones*, Bruselas, 1909, v. 1, p. 101, n. 129; LEHMKEHL, *Theologia Moralis*, Friburgo de Brisgovia, 1914, v. 1, p. 155.

(38) C. 2, l. 3, in Clem.; RICHTER-FRIEDBERG, o. c., v. 2, c. 1135.

(39) C. un., l. 7, in extr. IOANNIS XXII; RICHTER-FRIEDBERG, o. c., v. 2, c. 1213.

siguiente: "Ad. 4. Non licuisse Episcopo dispensare adversus Pontificiam constitutionem, nisi id ei constitutione ipsa expressim permitteretur" (40). Poco tiempo después, CLEMENTE VIII, por su decreto de 25 de julio de 1599, decía lo siguiente, relativo al servicio coral: "Superioribus autem, nec Concilii Tridentini, aut haec nostra decreta declarare, interpretari, aut relaxare ullo modo possint omnino interdiximus et prohibebus..." (41). BENEDICTO XIV, en su carta encíclica "Magnae nobis", de 29 de junio de 1748, dijo textualmente: "Romanus autem Pontifex est supra ius canonicum. At quilibet Episcopus ex iure inferior est pro indeque illius legibus derogari nequit" (42).

Por otra parte, la aparición del febronianismo, disminuyendo la autoridad pontificia y aumentando desmesuradamente la episcopal, tuvo también su importancia en nuestra cuestión. FEBRONIO afirmó en su célebre obra aparecida en 1763: "... quilibet Episcopus gaudet iure dispensandi, etiam in communibus Ecclesiae legibus, tanquam positus a Christo regere Ecclesiam Dei, cum indefinita potestate ligandi atque solvendi" (43). La reacción de la Iglesia contra esta doctrina, difundida también por el Sínodo de Pistoia (1786), fué rápida y enérgica: Pío VI, en su famosa constitución "Auctorem fidei", de 28 de agosto de 1794, condenó todas las teorías emanadas de los escritos de Hontheim y del Sínodo de Pistoia. Véanse, por ejemplo, las proposiciones 6, 7, 8 y 74 condenadas, que se refieren claramente a los derechos de los Obispos en relación con la disciplina y las leyes generales de la Iglesia (44).

¿Es posible, se preguntará alguien, que después de declaraciones tan rotundas de la Santa Sede los autores llegaron a defender en los Obispos

(40) GASPARRI, *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 5, Roma, 1920, p. 173, n. 2245.

(41) GASPARRI, o. c., vol. 1, Roma, 1923, p. 355, n. 187, § 8.

(42) GASPARRI, o. c., vol. 2, Roma, 1924, p. 150, n. 387, § 8.

(43) *De statu Ecclesiae et legitima potestate Romani Pontificis liber singularis*, Colonia y Francfort, 1777, c. 6. III, por VAN HOVE, o. c., p. 336, nota 1.

(44) Copiábase, a manera de ejemplo, las proposiciones 7 y 74: "7. Item in eo qui hortatur episcopum ad prosequendam naviter perfectionem ecclesiasticae disciplinae constitutionem, idque, contra omnes contrarias consuetudines, exemptiones, reservationes, quae adversantur bono ordini dioecesis, maiori gloriae Dei et maiori aedificationi fidelium; —Per id quod supponit episcopo fas esse proprio suo iudicio, et arbitrato statuere, et decernere contra consuetudines, exemptiones, reservationes, sive quae in universa Ecclesia, sive etiam in unaquaque provincia locum habent, sine venia, et interventu, superioris hierarchicae potestatis, a qua inductae sunt, aut probatae, et vim legis obtinent.—Inducens in schisma, et subversiones hierarchici regiminis, erronea." "74. Deliberatio synodi de transferendis in diem Dominicum festis per annum institutis: idque pro iure, quod persuasum sibi esse ait episcopo competere super disciplinam ecclesiasticam in ordine ad res mere spirituales; ideoque et praeceptum Missae audiendae abrogandi diebus, in quibus ex pristina Ecclesiae lege viget etiamnum praeceptum: tum etiam in eo, quod superaddit de transferendis in adventum episcopali auctoritate ieiunij per annum ex Ecclesiae praecepto servandis; ...Quatenus adstruit episcopo fas esse iure proprio transferre dies ab Ecclesia praescriptos pro festis, ieiunij celebrandis; aut inductum missae audiendae praeceptum abrogare. —Propositio falsa, iuris conciliorum generalium et Summorum Pontificum laesiva, scandalosa, schismati favens." GASPARRI, o. c., vol. 2, Roma, 1924, p. 688 y 707-708, respectivamente, n. 475.

alguna potestad de dispensar? Es claro que sí. Las decisiones pontificias dejaban fuera de duda un principio general: el de que los Obispos nada pueden en las leyes generales, si no les es concedido por la autoridad superior. Sin embargo, dejaron abierta la puerta de la concesión implícita o impersonal. Y por aquí discurrieron las diversas opiniones y las diversas elucubraciones de los juristas.

2) *La potestad episcopal en los impedimentos matrimoniales*

Dejamos de lado varios casos concretos de dispensa de leyes pontificias, que sería muy largo exponer: por ejemplo, el del ayuno y abstinencia; el de la observancia de los días festivos; el de los votos reservados; el de los materias benéficas; el de las irregularidades y aún el de la absolución de censuras, que no siempre pudo ser suficientemente distinguido de los casos de verdadera dispensa. Nos concretamos a analizar las diversas corrientes de opinión acerca de la potestad episcopal de dispensar en los impedimentos matrimoniales.

MARTÍN AZPILCUETA, el Doctor Navarro († 1586), enumera tres casos a los cuales se extiende la potestad del Obispo: 1) tratándose de impedimentos establecidos por él mismo; 2) de impedimentos impeditores según lo defendieron ya Paludano y San Antonino, exceptuando los votos de castidad y de religión (45); 3) de impedimentos dirimentes, en los cuales sólo podrá dispensar si concurren las condiciones siguientes: impedimento oculto, matrimonio público, separación imposible y dificultad del recurso (46). Con esto tenemos iniciada una corriente que seguirán, más o menos, todos los autores posteriores.

TOMÁS SÁNCHEZ analiza el tercero de los casos enumerados por el Doctor Navarro y defiende su misma opinión (47). Pero, dando un paso más adelante, se pregunta si "posse Episcopum dispensare aliquando in impedimento matrimonium dirimente, ante quam matrimonium contrahatur, quando urgentissima necessitas id postularet". Su respuesta afirmativa puede llamarse muy bien una atrevida innovación en la materia, que más tarde encontró no pocos impugnadores (48). Advierte, sin embargo,

(45) El autor se funda para seguir esta opinión en dos motivos: la equidad y la costumbre. Dice a propósito de ésta: "... consuetudo non tantum id habeat, sed quod etiam nec a papa, nec ab Episcopo petatur dispensatio, quando cum illo impedimento aliud dirimens non concurrat: nondum enim adhuc in tanta aetate vidi vel audivi haec fieri". *Opera omnia*, vol. 3, Lyon, 1597, cap. 22, n. 15, p. 193.

(46) *I. c.* Más adelante estudiaremos más detalladamente lo que podemos llamar "caso urgente", a través de los diversos autores.

(47) *De sancto matrimonii sacramento disputationum libri tres*, Venecia, 1625, lib. 2, disp. 40, p. 194.

(48) *I. c.*, p. 163.

que tales facultades hay que restringirlas "in dictis impedimentis occultis...., pro solo conscientiae foro..." (49).

AGUSTÍN BARBOSA sigue en todo los huellas de los anteriores autores en cuanto a los impedimentos impeditivos y dirimentes, si bien no se atreve a suscribir las atrevidas informaciones de SÁNCHEZ (50). Otra cuestión que insinúa, no exenta de discusiones, es la que puede el Obispo dispensar "quando impedimenta superveniunt matrimonio et impediunt debiti petitionem, ut in cognatione spirituali vel affinitate" (51). Al tocar este punto, el autor se movió más bien en el terreno de la moral que no en el del derecho.

El rigorista PRÓSPERO FAGNANO, al estudiar las circunstancias requeridas para que pueda dispensar el Obispo en los impedimentos dirimentes, hace especial hincapié en que éstos sean ocultos y el matrimonio público y ya contraído. No admite en forma alguna que pueda darse dispensa de impedimentos públicos en matrimonios no contraídos aún: la opinión contraria, que él adjudica a PONCIO, dice que no puede ser sostenida por ningún Obispo "absque incurso excommunicationis" (52); asegura también de ella que es "falsa et periculosa et nullatenus ad praxim deducenda" (53).

ANACLETO REIFFENSTUEL, con su erudición y claridad clásicas, expone ampliamente esta cuestión y se detiene, sobre todo, en la exposición de las condiciones requeridas en el caso de la dispensa de impedimentos dirimentes. Antes, sin embargo, formula un principio básico: "Regulariter loquendo, de iure communi non potest episcopus in ullo imperimento dirimente dispensare." Toda su argumentación se basa sobre un axioma claro y evidente: "Lex superioris per inferiorem tolli non potest" (54). Luego señala las condiciones requeridas en el caso urgente: impedimento oculto; grave necesidad; imposibilidad de recurso, y buena fe en los contrayentes. Para explicar esta doctrina recurre el sabio canonista a otro axioma: "Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum" (55). Por otra parte, REIF-

(49) L. c., p. 196.

(50) *De iure ecclesiastico universo*, Lyon, 1677, lib. 1, cap. 11, n. 182 ss., p. 178 ss. Cf. también *De officio et potestate Episcopi*, Lyon, 1679, pars. II, alleg., 35, n. 2 ss., p. 382 ss.

(51) *De iure ecclesiastico universo*, l. c. Añade: "Ita Henriquez... Bonacina... et alii plures quos refero... contra nonnullos contrarium tenentes". Cf. también *De officio et potestate Episcopi*, l. c., n. 8.

(52) Afirma lo siguiente este preclarísimo autor: "Et sane nec Navarrus nec qui ante eum scripserunt ausi sunt tradere hanc doctrinam, nisi praedictis conditionibus concurrentibus. Pontius vero alii hanc doctrinam libere extendunt ad impedimentum etiam publicum; imo et ad matrimonium contrahendum; et cum causa satis levi..." *Ius canonicum sive commentaria in I librum Decretalium*, Colonia, 1759, cap. 18, n. 33-36, p. 141. Más adelante examinaremos las demás condiciones que exige FAGNANO en el "caso urgente".

(53) O. c., n. 44, p. 442.

(54) *Ius canonicum universum*, París, 1882, vol. 5, Appendix ad librum IV Decretalium, § 1, n. 14, p. 545.

(55) L. c., n. 15, p. 545-546.

FENSTUEL justifica ampliamente que esta potestad ordinaria del Obispo debe restringirse al fuero interno y no puede extenderse al fuero externo: "Non tam vitaret quam generaret scandalum, unde nec aliqua vigeat consuetudo, tribuens Episcopis iurisdictionem dispensandi pro foro externo, sicut pro interno..." (56). Al discutir si hay que limitar tal potestad a los casos que ocurran ya contraído el matrimonio o bien puede extenderse aún a los anteriores al mismo, REIFFENSTUEL sigue a SÁNCHEZ, a pesar de la recia oposición de FAGNANO (57).

Los autores Salmanticenses no se apartan de la corriente general al afirmar que en los casos urgentes existe la potestad de dispensar de impedimentos, tanto antes como después de contraído el matrimonio. La razón está en la "tacita concessione Pontificis" y en la "epikeia benigna" (58).

BENEDICTO XIV clara y distintamente separa lo cierto de lo solamente probable. La potestad de dispensar en los impedimentos impeditivos y en el que llamamos caso urgente, la da como enteramente cierta (59). Luego examina las posibilidades de dispensa en el caso de un matrimonio no contraído aún. Estudia primero el impedimento oculto, explica la opinión afirmativa de SÁNCHEZ y la contraposición de FAGNANO, y acaba sin exponer su opinión personal: "Nullum in praesens deferimus iudicium" (60). Luego, nos da a conocer una nueva cuestión surgida en su tiempo: si corresponde al Obispo una "ordinaria potestas dispensandi in quibusdam impedimentis dirimentibus publicis". Es cierto que el común sentir de los autores lo niegan, pero "aliquot Episcopi eandem potestatem etiamnunc sibi impositis adscribunt, et contra iuris communis principia, ac communem doctorum sensum, etiam in suis synodalibus constitutionibus sibi asserere quandoque non dubitant...". El fundamento principal podría hallarse en la costumbre, que alegaban ciertos Obispos galicanos: BENEDICTO XIV refuta todos los argumentos y analiza detalladamente la posibilidad de tal costumbre. Termina así: "... nullius consuetudinis praetextu eam exercent facultatem, quam dubiam saltem atque incertam esse, dissimulare non posse..." (61).

Esta práctica galicana, que acaba de enunciar BENEDICTO XIV, tuvo su importancia, que no fué poca. Lo prueban las palabras escritas por RIGAN-

(56) L. c., n. 16, p. 546-547.

(57) L. c., § III, n. 62-63, p. 556-557.

(58) *Cursus Theologiae moralis*, Venecia, 1734, tr. 9, c. 14, p. II, n. 7-11, vol. 2, p. 166-167.

(59) En cuanto a la primera cuestión, afirma "quae nullus dubitat posse ab Episcopo relaxari"; de la segunda escribe: "ultró enim concedimus Episcopo illud relaxandi facultatem... simul concurrant sex circumstantiae...". *De synodo dioecessana*, l. 9, c. II, n. 1, vol. II, Prati, 1894, p. 290-291.

(60) L. c., c. 2, n. 3, p. 291.

(61) L. c., c. 2, n. 3-7, p. 292-294.

TI. A propósito de una consulta hecha por el Obispo de Siracusa, la Congregación del Concilio, en 13 de marzo de 1660, respondió así a la siguiente duda: "Ad Episcopum, in caso urgentissimae necessitatis, possit ante contractum matrimonium in impedimento publico dispensare. R. Negative." Más aún: por la relación clara que tales afirmaciones tenían con las doctrinas episcopalianas y febronianas tan en boga durante el siglo XVIII, tomó cartas en el asunto la propia Sagrada Congregación de la Inquisición. Esta dijo: "Propositis asserens Episcopum posse dispensare in publico impedimento matrimonii pro impedimento dirimente consanguinitatis contrahendo sive in articulo mortis, sive in alia urgentissima necessitate, in qua contrahentes non possint expectare dispensationem Sedis Apostolicae, est falsa, temeraria, scandalosa, perniciosa et seditiosa" (62). Tales decisiones influyeron necesariamente en los autores posteriores.

SAN ALFONSO analiza las opiniones corrientes en su época. Si se trata de la dispensa en un impedimento dirimente "post contractum matrimonium", afirma la potestad del Obispo, con tal que el caso sea urgente y concurren las consabidas condiciones (63); si la dispensa se refiere a un matrimonio "nondum contractum", dice que "videtur numquam posse", excepción hecha si el caso es de necesidad urgente. En tales circunstancias, si el impedimento fuera oculto y la necesidad ciertamente urgente, al Santo le parece verdadera la sentencia afirmativa, común en su tiempo contra BUSENBAUM; niega, no obstante, tal potestad, si el impedimento fuera público (64).

D'ANNIBALE, hablando de la potestad que tiene el Obispo de dispensar en los impedimentos "ex praesumpta Romani Pontificis voluntate", nombra como caso cierto la "urgentissima causa", en lo cual "nec inspicitur utrum matrimonium iam fuerit contractum, quod omnibus constat... an sit contrahendum, quod iam fere nemo dubitat..." (65). A fines del siglo XIX, la teoría del poder episcopal en la dispensa de los impedimentos había llegado ya a conclusiones bien definidas.

No se puede pasar por alto, en relación con los casos urgentes originados del peligro de muerte, el decreto de LEÓN XIII, de 20 de febrero de 1888, concediendo a los Obispos que pudieran dispensar "aegrotos in gravissimo mortis periculo constitutis, quando non suppetit tempus recu-

(62) *Commentaria in regulas, constitutiones et ordinationes Cancellariae Apostolicae*, reg. 45, n. 2 y 4. Cit. por FERRARI, *Prompta Bibliotheca canonica, iuridica...*, Roma, 1886, v. 5, v. matrimonium, p. 349, nota 1.

(63) *Theologia Moralis* (ed. Gaudé), Roma, 1905, v. 4, l. 6, tr. 6, n. 1121, p. 249, y en n. 1123, p. 250-251.

(64) L. c., n. 1121, p. 249, y n. 1122, p. 250.

(65) *Summula Theologiae Moralis*, Roma, 1897, v. 3, n. 418, p. 418-419.

rrendi ad Sanctam Sedem, super impedimentis quantumvis publicis matrimonium iure ecclesiastico dirimentibus, "excepto..." (66). Tal disposición, al mismo tiempo que preformaba nuestra disciplina actual, introducía una novedad muy significativa: el de conceder la potestad de dispensar incluso en los *impedimentos públicos*.

De aquí que, después de la publicación del anterior decreto, los autores examinaran la potestad del Obispo en los casos urgentes (nuestro caso *perplejo* del canon 1.045): unos continuaron aferrados a las clásicas condiciones antiguas, con su *impedimentum occultum*; otros, en cambio, se inclinaron a admitir una mayor amplitud en el criterio de la Iglesia, a pesar de los decretos de 1660. GÉNICOT-SALSMANS no parecen muy ajenos a las opiniones de BALLERINI-PALMIERIS "Hanc potestatum plerique hodie restringunt ad impedimenta occulta Nihilo minus Ballerini-Palmieri... eam etiam ad publica impedimenta tuto extendi posse opinatur, cum ita sentire videatur S. Alphonsus, ac proinde censeri possit Sanctam Sedem a pristino suo rigore deflexisse, dum S. Doctoris doctrinam tutam declaravit: eo vel magis quod multi legem in casu gravis damni subeundi cessare opinantur" (67). En cambio, LEHMKEHL, mucho menos atrevido, se coloca en la posición contraria: "In solis occultis causis dispensare posse, non in publicis etsi videatur urgentissima causa, ex declarationibus Romanis constat..." (68). El Código, en sus cánones 1.043-1.045, vino a poner punto final a todas las anteriores dudas, fijando concretamente la amplitud de la potestad de los Ordinarios.

3) *La imposibilidad del recurso a la Santa Sede en el caso urgente*

Admitida unánimemente por los autores la potestad episcopal de dispensar en los casos urgentes, cabe considerar las condiciones concretas en que debían desarrollarse. Varias fueron las cuestiones examinadas, tanto en relación con la persona cuyo recurso se hace difícil, como en relación con las causas que concurren en el caso. En efecto: el recurso ¿debe estimarse difícil o imposible en relación con el Papa solamente? Y ¿qué clase de causas deben juzgarse suficientes?

Analizando los escritos de los diversos autores, encontramos verdadera profundidad de doctrina. SÁNCHEZ, por ejemplo, estudia concienzudamente la cuestión del superior, verdadero autor de la dispensa. En cambio,

(66) GASPARRI, *Fontes...*, v. 3, n. 1109, p. 434.

(67) *Theologiae moralis Institutiones*, Bruselas, 1909, v. 1, p. 539.

(68) *Theologiae moralis*, Friburgo, 1914, v. 2, p. 585.

antes que él, el Doctor Navarro sólo había insinuado la cuestión (69). SÁNCHEZ nos habla de un "commodus ad ipsum (Pontificem) recursus", y se pregunta luego: "Rursus inquirens an in praedictis casibus possit Episcopus dispensae, quando facile recurri potest ad Nuntium Apostolicum... vel ad quemcumque alium simili facultate praeditum..." HENRÍQUEZ sostuvo la sentencia afirmativa. Sus razones no estaban desprovistas de un fondo de verdad: "Quia ius soli Pontifici reservat dispensationem, cum ergo his consuli nequeat, poterit Episcopus tamquam pastor ordinarius dispensare." Sin embargo, SÁNCHEZ no comparte la misma idea: "Sed fateor me non posse huic sententiae acquiescere...", y sigue demostrando largamente su opinión (70). Se puede afirmar que SÁNCHEZ impuso su opinión a muchos autores posteriores.

En efecto, BARBOSA menciona la dificultad del recurso "ad Summum Pontificem aut eius Nuntium", y, cuando, siguiendo a SÁNCHEZ, discute la cuestión, escribe lo siguiente: "Verum licet haec opinio probabilis sit, contraria tamen est securior; nam Episcopus solum potest in hoc casu dispensare ratione necessitatis urgentis, sed quando adest qui potest dispensare, ad quem confugi potest necessitas cessat; ergo non potest Episcopus..." (71).

FAGNANO no se aparta de su conocido criterio rigorista y supone la misma opinión de los autores anteriores. Discurre, sin embargo, por otros cauces. Niega que exista fácilmente un difícil recurso a la Santa Sede, a menos que se trate "de remotissimis regionibus tantum, puta ex transmarinis". Dice que no existe para Alemania, España, Bélgica y las demás naciones "quae sunt intra mare Germanicum et Balticum", y apela para ello a su experiencia personal en la Curia Romana (72).

REIFFENSTUEL afirma el "nullus vel difficillimus recursus ad Papam aut alium privilegio dispensandi praeditum, v. gr. Nuntium Apostolicum". La opinión contraria, para él, no tiene ninguna probabilidad, ya que se trata del valor de un Sacramento y en tal caso no se pueden seguir las normas del probabilismo (73).

Algunos de los autores subsiguientes no discuten ya esta cuestión: sólo afirman unos conceptos que estiman corrientes entre los autores.

(69) "... et ad Papam aut eius Nuntium potestatem ad id habentem confugi non potest...". *Opera omnia*, v. 3, c. 22, n. 85, p. 193 ss.

(70) *De sancto matrimonii Sacramento disputationum libri tres*, Venecia, 1625, l. 2, d. 40, p. 195-196.

(71) *De iure ecclesiastico universo*, Lyon, 1677, l. 1, c. 11, n. 182, p. 178, y en *De officio et potestate Episcopi*, Lyon, 1679, p. 2, all. 35, n. 10, p. 385.

(72) *Ius canonicum sive commentaria in I librum Decretalium*, Colonia, 1758, c. 18, n. 26, p. 440.

(73) *Ius canonicum universum*, París, 1882, v. 5, Appendix ad lib. IV Decr., p. 553.

SCHMALZGRUEBER, por ejemplo, se contenta con hablar de que "neque facile ad superiorem recurri potest" (74); FERRARIS enuncia sólo de paso el "donec dispensatio a Pontifice vel Nuntio veniat" (75), y D'ANNIBALE dice claramente: "Si, neque, ipse Romanus Pontifex, neque eius delegatus, nec per epistolam adiri possit..." (76).

Los Salmanticenses presentan una excepción en este común sentir: para ellos el caso urgente tiene lugar "etiãmsi sit facilis recursus ad eum qui ex privilegio, vel concessione Pontificis potest talem dispensationem impertiri". Esta doctrina, que los mismos autores dicen defender a propósito de la absolución de las censuras, ¿estaba firmemente en su ánimo? Nos parece que no mucho. En efecto, al tratar de la dispensa de los impedimentos, hablan indistintamente del Papa y de un delegado suyo: "An in casu urgentis necessitatis, quando nonnisi difficillime, potest ad Summum Pontificem, vel ad eum qui eius vices gerit, vel ob paupertatem contrahentium, vel quia Pontifex vel *privilegiatus* longe distant..."; y, en su respuesta, nada se discute sobre la diversidad de las personas (77).

Tal era el sentir de los autores antes del Código. Sin embargo, para constituir el caso urgente no bastaba el difícil recurso a un superior competente: se requería además una causa, que precisamente le hiciera "urgente". En la exposición y determinación de tal causa no existió unanimidad de pareceres. En este punto, el Doctor Navarro se gloria de haber promulgado por primera vez en Salamanca una opinión, en virtud de la cual "nonnulli episcopi aliquoties dispensarunt". Tal sentencia defendía que existía caso urgente, cuando era difícil el recurso, "propter magnam paupertatem, aut alia legitima impedimenta" (78).

SÁNCHEZ especifica más lo que él llama "magna" o "gravissima necessitas": en su enumeración pronto se echa de ver que todas las causas son de carácter privado (79). Más todavía, recogiendo la afirmación del

(74) *Ius ecclesiasticum universum*, Roma, 1843, t. I, p. 1, t. II, p. 227.

(75) *Prompta bibliotheca...*, Roma, 1886, v. 5, v. matrimonium, c. 7, p. 348.

(76) *Summula Theologiae Moralis*, Roma, 1897, v. 3, n. 418, p. 419, nota 19. No se aviene muy bien esta afirmación con la que inserta en otra parte, tomándola evidentemente de S. Alfonso: "Ideoque etiam per alios, et licet facile adiri possit is qui habet facultatem dispensandi ex privilegio R. P.", o. c., v. 1, tr. 3, c. 3, n. 231, nota 13.

(77) *Cursus Theologiae Moralis*, Venecia, 1734, v. 3, tr. 11, c. 5, p. 4, § 2, p. 59, y v. 2, tr. 9, c. 14, p. II, p. 166. De aquí tomó S. Alfonso la misma opinión que consigna en su tratado de leyes: "Et hoc, etiãmsi sit facilis recursus ad habentem facultatem dispensandi ex privilegio Pontificis. Salmant. cum Tapia et Martínez." *Theologia Moralis*, t. I, tr. 2, c. 4, n. 190, p. 170.

(78) *Opera omnia*, v. 3, c. 22, n. 85, p. 193 ss.

(79) "... cum absque scandalo separari nequeant, eo quod prolem habeant, quae parentibus destituta, commode educari non potest, vel alter solus impedimentum novit, nec cum occultum sit, probare potest, vel illud absque famae laetura detegere non potest: vel si uterque impedimenti conscius sit, cum probare nequeat, absque scandalo separari non potest, nec permittitur matrimonium inire... *De Sancto matrimonii sacramento disputationum libri tres*, Venecia, 1625, l. 2, d. 40, p. 194. Véase también lo que dice a raíz de la dispensa del voto reservado: l. 8, d. 9, p. 47.

Navarro, afirma que tiene lugar la potestad del Obispo siempre que “non est commodus... recursus”, y ello tendrá lugar “... cum paupere... qui ratione inopiae non habet recursum ad Pontificem”, y también “quando ratione urgentis necessitatis et periculi magni in mora, dives caret eodem recursum” (80).

BARBOSA no es muy explícito: se contenta con enumerar “propter paupertatem, aut propter locorum distantiam, seu ob alia legitima impedita”, que lleguen a constituir una “urgentissima necessitas” (81).

FAGNANO tiene palabras ciertamente duras contra NAVARRO, cuando impugna sus aserciones. Dice: “Quidquid sid de veritate huius doctrinae, profecto male fuit applicata a Navarro in partibus Hispaniarum... nec eam servant Episcopi timoratae conscientiae.” Para él, la causa requerida en el caso urgente tiene que reunir varias condiciones: “... ut habeat locum, dummodo super casu eam inopinato emergenti non possit consuli Superior.” Partiendo de este principio, rechaza la causa de la pobreza, que con tanto ardor había defendido SÁNCHEZ: “... quia huiusmodi causa dici non potest de novo emergens et verisimiliter incognita tempore reservationis, cum frequentissime Sedes Apostolica cum pauperibus, dispensare consueverit...” (82).

El mismo camino que el anterior siguió REIFFENSTUEL, aduciendo razones de carácter práctico: “Ex solo hoc paupertatis titulo, raro, aut numquam necessitas urgens consurgat”, ya que, por una parte, las dispensas en el fuero interno se conceden gratuitamente, y, por otra, basta con una simple carta, sin que sea necesaria la presencia personal del interesado en Roma (83). Al pretender REIFFENSTUEL puntualizar las causas suficientes para afirmar la potestad episcopal usa de una fórmula nueva, quizá más exacta: “Magna necessitas vel evidens utilitas” (84), y al enumerar concretamente las causas, entrelaza muy bien las de orden público con las de carácter privado (85).

(80) L. c., p. 195.

(81) *De iure ecclesiastico universo*, Lyon, 1677, t. 1, c. 11, n. 182, p. 178, y en *De officio et potestate Episcopi*, Lyon, 1679, p. 2, all. 35, n. 5, p. 384.

(82) *Ius canonicum sive commentarium in I liberum Decretalium*, Colonia, 1759, c. 18, n. 25-27, p. 440, 441.

(83) L. c. Appendix ad libr. IV Decr., p. 553.

(84) *Ius canonicum universum*, Paris, 1882, c. 1, l. 1, § 18, n. 170, p. 198 ss.

(85) “Causae urgentes quales esse censentur? 1) Si nullus vel difficillimus patet aditus ad Summum Pontificem, prout contingere potest tempore schismatis, aut belli, quo etiam litterae ad Sedem Romanam impediuntur; item ubi nimia est locorum distantia, qualis tamen esse non videtur inter Germaniam, Galliam et Hispaniam ex una, et Romanam Curiam ex alia parte. 2) Si gravis causa et necessitas secum habeat in mora periculum gravis damni, aut preiudicii, ut si unus coniugum in articulo vel periculo mortis existens liberos habeat, qui illegitimae hereditati succederent, etc. donec dispensatio Roma vel nuntio apostolico veniat.” L. c., p. 554.

Los autores siguientes pocas cosas añaden a este respecto: los Salmantenses enumeran tan sólo "paupertatem contrahentium, vel quia Pontifex vel privilegiatus longe distant et est periculum in mora vel infamiae vels incontinentiae vel alterius mali" (86); BENEDICTO XIV habla de "ob coniugum paupertatem, rusticitatem, locorum distantiam, aliasque similes causas" (87); FERRARIS dice que los casos de "urgentis et gravis necessitatis" son aquellos "qui ratione pestis, belli seu alterius huiusmodi impediendi, vel nullimode vel nisi cum maxima difficultate possunt deferri ad Romanum Pontificem, vel sine gravi periculo, scandalo aut tali malo possumt differi, seu suspendi usque ad obstantam dispensationem..." (88).

Un resumen del criterio que imperaba en los autores antes del Código lo dan GÉNICOT-SALSMANS. Al enumerar los casos en que puede el Obispo dispensar, dice: "Quando difficilis est recursus ad Romanum Pontificem et *periculum est in mora*. Tunc dispensare potest episcopus etiam in rebus quae non frequenter contingunt..." (89). La falta de mayor precisión dejaba el campo muy abierto para toda clase de afirmaciones.

Después del anterior estudio creemos que se puede afirmar lo siguiente: los autores anteriores al Código entendieron la necesidad de admitir una potestad ordinaria en el Obispo para dispensar en las leyes generales de la Iglesia, entre otros, en los llamados *casos urgentes*. Para que éstos tuvieran lugar, exigían un *periculum in mora* y un *difficilis recursus ad Sanctam Sedem*. La primera condición se extendía hasta los casos de una "magna necessitas" o de una "evidens utilitas", sin que se limitaran las causas a las de carácter público. En la segunda condición, casi unánimemente, los autores defendieron que era necesario un difícil recurso a la Santa Sede o a un superior que tuviera potestad delegada del Pontífice. El fundamento de tal potestad episcopal la veían los canonistas en una "praesumpta" concesión del Pontífice, exigida por una equidad natural. Por otra parte, en materia matrimonial, aun admitiendo los mismos principios generales, los autores evolucionaron evidentemente en un sentido cada vez más amplio, en cuanto al objeto de la dispensa episcopal. Ello fué debido a la evolución que, en este punto de la disciplina eclesiástica, sufrió la Santa Sede según lo manifestaron los diversos documentos que emanaron de la misma.

(86) *Cursus Theologiae Moralis*, Venecia, 1734, v. 2, ff. 9, c. 14, p. II, p. 167.

(87) *Opera*, c. II, *De synodo dioecessana*, Prati, 1844, l. 9, c. II, n. 1, p. 291.

(88) *Prompta bibliotheca*..., Roma, 1886, v. 5, v. matrimonium, a. 3, p. 276. Cf. también a. 7, p. 348.

(89) *Theologiae Moralis Institutiones*, Bruselas, 1906, v. 1, p. 101, n. 119.

II. LA POTESTAD EPISCOPAL DE DISPENSAR EN LAS LEYES GENERALES DE LA IGLESIA, SEGÚN EL CÓDIGO

El canon 80 puntualiza un principio básico en esta materia. La dispensa es una "legis in casu speciali relaxatio", o bien, quizá con frase más brillante pero menos exacta, "una forma de derecho canónico singular reparadora de una anomalía, donde la ley positiva prescriptiva o irritativa contradice *in actu* la moral, el derecho natural o los principios de la justicia distributiva" (90). Prescindiendo de la íntima naturaleza del acto mismo de la dispensa, no puede negarse que es un acto de jurisdicción: aun los que prefieren darle el calificativo de acto propio de la potestad administrativa, confiesan, sin embargo, que la dispensa es siempre propia del legislador. De aquí que las disposiciones del 80 sean exactas: "Concedi potest a conditore legis, ab eius successore, vel Superiore, nec non ab illo cui *iidem* facultatem dispensandi concesserint."

Pasando a los grados concretos de la jerarquía de la Iglesia, el canon 81 determina la potestad de los Ordinarios en relación con las leyes generales de la Iglesia (91). Aquéllos sólo podrán dispensar en tres casos: si tal potestad les ha sido concedida *explicitamente* (92), o por lo menos *implicitamente* (93), en los casos urgentes. Con la enunciación del principio general de que los Ordinarios de por sí nada pueden en las leyes generales de la Iglesia, se establece una sólida base, que está en perfecto acuerdo con el principio jurídico del canon 80 y que no permite ninguna de las atrevidas afirmaciones sostenidas antes del Código.

(90) UR. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Instituciones jurídicas en la Iglesia Católica*, Madrid, 1940, t. 1, p. 286.

(91) En las líneas siguientes hablamos de la potestad episcopal, para acomodarlo a la manera de hablar de las anteriores páginas. Sin embargo, lo que se dice vale también para todos los Ordinarios, a tenor de lo dispuesto en el c. 198.

(92) Véase una enumeración completa de estos casos en VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome Iuris canonici*, Malinas-Roma, 1933, p. 167-168.

(93) CONTE A CORONATA, *Instituciones Iuris Canonici*, Turín, 1928, v. 1, p. 107, n. 112, n. 1, da varios ejemplos de los casos en que debe ser admitida una concesión implícita de dispensar. Sin embargo, los autores acostumbran a preguntarse si existe también tal concesión implícita, cuando la ley dice "nisi dispensetur", opinión, según vimos, admitida antes del Código. VAN HOVE, *De privilegiis. De dispensationibus*, Malinas-Roma, 1939, p. 376, defiende tal opinión y cita a otros autores. Su argumento radica en la interpretación del c. 2372, en que la cláusula "donec dispensetur" se refiere al ejercicio de las órdenes recibidas con buena fe de un ministro con censura. OJETTI, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, Roma, 1927, v. 1, p. 332, nota 1, dice: "Hic casus ut puto theoretice loquendo manet adhuc ex ipsa ratione rei et ratione adducta; sed practice loquendo non manet amplius locum, quum nullus sit huiusmodi casus in Codice." Nos parece muy en su lugar esta afirmación. Es difícil defender que en el c. 2372 se trata de una verdadera dispensa. No hay censura, ni pena vindicativa; no hay más que una mera prohibición, sin ninguna clase de delito. Se comprende, por otra parte, la disposición del canon. Sin embargo, el "donec dispensetur", ¿no se parece más a un permiso o a una licencia? No se trata de una cosa no querida por la ley, sino prevista por ella; como la licencia para leer libros prohibidos. En tal caso, ¿será lícito apoyar sobre el c. 2372 la supervivencia de un principio que afecta a una materia completamente distinta?

No vamos a ocuparnos más que del caso urgente. Este supone tres circunstancias simultáneas: "Difficilis sit recursus ad Sanctam Sedem"; "Simul in mora sit periculum gravis damni" y "De dispensatione agatur quae a Sede Apostolica concedi solet". Dejamos esta última cláusula para ocuparnos solamente de las dos primeras.

1) *Las condiciones exigidas por el canon 81*

A decir verdad, las dificultades que entrañaba el caso urgente antes del Código venían del hecho de que no había ninguna concesión concreta expresamente hecha por la Santa Sede. Hoy estas dificultades no existen: el canon 81 las ha zanjado definitivamente. Se puede afirmar que los autores muestran una perfecta unanimidad en la interpretación de las dos primeras cláusulas exigidas por el canon 81. Una rápida ojeada lo demostrará suficientemente.

1) "Nisi difficilis sit recursus ad Sanctam Sedem".

Se trata en primer lugar:

a) De un *recurso*, que no debe ser personal en manera alguna (94) ni tampoco efectuado por medios extraordinarios. A este respecto se aplica comúnmente al canon 81 la respuesta de la Comisión del Código de 12 de noviembre de 1922, relativa a los cánones 1.044 y 1.045, § 3 (95): y ello, aunque los medios extraordinarios en algún caso concreto puedan ser tenidos como ordinarios (96).

(94) Cf. CAPPELLO, *De sacramentis*, v. 8, ROMA, 1927, p. 259; VIGMANT, *De matrimonio*, París-Bruselas, 1939, p. 89; etc.

(95) Cf. CAPPELLO, o. c., y *Summa Iuris Canonici*, ROMA, 1938, v. 1, p. 137; VIGMANT, o. c., y en *Introductio et Normae generales*, París-Bruselas, 1934, n. 196; CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, v. 1, Turín, 1939, p. 122, n. 112, y en v. 3, Turín, 1946, n. 137, p. 166; CRICA, *Commentarium theoretico-practicum C. I. C.*, 1940, v. 1, p. 106; VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, Malinas-Roma, 1940, n. 308, p. 216; WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale*, ROMA, 1946, p. 538, n. 413; VAN HOVE, o. c., p. 378; CHELODI, *Ius matrimoniale*, Trento, 1921, p. 38; DE SMET, *De Sponsalibus et Matrimonio*, Brujas, 1927, p. 648, nota 2; CIOGGNANI-STAFFEA, *Commentarium ad librum Primum Codicis Iuris Canonici*, ROMA, 1942, v. 2, p. 599; etc.

(96) He aquí lo que escribe CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, n. 125: "Idque dicendum, licet in casu particulari, v. gr. ob parvam loci distantiam aut specialem oratoris conditionem, huiusmodi media videantur ordinaria: lex enim respicit casus ordinarios et communiter contingentes." Es cierta esta afirmación, ya que son la voluntad de la Santa Sede y el "stylus Curiae" los que han de decidir cuáles son los medios que, ordinariamente, han de ser tenidos como extraordinarios y, por otra parte, si deben existir o no sus excepciones. Estas, hasta hoy, no se ha dicho que las hubiera. Sin embargo, no deja de existir una cierta incongruencia: por un lado, el uso del teléfono y aun de otros medios de locomoción cada día se hace más normal en la tramitación de los mil asuntos que la vida moderna lleva consigo; y, por otro lado, no puede decirse que nuestras Curias diocesanas están tan alborradas de trabajo como las Congregaciones Romanas, para que no deban admitir más recursos que los efectuados por cartas. DE SMET, o. c., p. 671, nota 2, no deja de escribir con cierta cautela: "Censetur ad ordinarium non posse recurri tempestive, si aliter recurri nequeat nisi via telegraphica aut telephonica; aliud est si adiri queat per litteras "par expres" dictas, vel per nuntium." Y ¿no es más extraordinario este "nuntius" que una llamada telefónica?

b) El recurso debe ser *dificíl*, lo cual no significa, en manera alguna, que deba entrar en el mismo campo de la imposibilidad: cualquier dificultad, objetiva o subjetiva, es suficiente (97).

c) El estilo de la Curia señala el *tiempo* suficiente para que el recurso pueda llamarse fácil. CAPPELLO indica el siguiente, que es corriente entre los autores: quince días para Italia; de veinte a treinta días para las demás naciones de Europa; para las naciones ultramarinas, de cuarenta a cincuenta días (98).

d) Ultimamente señalan la necesidad de que se entienda el recurso ante la *Santa Sede* (99).

2) La segunda cláusula reza así: "*Et simul in mora sit periculum gravis damni.*"

La ilación de esta cláusula con la anterior obliga a suponer que se trata de dos causas simultáneas; no basta, por tanto, que haya dificultad de recurso, sino que debe añadirse la existencia de un peligro en la espera (100). Ahora bien:

a) El *peligro* debe ser por lo menos, probable. Ciertamente, siendo la probabilidad cosa tan eminentemente subjetiva, será necesario que el propio Ordinario juzgue sobre su existencia. Ni la certeza física ni la certeza moral son requeridas (101).

(97) He aquí las palabras de CIOGNANI-STAFFA, o. c., p. 589: "Non exigitur impossibilitas physica vel moralis, sed difficultas recurrendi, i. e. magnum incommodum in ipso recursu, aut defectus temporis utilis ad obtinendam dispensationem ab Apostolica Sede". Cf. CAPPELLO, o. c.; VROMANT, l. c.; CORONATA, b. c.; CRNICA, l. c., de algunos ejemplos: "quia potestas civilis impedit liberum litterarum commercium cum S. Sede; aut quia aperientur litterae quae transeunt fines republicae; aut ob defectum mediorum communicationis, ob distantiam, etc. Si aperientur litterae quae transeunt fines necesse non est ad S. Sedem recurrere. Si vero responsum S. Sedis obtineri non potest tempore oportuno, sive ob distantiam, sive ob defectum mediorum communicationis, sive quia potestas civilis aggravat communicationem cum S. Sede, et ratio sufficiens habetur, ut Ordinarius ipse dispenset." Quizá hoy no sea posible suscribir todas estas afirmaciones, después de la reciente respuesta de la Comisión del Código. Y ¿que decir de la pobreza del sujeto? ¿Será causa suficiente para que exista un "difficilis recursus" y un "periculum gravis damni"? Tomada aisladamente, no creemos que sea suficiente, ni tan solo para constituir un recurso difícil, dado el estilo de la Curia Romana en relación con las tasas.

(98) *De Matrimonio*, p. 259, n. 235. Cf. también OJETTI, l. c.; CRNICA, l. c.; VAN HOVE, l. c., etcétera. CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, v. 3, n. 136, p. 166, advierte con razón: "Tempore autem belli, quamvis communicationes non sint omnino interruptae, tempus longius facile necessarium erit."

(99) Más adelante examinamos más a fondo esta cuestión.

(100) Explicando estas cláusulas en el c. 1.045, paralelo al c. 81, DE SMET, o. c., p. 647, nota 2, impugna la teoría de *Il monitore ecclesiastico* que defendía "Ordinarium... posse dispensare quotiescumque deficit tempus recurrendi ad S. Sedem, quin attendendum sit ad hoc utrum omnia parata sint ad nuptias, modo grave incommodum sit in differendo matrimonio..." Todo depende de si la cláusula "omnia sint parata ad nuptias" tiene un sentido amplio o un sentido estricto. Cf. sobre esta cuestión CAPPELLO, *Periodica de re morali, canonica, liturgica*, t. 20 (1931), p. 28 ss.: "Quomodo intelligenda sunt verba: cum iam omnia sunt parata ad nuptias, c. 1045, § 1.º", y también G. OESTERLE, *Consultationes de iure matrimoniali*, Roma, 1942, p. 127 ss.

b) La naturaleza del *grave daño* no está taxativamente fijada por el Código. Por esto acostumbra a entenderse como de un daño cualquiera, con tal de que sea grave, público o privado, moral o físico (102).

c) Los autores están también de acuerdo en admitir la aplicación del canon 81, si el "periculum in mora" aparece *mientras se espera* la dispensa ya solicitada a la Santa Sede, aunque entonces es preciso observar lo establecido en el canon 214, § 2 (103).

Hasta aquí existe unanimidad entre los autores. Queda una cuestión, no siempre prevista y que no obtiene una respuesta concorde. Es la siguiente: verificadas las condiciones del canon 81, ¿podrá el Ordinario conceder dispensas de tipo general o tendrá que limitarse a personas particulares? Desde luego, la frase "dispensas generales" puede ser equívoca; se refiere o bien a una diversidad de casos o bien a una pluralidad de personas. Si se entiende de una diversidad de casos que responden a una misma causa y que reúnen las condiciones requeridas por la ley, no parece que exista ningún inconveniente en dar una respuesta afirmativa (104). Más difícil es dar una solución en la segunda hipótesis. VAN HOVE (105), partiendo de la misma interpretación del canon 81 y de la potestad concedida a los Obispos en relación con las leyes del Concilio plenario y provincial ("in casibus particularibus et iusta de causa", can. 291, § 2), concluye negando la potestad del Ordinario de dispensar a toda una comunidad. RODRIGO (106) se opone: la interpretación de la ley no excluye tal

(101) En este sentido se expresan todos los autores: Cf., por ejemplo, CORONATA, l. c.; VAN HOVE, l. c.; CAPPELLO, l. c.; VROMANT, l. c.; WERNZ-VIDAL, l. c.; CHELODI, l. c., etc.

(102) He aquí las palabras de CAPPELLO, *Summus Iuris Canonici*, Roma, 1938, v. 1, p. 137, n. 115: "Requiritur periculum moraliter certum aut saltem vere probabile; damnum quodcumque, publicum vel privatum, morale vel physicum aut oeconomicum; grave seu vere notabile, at non maximum aut valde notabile, prudenter ut tale existimatum." En idéntica forma se expresan los autores restantes, que hemos citado hasta aquí.

(103) En general, pueden verse los autores citados antes, y especialmente CAPPELLO, CORONATA, CHELODI, DE SMET, CICOGNANI-STAFFA y REGATILLO en su *Ius Sacramentarium*, Santander, 1936, v. 2, p. 216. Algunos autores, al estudiar el c. 1045, se preguntan si puede ser obstáculo la *nata fe* de los contrayentes. Es claro que también puede proponerse la misma cuestión al tratar del c. 81. Si no nos engañamos, nadie hoy pone en duda la validez de la dispensa concedida en tales circunstancias. Por lo que se refiere a la licitud, es evidente que el Ordinario puede tener razones más que suficientes para usar de las facultades que le concede la ley, a pesar del conocido aforismo jurídico "fraus et dolus nemini patrocinari debent". Por otra parte, nadie negará que el legislador no quiso tocar para nada este extremo, a no ser que hayan de aplicarse los cánones relativos a los rescriptos. Por esto nos parece que concede a esta cuestión demasiada importancia WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale*, Roma, 1946, p. 533, n. 413, nota 4.

(104) Tal es el sentir de Rodrigo, *Prælectiones theologico-morales Comillenses*, vol. 2, Santander, 1944, p. 352, n. 413: "est facultas dispensandi pro illo casu vel illa serie casuum legis urgentis qui futuri prævideantur dum durent condiciones sub quibus hæc facultas conceditur..." Por otra parte, una interpretación parecida acostumbra a darse en casos análogos. Cf. c. 822, § 4, 1194, 1245, etc.

(105) *De privilegiis. De dispensationibus*, p. 381, n. 413. En relación con el c. 81, dice el autor: "Licet non dicatur dispensationes generales exclusi in casu urgentis necessitatis, inuitur tamen dispensationes generales non concedi eo quod facultas dispensandi concessa sit."

potestad. En realidad, es difícil llegar a una conclusión definitiva, partiendo solamente de las palabras con que aparece redactado el Código. El "casus peculiaris" del canon 81 y el "casus particularis" del canon 291, § 2, no nos dicen más que una singularidad de hecho, en que se verifican las causas requeridas y previstas por la ley; pero lógicamente no se puede deducir de una manera absoluta una singularidad de persona. Por ello no se puede negar que la sentencia de RODRIGO goza de un sólido fundamento, ya que, como afirma, "non sunt aliae limitationes huic facultati adstruendae, nisi quae ab ipso legislatore apponuntur aut quae ex appositis natura sua deriventur". Claro está que esta cuestión difícilmente tendrá aplicaciones prácticas tratándose de leyes irritantes, pero sí puede tenerlas en la hipótesis de leyes simplemente precipientes o prohibentes (107).

Tales son los varios puntos de vista relativos a las dos primeras cláusulas exigidas por el Código en los casos urgentes. Dada la importancia de las palabras "recursus ad *Sanctam Sedem*", después de la última respuesta de la Comisión del Código, no estará de sobra un estudio detenido de las mismas.

2) *El "recursus ad Sanctam Sedem" del canon 81*

De la dificultad del recurso a la Santa Sede en los casos urgentes hablaban ya los antiguos autores, anteriores al Código. Hasta hoy la cláusula inserta en el canon 81 no ha ofrecido ninguna dificultad: desde el momento que se nombra a la "Santa Sede", hay que tomar estas palabras en el sentido del canon 7. Existiendo, como existe, una auténtica "significatio verborum", no hay lugar a ninguna duda. De aquí que, también en este punto, encontremos una verdadera unanimidad de parecer en todos los autores (108).

Sin embargo, ¿qué decir del caso en que sea fácil el recurso a un Legado Apostólico? Los autores, con muy buena lógica, han mantenido en pie la potestad del Ordinario: los Legados Pontificios tienen una figura jurídica perfectamente delineada en el Código (c. 265 ss.) y completamente

(106) O. c., p. 352, n. 467. He aquí sus mismas palabras: "Est facultas ad dispensandum etiam generaliter ratione subiecti, scil. non solum personas singulares, sed etiam integram communitatem, oppidum, dioecesim, etc., dummodo causa dispensativa sufficiens detur pari generalitate, licet forte non in singulis eius membris, potissimum ubi per particulares dispensationes occurri facile non possit urgenti necessitati communi..."

(107) Ciertamente el Código prevé una de las circunstancias en que podrá darse fácilmente este caso: en el c. 1245, § 2, en cuanto al ayuno y a la abstinencia. Pero ¿será lícito deducir con absoluta seguridad que "inclusio unius est exclusio alterius"?

(108) Baste citar los siguientes, por vía de ejemplo: VROMANT, II, cc.; GROSATA, II, cc.; RODRIGO, I, c.; REGATELLO, II, cc.; VAN HOVE, I, c.; DE SMET, o. c., p. 645, nota, 2; CICOGNANI-STAFFA, I, c., etc.

distinta de los mismos dicasterios romanos por medio de los cuales el Papa rige la Iglesia (c. 7), y "legislator, quod voluit, expressit" (109). A lo sumo, es posible hallar una simple recomendación en algún autor, que más que principios de carácter jurídico, roza cuestiones de orden práctico (110).

Una cuestión semejante fué promovida, según antes vimos, por los autores anteriores al Código, en relación con la dispensa de los impedimentos matrimoniales en los casos urgentes. La mayor parte negaban la potestad del Ordinario, si era fácil el recurso al Legado Pontificio, dotado de facultades delegadas. Los argumentos eran los siguientes, según Sánchez: a) en tal caso, "quando adest potens dispensare, ad quem confugi potest necessitas cessat"; b) el simple sacerdote, en peligro de muerte, puede absolver, mas no, "si pastor ordinarius, vel ab ipso expositus, haberi potest"; c) la existencia de una potestad delegada en un Legado, tiene precisamente esta finalidad, la de subvenir a los casos urgentes: "ideo Pontifex eam facultatem concedit, ut simili facultati consulatur". La opinión contraria se fundaba en esta razón: "ius soli Pontifici reservat dispensationem, cum ergo hic consuli nequeat, potest Episcopus tamquam pastor ordinarius dispensare" (111). Como se ve, todo dependía del concepto del caso urgente: no existiendo ningún texto legal que lo precisara, eran posibles las dos opiniones contrarias. No obstante no se puede negar que gozaba de mayores probabilidades la sentencia defendida por Sánchez.

¿Cabe hoy admitir la misma opinión? O, lo que es igual, ¿valen los argumentos aducidos por Sánchez? Es claro que no. El concepto del caso urgente ya no se funda, como antaño, en una concesión impersonal o implícita del legislador, sino en los términos precisos del canon 81. Por lo tanto, hay que atender únicamente al sentido de sus palabras. Por otra parte, no es cierto que las potestades delegadas de los Legados Pontificios sean concedidas para subvenir a los casos *urgentes*; sino para facilitar la solución de los casos más *frecuentes*.

Así había que entender lo prescrito en el canon 81, cuando apareció en el *Acta Apostolicae Sedis* la siguiente respuesta de la Comisión del Código, con fecha 26 de junio de 1947:

(109) Véanse, por ejemplo, las palabras de FROMANT: "Non attendenda est possibilitas recurrendi ad Legatum Apostolicum, etsi potestate necessaria munitum, ita ut usus potestatis, in can. 81 concessae, valeat etiam in caus quo recursus ad Legatum, intra tempus necessarium, oratori esset facillimum." *Introductio et Normae generales*, París-Bruselas, 1934, p. 224, n. 1.

(110) REGATILLO dice, por ejemplo: "Sed ad maiorem tranquillitatem recursus hic habendus erit." *Ius Sacramentarium*, Santander, 1946, v. 2, p. 218.

(111) *De sancto Matrimonio Sacramento disputationum libri tres*, Venecia, 1625, lib. 2, disp. 40, p. 196.

"D.—Au clausula can. 81 "nisi difficilis sit recursus ad Sanctam Sedem" obtineat quoties Ordinarii facile recurrere possunt ad Legatum Romani Pontificis in regione, qui eum eadem Sancta Sede communicat? R. Negativo" (112).

La interpretación de la anterior respuesta puede ofrecer sus dificultades. En efecto: ¿quiere dar un sentido restrictivo a la cláusula que afecta? ¿Es su intención limitar la potestad del Ordinario, en el sentido de que sólo tenga lugar el caso urgente, cuando sea difícil el recurso a la Santa Sede y al Legado Apostólico? He aquí una primera cuestión que suprimiría de golpe una interpretación, máxime de los autores, y nos colocaría de lleno dentro de la opinión defendida por Sánchez.

O más bien, ¿intenta solamente dar una explicación auténtica acerca de uno de los casos en que será fácil el recurso a la Santa Sede? En tal hipótesis, quedaría intacta la potestad de los Ordinarios, siempre que no fuera difícil el recurso a la Santa Sede directamente o por medio del Legado Apostólico.

La primera cuestión no parece haber sido tocada por la respuesta de la Comisión. Los argumentos podrían ser los siguientes: a) La opinión de que no hay que entender al Legado Pontificio bajo la frase "recursos ad Sanctam Sedem" goza de fundamentos sólidos. No es pequeño el de que las palabras "Sancta Sedes", en el Código y en toda la legislación canónica aparecen siempre como bien distintas de la significación propia del "Legatus Romani Pontificis".

b) Por otra parte, y en contra de tales razones, la redacción de la respuesta no nos obliga a admitir *necesariamente* la mencionada interpretación restrictiva del c. 81.

c) En el caso de una interpretación restrictiva, la redacción de la respuesta de la Comisión hubiera sido mucho más simple, por ejemplo: "An clausula... obtineat quoties Ordinarii facile recurrere possunt ad Legatum Romani Pontificis".

Por el contrario, hay razones poderosas que hacen circunscribir nuestra respuesta a la segunda de las cuestiones planteadas. En efecto, según la prescripción del c. 335 § 1, los Obispos gozan de potestad de jurisdicción dentro de su territorio, "ad normam sacrorum canonum exercenda". Ahora bien, ¿es la mente de la ley que el Ordinario aplique la potestad concedida en el c. 81, prescindiendo en absoluto de los Legados Pontificios? Salta a la vista, que, si la cosa es en sí posible, no parece conveniente; y mucho más conocidas las amplias facultades delegadas y las facilidades de comu-

(112) AAS, 39 (1947), 374.

niciación con la Santa Sede de que gozan hoy los Nuncios, Internuncios y Delegados Apostólicos. Por esto, si el caso urgente tuviera lugar incluso cuando el Ordinario puede recurrir a la Santa Sede por medio del Legado, tendríamos una laxitud difícilmente admisible y difícilmente prevista por la ley. En efecto, el modo normal con que la Santa Sede se comunica con una nación, es por medio del Legado; lo dispuesto en el c. 267 § 1, 2.º, tiene lugar incluso en el caso del simple Delegado Apostólico: "In territorio sibi assignato advigilare debent in Ecclesiarum statum et Romanum Pontificem de eodem certiore reddere". En la disciplina eclesiástica, no existe solamente el Papa y el Obispo; entre ambos están los Legados, que vienen a constituir un punto de enlace intermedio.

Partiendo de este punto de vista, la respuesta de la Comisión afirma que el recurso *difícil* a la Santa Sede no tiene lugar, si el Ordinario puede recurrir fácilmente al Legado, que a su vez está en comunicación con la Santa Sede. Es claro que el recurso fácil al Legado está en relación con la comunicación que ésta tenga con la Santa Sede. Y ¿por qué medios? No se mencionan: por lo tanto, los que sean, incluso de carácter diplomático. Por otra parte, quien debe juzgar normalmente de la facilidad del recurso *indirecto* o *inmediato* a la Santa Sede, es el Ordinario; para ello, podrá tener en cuenta las normas que, según el estilo de la Curia, acostumbran a dar los autores. Descartada la posibilidad de este recurso indirecto, así como del directo a la Santa Sede, queda en pie toda la potestad otorgada por el canon 81, así como la doctrina corriente entre los autores (113).

Según es de ver, esta interpretación de la respuesta de la Comisión del Código se funda principalmente en su misma redacción y, por otra parte permite conjugar la norma que establece con una sólida doctrina canónica. Tal es la disciplina que hoy podemos considerar vigente y a cuya determinación han contribuido poderosamente, a no dudar, las actuales circunstancias del mundo y, sobre todo, las de la pasada guerra (114).

Queda una última anotación a la respuesta de la Comisión del Código: ¿podrá aplicarse también al c. 1045? Mucho se ha escrito sobre su relación

(113) Es claro que muchos de los ejemplos dados por los autores, para demostrar el "difficilis recursus ad Stam. Sedem", no podrán defenderse en adelante. Los que refiere CANICA (véase nota 97) no podrán ser admitidos sin una aclaración previa: la de que la dificultad o imposibilidad moral (caso de censura política o militar de la correspondencia, por ejemplo) exista, tanto para el Ordinario como para el Legado Pontificio.

(114) En el mismo sentido se expresan los comentarios publicados hasta hoy. Por ejemplo, A. DELCHARD escribe en *Nouvelle Revue Théologique*, v. 80 (1948), p. 90: "Le doute ici soulevé vise les cas des transmissions d'un recours à Rome par la voie d'un Légat du Souverain Pontife... avec lequel les Ordinaires sont en rapports effectifs faciles et étant supposé en outre que ce Légat est en relation avec le Saint-Siège. Ce moyen est-il cause réelle de difficultés au non? La C. I. C. a estimé que, malgré le jeu d'un intermédiaire, le mode de transmission est normal et donc qu'à raison de ce seul fait, les Ordinaires ne pourraient user

con el c. 81 (115) hasta la declaración auténtica de la Comisión del Código, de 27 de julio de 1942 (116). Por lo que se refiere a nuestro caso, es imposible negar su paralelismo; más todavía, se puede considerar el c. 1045 como una especificación del principio general establecido en el c. 81. Por otra parte, las palabras que afectan al recurso a la Santa Sede, aparecen en el c. 1045 con una redacción que quiere significar lo mismo: "nec matrimonium, sine probabili gravis damni periculo, differri possit usque dum a Sancta Sede dispensatio obtineatur", § 1; "si idem periculum sit in mora nec tempus suppetat recurrendi ad Sanctam Sedem", § 2. Por ello, la norma dictada por la Comisión del Código para el c. 81 debe regir también la aplicación del c. 1045. De la misma manera que la respuesta de 12 de noviembre de 1922 para los cc. 1044 y 1045 ha sido corrientemente, y con muy buen ejemplo aplicada al c. 81.

NARCISO JUBAY, Pbro.

Profesor del Seminario de Barcelona.

des pouvoirs définis par le c. 81." En el mismo sentido escribe CAPPELLO, en *Periodica de re morali, canonica, liturgica*, v. 36 (1947), fasc. 3-4, p. 316: "Proinde, in casu omnino abest difficultas ex parte Ordinariorum recurrendi ad Sedem Apostolicam, cum de facto ipsis pateat recursus ope Legati Pontificii, quo mediante, recursus facilis evadit ideoque deficit condicio sen difficultas a can. 81 perspicue requisita". Por otra parte, ¿se trata en nuestro caso de una interpretación declarativa del c. 81 en el sentido de que "verba legis in se certa declarat tantum", según el c. 17, § 2? Entonces no se podrían negar efectos retroactivos a la respuesta de la Comisión. Esto es lo que afirma, sin ningún género de duda, CAPPELLO, l. c., p. 317. ¿No es posible poner en tela de juicio esta opinión? Materia difícil es la de la interpretación de la ley, y mucho más cuando se quiere precisar la naturaleza íntima de cada interpretación concreta. Lo demostraría claramente una historia de las interpretaciones del Código. En nuestro caso, la respuesta de la Comisión se reduce a decirnos si el "difficilis recursus ad Santam Sedem" se extiende o no hasta el recurso indirecto por medio de la Nunciatura. Su contestación ha sido que no: que entonces el recurso es fácil. ¿Se ha dado con ello una interpretación *extensiva* o *restrictiva* a las palabras de la ley? Es claro que no. Lo que se ha hecho es, sencillamente, puntualizar si un caso concreto estaba o no en la mente del legislador. Se trataba de un punto del cual podía dudarse fundadamente; más todavía, los autores, dando una interpretación unánime al c. 81, consideraban el recurso como difícil en las mencionadas circunstancias. Con todo esto, ¿podremos afirmar que se da una interpretación declarativa? Nos parece que hay motivos para dudar fundadamente. Mucho más cuando los efectos retroactivos, por odiosos, no hay que admitirlos con facilidad. El P. CAPPELLO, por otra parte, no parece muy seguro de su retunda afirmación, cuando dice al final de su artículo: "Hinc patet quid sit dicendum de valore dispensationum forte concessarum atque de subsequitis actibus et negotiis. Practice, quoad singulas dispensationes singulosque actus, opportuna distinctione necessario faciendae atque *sedulo dispendendum an et qua ratione applicari possit praescriptum can. 15 et 209*" (l. c., p. 317, n. 6). Los últimos cánones citados por el insigne canonista se refieren al "dubium facti" y al "dubium positivum et probabile".

(115) Cf. DE SMET, *De Sponsalibus et Matrimonio* (Brujas, 1927), p. 646; D'ANGELO, en *Appollinaris*, v. 1 (1928), p. 257 ss.; *In can. 1045 C. I. C. recursus*; OESTERLE, *Consultationes de iure matrimoniali* (Roma, 1942), p. 127 ss., nota; CIOGGNANI-STAFFA, *Commentarium in librum primum Codicis Iuris Canonici* (Roma, 1942), v. 1, p. 591, nota 2; CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici, De Sacramentis*, v. 3, (Turín, 1946), p. 166 ss.; WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale* (Roma, 1946), p. 538, nota; REGATILLO, *Ius Sacramentarium* (Santander, 1946), v. 2, p. 216 ss.

(116) "An in can. 81, contenti cum c. 1045, Ordinarius dispensare valeat ab impedimentis matrimonialibus intra fines eiusdem c. 81, etsi nondum omnia parata sint ad nuptias.—R. Affirmative." AAS., 34 (1942), 241.