

# EL CANON 27 Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LA COSTUMBRE \*

GIUSEPPE COMOTTI

## SUMARIO

I • LA PROBLEMÁTICA DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CANÓNICO. II • LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LA COSTUMBRE EN LA DOCTRINA CANÓNICA. III • «CONSUETUDO EST OPTIMA LEGUM INTERPRES»: EL CONTENIDO DEL C. 27. IV • COSTUMBRE INTERPRETATIVA E INTERPRETACIÓN «EVOLUTIVA» DE LA LEY CANÓNICA.

### I. LA PROBLEMÁTICA DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CANÓNICO

El desarrollo secular de la reflexión canónica en el tema de la costumbre <sup>1</sup> ha tenido lugar a través de la consideración de cuestio-

\* Traducción del original italiano por A. Viana.

1. Vid. en general, para la evolución histórica de la doctrina canónica sobre la costumbre hasta el C.I.C. de 1917, R. WEHERLÉ, *De la coutume dans le droit canonique. Essai historiques' étendant des origines de l'Église au pontificat de Pie XI*, Paris 1928. Entre los comentarios al Código pío-benedictino cabe señalar, por el amplio y profundo tratamiento de las diversas problemáticas que conciernen a la fuente consuetudinaria, A. VAN HOVE, *De consuetudine. De temporis supputatione*, Mechliniae-Romae 1933, 1-237; H. CICOGNANI-D. STAFFA, *Commentarium ad Librum primum C.J.C.*, vol. II, Romae 1942, 1-201; G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, vol. II, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, 1-220.

Por lo que se refiere al C.I.C. de 1983, vid. P. LOMBARDÍA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, en AA.VV., *Il nuovo Codice di diritto canonico. Aspetti fondamentali della codificazione postconciliare*, a cura di S. FERRARI, Bologna 1983, 69 ss.; IDEM, *Lezioni di diritto canonico* (edizionale italiana curata da G. LO CASTRO), Milano 1985, 209-213; IDEM, *sub cc. 23-28*, en *Codice di diritto canonico. Edizione bilingue commentata*, a cura di P. LOMBARDÍA e J. I. ARRIETA, Roma 1986, vol. I, 68-72; J. A. FERNÁNDEZ ARRUTI, *La costumbre en la nueva codificación canónica*, en *Le nouveau Code de droit canonique. Actes du V<sup>e</sup> Congrès international de droit canonique*, vol. I, Ottawa 1986, 159-183; J. GAUDEMET, *La coutume en droit canonique*, en *Revue de droit canonique*, XXXVIII (1988), 224-251; J. OTADUY, *La costumbre*, en AA. VV., *Manual de derecho canónico*, Pamplona 1988, 254-265; V. DE PAOLIS, *La consuetudine*, en AA. VV., *Il diritto nel mistero*

nes en gran parte similares a las que describen la problemática de la fuente consuetudinaria en los demás ordenamientos <sup>2</sup>, o en sede de teoría general del derecho <sup>3</sup>, y que son sustancialmente reducibles a dos problemas fundamentales: el de la naturaleza misma de la costumbre (es decir, si puede calificarse propiamente de fuente del derecho) y el de los efectos producidos por la costumbre en el ordenamiento de que se trate <sup>4</sup>.

La variedad de las soluciones expuestas por la doctrina para el primer problema se basa desde luego, por un lado, en la diversidad de los principios fundamentales que informan los concretos sistemas de producción normativa que admiten fenómenos de formación de reglas sociales en razón del comportamiento de los miembros de una comunidad, caracterizado por la habitualidad y la constancia en el tiempo, al cual se añade la convicción por parte de la misma comunidad de que aquél es el comportamiento que debe seguirse <sup>5</sup>; por otro lado, el hecho de que el paso desde la reiteración habitual de los comportamientos hasta la regla social que se puede deducir de ellos se pueda plantear sólo teóricamente —al no ser empíricamente

*della Chiesa*, vol. I, *Il diritto nella realtà umana e nella vita della Chiesa. Il Libro I del Codice: Le norme generali*, Roma 1988, 274-279; S. GHERRO, *Principi di diritto costituzionale canonico*, Torino 1992, 81-85; F. J. URRUTIA, *Les normes générales. Commentaire des canons 1-203*, Paris 1994, 93-107. Vid. finalmente, también para la referencia al derecho canónico evangélico, P. LANDAU, *Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, LXXVII (1991), 156-196. Me permito además remitir a G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Padova 1993.

2. Vid. A. SANDULLI, voz *Fonti del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino 1961, 525-533; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, art. 1-9, en *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma 1977, 352-378; IDEM, voz *Consuetudine*, I) *Profili generali*, en *Enciclopedia Giuridica*, IV, Roma 1988, 7-12; P. BISCARETTI, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milano 1939, 79-103, espec. 79-94; V. CRISAFULLI, voz *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano 1968, 925-966; C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli 1992, 145 ss.; para el derecho privado, C. E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole di costume*, Milano 1958 y, del mismo autor, *Il diritto delle consuetudini e degli usi*, Milano 1974.

3. Vid. principalmente, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942; IDEM, voz *Consuetudine (teoria generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano 1961, 426 ss. y la bibliografía allí referida; vid. además G. FERRARI, *Introduzione a uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano 1950; C. ROSSANO, *La consuetudine*, cit., 5-143.

4. Cfr. N. BOBBIO, voz *Consuetudine*, cit., 426; vid. sobre la cuestión G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., 53 ss.

5. Cfr. *ibidem.*, 65-67.

posible distinguir la norma del comportamiento concreto <sup>6</sup>—, hace más difícilmente evitables las consecuencias de la terminología no siempre unívoca empleada para la representación teórica de las fuentes del derecho, donde, por ejemplo, el mismo término «costumbre» indica indiferentemente tanto un medio particular de producción normativa como el derecho producido por él <sup>7</sup>.

En cambio, es una constante la adopción de metodologías que se resienten gravemente del proceso de involución de la costumbre respecto de la ley <sup>8</sup>, en el sentido de que la producción consuetudinaria del derecho viene estudiada en general no tanto en sí y por sí, cuanto desde el punto de vista de una fuente diversa pero que ya ha llegado a ser históricamente preponderante; es decir, la ley <sup>9</sup>. La misma tripartición de la costumbre, según los efectos producidos en comparación con el derecho legislativo, en *secundum legem*, *praeter legem*, *contra legem*, puede considerarse, para ciertos aspectos, el indicio de un efectivo «error de perspectiva» <sup>10</sup>, tanto más emblemático cuanto que nunca se ha planteado descubrir una clasificación análoga de la ley en comparación con la costumbre.

En la tradición canónica esta tripartición de la costumbre puede ser comprendida más correctamente como expresión del esfuerzo por elaborar esquemas teóricos coherentes, en los que se pueda conciliar la innegable aportación del derecho consuetudinario a la evolución del ordenamiento de la Iglesia con el cometido reservado por el Fundador a la jerarquía. En efecto, la dialéctica *lex-consuetudo* no puede ser concebida aquí simplemente según el proceso histórico de involución del derecho consuetudinario respecto de los espacios siempre más amplios conquistados por el derecho legislativo, sino que se inscribe, en cambio, en el contexto de un ordenamiento que hace suya, de una parte, la lógica expresada por Juliano

6. Vid. C. ROSSANO, *La consuetudine*, cit., 67-70.

7. Vid. sobre esto G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., 58-59.

8. Cfr. N. BOBBIO, voz *Consuetudine*, cit., 436.

9. Se puede comprobar así cómo, en las diversas doctrinas, el derecho consuetudinario viene estudiado «con la preocupación de recoger aquellos elementos que lo hagan idóneo para ser acogido en la fuente prevalente y para insertarse en un ordenamiento fundado sobre una conciencia jurídica más madura»: así, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., 37.

10. Cfr. *Ibidem*.

en un célebre pasaje recogido en el Digesto, donde se reconoce idéntico fundamento para ambas formas de producción normativa <sup>11</sup>, pero que, de otra parte, rechaza progresivamente como extraña a las propias características peculiares cualquier vinculación entre titularidad de la potestad legislativa y *voluntas populi*. En verdad, la teoría del *consensus legislatoris*, tal como fue esbozada en la doctrina canónica clásica, elaborada cumplidamente por Suárez <sup>12</sup> y recibida definitivamente en el *Codex* de 1917, aun reconociendo a la costumbre una eficacia formal pareja a la de la ley, identifica en la voluntad de la autoridad jerárquica —aunque sea configurable de manera variada en las modalidades de expresión <sup>13</sup>— la sola *causa efficiens* de su fuerza normativa <sup>14</sup>, que accede al comportamiento de la comunidad como a un mero presupuesto de hecho.

En este sentido, hay una evidente correspondencia entre la tradicional doctrina canónica de la costumbre y la imagen eclesiológica y político-institucional de la *Societas Christi* <sup>15</sup> como *societas inaequalis*, en cuyo ámbito se niega al *populus fidelium* toda titularidad y ejercicio de funciones autoritarias. Por tanto, es comprensible

11. Cfr. D. 1, 3, 32: «*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*».

Sobre el pasaje, vid. L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano*, I, *Dalla Repubblica all'età dei Severi*, Napoli 1971, 106-113; F. GALLO, *Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1. 3. 32)*, en *Iura*, XXXVI (1985), 70-96; acerca de éstos, M. TALAMANCA, en *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, XCII-XCIII (1989-1990), 740-746; A. GUARINO, *Giuliano e la consuetudine*, en *Labeo*, XXXV (1989), 172-184.

12. F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore*, 1. VII, *Conimbricæ* 1612 = Madrid 1967, 770 ss.

13. Según esta teoría, el *consensus superioris* puede venir prestado en forma expresa, es decir, con actos que directamente manifiesten la voluntad de consentir, o tácitamente, es decir, con una actitud unívocamente interpretable como voluntad de consentir; no se consideraba después necesario que el consentimiento se exprese caso por caso en relación a las concretas costumbres (*consensus specialis* o *per conniventiam*), sino que es considerado suficiente el prestado en general por el legislador cuando de modo preventivo fija los «requisitos» de la costumbre (*consensus legalis* o *generalis*): vid. F. SUÁREZ, *De legibus*, cit., 1. VII, c. XIII, nn. 5-8, 825-826.

14. Cfr. *ibidem*, n. 4, 825; vid. G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., 39.

15. Así, R. BERTOLINO, *Spunti metodologici per una dottrina della consuetudine nel diritto canonico*, en *Studi in memoria di Pietro Gismondi*, vol. I, Milano 1987, 102; publicado ahora también en una reunión de ensayos del mismo autor, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione*, Torino 1989, 45-81.

cómo, una vez sometida a la criba de la eclesiología del Concilio Vaticano II, aquella doctrina ha podido aparecer por lo menos reductiva respecto a la repetida corresponsabilidad en la *aedificatio Ecclesiae* del entero Pueblo de Dios<sup>16</sup>: de aquí el esfuerzo de la doctrina canónica postconciliar por «recuperar» el derecho consuetudinario como elemento importante del aspecto comunitario y participativo de la estructura constitucional de la *Ecclesia Christi*, hasta el punto de reconocer a la costumbre un «papel eclesiológico decisivo», siendo «una especie de “carisma comunitario”»<sup>17</sup>, que encuentra su propia raíz teológica de «fuente primaria» del derecho canónico en el *sensus fidei* de la entera comunidad cristiana<sup>18</sup>.

A pesar de que la disciplina vigente de la costumbre canónica no se aleje mucho de la fijada por el *Codex* de 1917 (las disposiciones son sustancialmente las mismas, salvo la reducción a treinta años del periodo necesario para la *legitima praescriptio* o la previsión de la necesidad de un específico *animus communitatis* incluso para la introducción de la *consuetudo contra legem*), la lectura de la entera disciplina codicial a la luz de la imagen conciliar de la Iglesia es, en verdad, una regla hermenéutica inderogable<sup>19</sup>, que impone la revisión de teorías y doctrinas no compatibles con los principios que el Concilio Vaticano II y la sucesiva profundización magisterial indican como elementos eclesiológicos fundamentales. Los diversos intentos de reexamen o de completo abandono de la teoría tradicional del *consensus legislatoris* no parecen, sin embargo, dignos de ser comparados, en los aspectos que no permiten distinguir adecuadamente «el *munus regendi Ecclesiam*, propio de quien está investido del oficio de pastor, que implica el ejercicio de la potestad *in nomine Christi Capitis*, del *munus regale Ecclesiae*, es decir, de la participación de todos los fieles, en virtud del bautismo, en el oficio real de Cristo»<sup>20</sup>.

16. Vid. J. ARIAS GÓMEZ, *El «consensus communitatis» en la eficacia normativa de la costumbre*, Pamplona 1966; R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., 99-123; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Chiesa e potere. Studi sul potere costituente nella Chiesa*, Torino 1992, 141-158.

17. L. GEROSA, *Carisma e diritto nella Chiesa. Riflessioni canonistiche sul «carisma originario» dei nuovi movimenti ecclesiali*, Milano 1989, 182.

18. *Ibidem*, 143; cfr. *amplius* R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit.

19. Vid. IOANNES PAULUS PP. II, *const. ap. Sacrae Disciplinae Leges*, 25. 1. 1983, en A.A.S., LXXV (1983), *pars II*, XI.

20. G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., 7.

Es verdad, en efecto, que la eficacia de la costumbre en el derecho canónico puede justificarse en el inseparable nexo con la idea de tradición, entendida como proceso mediante el cual la Iglesia «in sua doctrina, vita et cultu, perpetuat cunctisque generationibus transmittit omne quod ipsa est, omne quod credit»<sup>21</sup>: y, en este sentido, hay una esencial correlación entre el derecho consuetudinario y la «actuositas Spiritus Sancti in corpore ecclesiali»<sup>22</sup>; pero es también un dato innegable que las características peculiares e inmutables de la Iglesia no permiten el recurso a lógicas propias de la «democracia», tal como es entendida en los ordenamientos seculares.

Considérese además que, mientras los demás ordenamientos raramente contienen normas instrumentales de identificación de la fuente consuetudinaria<sup>23</sup> —preocupándose más bien de regular los efectos respecto del derecho producido legislativamente—, el elenco de los elementos constitutivos de la costumbre canónica no es fruto de la reflexión doctrinal, sino que trae su origen del mismo legislador, que fija los así llamados «requisitos» de la costumbre. Estos requisitos son inmediatamente traducibles en otras tantas condiciones para que la costumbre pueda producir derecho en la Iglesia, incluso *contra legem*. Constituyen al mismo tiempo, para la dogmática jurídica, los imprescindibles elementos de identificación del concepto canónico de costumbre.

## II. LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LA COSTUMBRE EN LA DOCTRINA CANÓNICA

Con las anteriores premisas se puede fácilmente advertir que, de manera no diversa a la del Código pío-benedictino, el Código de 1983 formula, al disciplinar los efectos de la costumbre respecto a la ley, una específica y concisa disposición sobre el valor hermenéutico

21. CONCILIUM OECUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio dogmatica de Divina Revelatione «Dei Verbum»*, 18.11.1965, n. 8.

22. Cfr. C.C.E.O., c. 1506 § 1.

23. Consiguientemente, la figura dogmática de la fuente consuetudinaria propia de un determinado ordenamiento casi siempre «acaba por confundirse con la noción teórica de la costumbre “en general”»: así, V. CRISAFULLI, voz *Fonti del diritto*, cit., 934.

de aquella en el más breve de sus cánones —el 27—, idéntica al anterior c. 29 y hoy repetida por el c. 1508 del *Codex canonum Ecclesiarum orientalium*: «Consuetudo est optima legum interpres».

Se trata de una máxima breve y difícil<sup>24</sup>, también porque, al recoger integralmente el *ius vetus*, precisa de una interpretación que tenga en cuenta, en el sentido del c. 6 § 2, la antiquísima *canonica traditio* formada según un principio perteneciente ya al *Corpus iuris canonici*<sup>25</sup>. Por otra parte, todavía hoy se debe estar de acuerdo con quien, hace casi medio siglo, remarcaba la desproporción entre la escasez del espacio reservado en los manuales al tratamiento de la costumbre interpretativa y la amplitud de exposición dedicada a los otros tipos de costumbre, expresando igualmente la falta de una verdadera y propia teoría sobre la materia<sup>26</sup>.

Los canonistas, que, a partir de los decretalistas<sup>27</sup>, reconocen sin excepción la virtualidad de la costumbre como instrumento de la hermenéutica legislativa, están de acuerdo en referir el principio *de quo* a la costumbre posterior a la ley, mientras que debería atribuirse el significado contrario a la máxima de Pablo recogida en el Diges-

24. Así, G. SARACENI, *Consuetudo est optima legum interpres (contributo all'interpretazione del can. 29 C. J. C.)*, en *Ephemerides iuris canonici*, IV (1948), 70.

25. El c. 27 indica como fuente propia una decretal de Inocencio III, recogida en 8, X, I, IV. El caso aludía a la elección de Guillermo, monje *Ecclesiae Andrensis* y abad del propio monasterio, contestada por los monjes del monasterio de Charroux, que reivindicaban el derecho de elección pasivo. Contra las argumentaciones de Guillermo, fundadas tanto en el *ius commune* como también en un *speciale privilegium*, los monjes de Charroux advertían que la elección realizada contradecía tanto lo dispuesto por el obispo como también la *approbata consuetudo*, «*quae optima est legum interpres*». La decisión de la controversia fue ciertamente en sentido contrario a la interpretación consuetudinaria adoptada por los monjes de Charroux y fue preferida una interpretación del *statutum episcopi* que permitiera respetar el *ius commune*: Inocencio III consideró, en efecto, que el derecho de elección activo y pasivo correspondía exclusivamente a la *ecclesia Andrensis*, mientras que a los monjes de Charroux sólo la confirmación de la elección realizada; por lo demás, quedaba a salvo la posibilidad de anular la elección probando la existencia de una costumbre en sentido contrario.

26. G. SARACENI, *Consuetudo*, cit., 70-71.

27. El Hostiense, al considerar los efectos de la costumbre, prevé cinco hipótesis: «*Habet enim consuetudo primo virtutem imitandi. Imitatur enim legem, id est supplet ubi lex deficit (...). Secundo habet virtutem interpretandi ius dubium (...). Tertio habet virtutem abrogandi. Quarto derogandi. Quinto praesumptionem inducendi*» (HENRICUS A SEGUSIA CARD. HOSTIENSIS, *Aurea Summa*, I, I, tit. *De consuetudine*, n. 11, Venetiis, apud Iuntas, 1581, 15 v); vid. además IOANNES ANDREAE, *In Primum Decretalium librum Novella Commentaria, Summa post Tit. De consuetudine*, n. 55, Venetiis 1581 = Torino 1963, 66 a.

to<sup>28</sup>, que ponía en relación dos conceptos como *consuetudo* e *interpretatio*, emblemáticamente no independientes en el desarrollo del *ius civile*<sup>29</sup>. No existe, en cambio, convergencia de opiniones sobre si se extiende a la simple *consuetudo facti*, es decir, al uso de la comunidad que no tenga todos los requisitos propios de la *consuetudo iuris* y para la que, en particular, no haya transcurrido todavía el periodo de la *legitima praescriptio*.

Suárez, por ejemplo, trata de la función interpretativa de la costumbre bajo un doble punto de vista. El recurso al uso de la comunidad puede ser concebido, en primer lugar, como una regla hermenéutica prudencial, la cual, sobre la base de la consideración que «leges moribus coalescunt», puede suministrar útiles elementos en la búsqueda de la efectiva *mens legislatoris*; se trata en cualquier caso de una «humana coniectura», que es «valde probabilis», pero que deja espacio a valoraciones diversas<sup>30</sup>. Sin embargo, la costumbre puede también interpretar la ley como «causa concurrens ad introducendam, et stabiliendam talem interpretationem, et legis obligationem in tali sensu»: es decir, la costumbre que posea todos los requisitos necesarios para tener fuerza de ley realiza una interpretación auténtica, del mismo modo que una ley interpretativa<sup>31</sup>.

La enseñanza de Suárez es seguida por toda la doctrina canónica sucesiva y, en particular, por los comentaristas del Código pío-benedictino. Éstos distinguen ante todo la costumbre ejecutiva o *confirmativa*, que, como no añade nada ni elimina el sentido de una ley clara en sí misma, consiste sólo en la simple *observantia legis*: no podrá considerarse una costumbre en sentido propio, en cuanto que

28. D. 1, 3, 37: «Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpretis consuetudo».

29. «El intérprete romano fue esencialmente, durante toda la edad republicana y más allá, intérprete de una costumbre», hasta el punto de poder ser descrita la evolución jurídica como desarrollo consuetudinario promovido y controlado por la jurisprudencia: F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1971, 16; vid. sobre la cuestión, *ibidem*, 81-152.

30. *De legibus*, cit., 1, VII, cap. XVII, n. 2, 839. Por tanto, dentro de los mismos límites puede ser utilizada también la costumbre anterior a la ley que deba interpretarse: vid. *ibidem*; cfr. G. Michiels, *Normae generales*, cit., 193.

31. «Ratio autem huius effectus est, quia non est necessaria maior authoritas, nec expressior voluntas ad interpretandam legem iam factam quam ad novam introducendam»: F. SUÁREZ, *De legibus*, cit., nn. 1-3, 839-840.

no produce derecho<sup>32</sup>, sino que es sólo un dato de hecho que contribuye a reforzar la eficacia y la estabilidad del *ius praeexistens*, impidiendo la formación de eventuales costumbres contrarias<sup>33</sup>; la interpretación a la que de hecho se llegue será desde luego obligatoria «non autem vi observantiae usualis, sed vi ipsius legis»<sup>34</sup>.

La «ratio agendi subditorum» asume siempre relevancia fundamental para la interpretación de una ley dudosa o incierta<sup>35</sup>, pero hay que distinguir.

Está ante todo la interpretación de la ley alcanzable a partir de una mera *consuetudo facti*, que deba considerarse «doctrinal», si bien «altiori (...) ratione, quia in consuetudine plures in unum conveniunt»<sup>36</sup>. Ésta puede hacer surgir una *praesumptio veritatis*, «quia legislator censetur uti verbis iuxta usum communem et mentem suam accomodare usui populi, propter bonum commune»<sup>37</sup>: una *praesumptio hominis*, evidentemente, que es vinculante sólo por su fuerza lógica intrínseca y superable, por tanto, cuando la aplicación de otros medios hermenéuticos conduzca a un resultado diverso.

En cambio, cuando el comportamiento de la comunidad posee todos los requisitos de la costumbre jurídica, se da una interpretación de la ley *vere authentica*, y por esto obligatoria del mismo modo que la proveniente del propio legislador<sup>38</sup>. En particular, las condiciones según las cuales una costumbre puede interpretar auténtica-

32. F. M. CAPPELLO, *Summa iuris canonici*, vol. I, Romae 1945, 86-87. Observa el mismo autor que la *consuetudo secundum legem*, cuando la ley sea clara et manifesta «nonnisi improprie dicitur ius constituere, cum revera legi nihil addat vel demat» (*ibidem*, 92).

33. Cfr. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., 212; G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., 192-193. En efecto, es difícil admitir, desde un punto de vista lógico, la posible configuración de una costumbre *secundum legem* que sea verdaderamente jurídica, calificable por tanto como fuente del derecho (en este sentido, vid., por ejemplo, L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis theologica necnon ascetica, polemica, rubricistica, historica*, t. II, Genuae MDCCLXVII, voz *Consuetudo*, 584); sobre este punto vid. también *infra*, nt. 46.

34. Así, G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., 194, nt. 2.

35. F. M. CAPPELLO, *Summa*, cit., 92.

36. F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, tomus primus, pars prima, Romae 1843, 281.

37. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., 212.

38. G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., 195; F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum*, t. I, *Normae generales*, Romae 1938, 364. Niega, en cambio, que la costumbre, incluso prescrita, tenga valor de interpretación auténtica, M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, vol. I, Taurini 1939, 58-59.

mente una ley dudosa o realizar una interpretación extensiva, son las mismas requeridas para la producción consuetudinaria de derecho *praeter legem*<sup>39</sup>; mientras que es obligatoria la interpretación restrictiva dada por una costumbre que tenga los requisitos previstos para producir derecho *contra legem*<sup>40</sup>.

Estas conclusiones, que se referían también al c. 17 § 2 del Código pío-benedictino (el cual preveía la necesidad de promulgación y la no retroactividad de una ley que interpretase restrictiva o extensivamente una ley precedente o que explicase una ley dudosa), no eran compartidas por aquella parte de la doctrina que definía como «un equívoco poco elegante» la pretensión de identificar la *consuetudo interpretativa authentica* con una verdadera *consuetudo iuris*<sup>41</sup>. El principio enunciado por el c. 29 debía entenderse, en cambio, referido a la costumbre de hecho, que «se concreta en el uso suficientemente extendido en el tiempo y acreditado en la conciencia de los juristas»<sup>42</sup>. En caso contrario, se habría dado lugar a un «dañoso dualismo» entre dos fuentes paralelas y autónomas<sup>43</sup>; además, el legislador no habría decidido dar valor vinculante a la costumbre interpretativa con una apropiada disposición si ella hubiera poseído fuerza normativa según los principios generales fijados por el Código para la costumbre jurídica<sup>44</sup>.

### III. «CONSUE TUDO EST OPTIMA LEGUM INTERPRES»: EL CONTENIDO DEL C. 27

Las cuestiones que acabamos de exponer, con las correspondientes observaciones doctrinales, se replantean en los mismos términos a propósito de los datos textuales no innovados por el Código vigente, con la consiguiente alternativa inevitable de considerar que

39. «... quia casus dubie tantum vel certo non sub lege comprehensus dici nequit attingi propria legis efficacia»: G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., 194.

40. «... quia casus certo sub lege comprehensus a propria legis efficacia excludi non potest, quin violetur lex ista»: *ibidem*.

41. G. SARACENI, *Consuetudo*, cit., 73.

42. *Ibidem*, 94.

43. *Ibidem*, 91.

44. *Ibidem*.

el c. 27 es aplicable sólo a las costumbres que tengan los requisitos previstos por los cc. 23-26 o de admitir, al contrario, que la disposición afecta únicamente a las costumbres «de hecho», es decir, a los simples usos de la comunidad.

La búsqueda de una solución exige, en vía preliminar, ulteriores puntualizaciones; sobre todo para evitar los recurrentes equívocos terminológicos.

En el lenguaje jurídico el término interpretación indica un procedimiento lógico dirigido a clarificar el efectivo contenido de una expresión normativa. Una costumbre es por tanto interpretativa sólo cuando es *explicativa*, es decir, cuando se limita a explicar el sentido de una *lex obscura*, sin modificar el contenido efectivo, pero mostrando el sentido genuino de la ley o, mejor, la voluntad del legislador expresada en la fórmula legislativa, que podrá incluso revelarse más restringida o más extensa respecto de la efectiva *mens legislatoris*. En cambio, no es posible calificar como interpretativa una costumbre que llegue a sustraer de la disciplina legislativa un caso que de otro modo le estaría ciertamente sometido, o bien que extienda una disposición a casos no contemplados por la ley<sup>45</sup>. Sólo impropriamente se puede hablar, en estos casos, de interpretación restrictiva o extensiva, por tratarse, en cambio, de verdaderas costumbres *contra* o *praeter legem*, que estarán en condición de producir efectos en el ordenamiento si poseen todos los requisitos previstos por el legislador para la producción consuetudinaria de *ius novum* y al margen del c. 27, el cual se refiere exclusivamente a las costumbres que no pretendan modificar la normativa vigente, sino interpretarla.

Esto no significa que la costumbre interpretativa así entendida pueda calificarse de *secundum legem*. Aparte de las dificultades de orden lógico que supone configurar jurídicamente semejante catego-

45. «Si se llega a decir que la costumbre puede interpretar la voluntad de la ley, hasta situarse contra la ley (lo que equivale a una abrogación!), es necesario admitir que la visión del principio es más bien turbia»: *ibidem*, 73.

Se permanece en el ámbito de la interpretación *dentro* de la norma cuando los términos usados por el legislador se toman en una acepción más o menos extensa, *salva proprietate verborum*: en este caso, más que de interpretación extensiva o restrictiva, es preferible hablar de interpretación *lata* o *stricta*, con referencia evidente no a los efectos, sino a las modalidades de interpretación: cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, cit., vol. I, 480-481.

ría <sup>46</sup>, es evidente que la eliminación de las dudas a las que a veces dan lugar las proposiciones normativas en las que se articula la ley, no es fruto de la misma ley que se supone formulada de modo impreciso, sino del comportamiento de la comunidad. En otros términos, la interpretación se sitúa siempre *praeter legem* <sup>47</sup> y por tanto, podrá imponerse autoritariamente sólo desde el momento en que subsistan todas las condiciones previstas por los cc. 23-26.

Es difícil ciertamente hallar, al comprobar la realidad, una costumbre directamente orientada a la solución de dudas hermenéuticas. Más bien, la interpretación resulta ser una actividad implícita, en el sentido de que el comportamiento consuetudinario, en el mismo momento en que se sitúa como acto de obediencia a la ley, presupone la superación de eventuales dudas y hace evidente el significado que la comunidad atribuye a la disposición legislativa. Esto no quita que los dos momentos de la *explicatio* y de la *applicatio legis*, inseparables en la práctica, sean netamente distintos desde el punto de vista lógico.

Por un lado, en la *observantia legis* por parte de la comunidad es siempre reconocible un efecto «confirmativo», ya considerado en un conocidísimo *dictum Gratiani* («leges firmantur, cum moribus utentium comprobantur») <sup>48</sup>. Por otro lado, la atribución de mayor estabilidad a la ley —por el hecho mismo de que se revele practicable y no sea amenazada en su existencia por la formación de costum-

46. Si se afirma que la costumbre es una fuente subordinada a la ley, se debería concluir también que aquella actúa en el ordenamiento según la previsión legislativa, y por tanto es siempre *secundum legem*, también cuando el comportamiento de la comunidad se contrapone a una norma de ley. Si, al contrario, se reconoce igual dignidad a la fuente consuetudinaria respecto de la ley, es un absurdo lógico la yuxtaposición de dos fuentes de igual eficacia al regular de modo idéntico un mismo objeto: «porque, o vale la costumbre y entonces la ley no puede sino repetir las normas; o vale la ley y la costumbre nada puede añadir a su eficacia (...). Pero si son idénticas, una de las dos es superflua y si ninguna de las dos es superflua, entonces es signo de que no son idénticas»: G. FERRARI, *Introduzione*, cit., 126-127.

47. P. LOMBARDÍA considera que cuando una costumbre «pretende hacer obligatorio uno de los posibles modos de cumplimiento del orden legislativo, anulando otras posibles modalidades de observar lo que el legislador establece, la costumbre debería ser considerada «ilegal», es decir, *contra legem* (sub c. 27, cit., 72-73). Según la modesta opinión de quien escribe, las «otras» modalidades de cumplimiento de la ley no pueden considerarse comprendidas en la previsión legislativa, sino que derivan sólo de la incerteza de la formulación: por consiguiente, la costumbre no va ciertamente *contra legem* al interpretar la efectiva voluntad del legislador.

48. *Dictum ad c. 3, D. IV.*

bres contrarias— es, como ya se ha visto, un mero dato de hecho, que no produce derecho <sup>49</sup>. En cambio, la interpretación debe considerarse un objeto implícito de la *voluntas communitatis* que —del mismo modo que la interpretación producida en el sentido del c. 16, la cual «*eandem vim habet ac lex ipsa*»— es susceptible de llegar a ser *ius consuetudinarium* <sup>50</sup>.

49. Vid. *supra*, nt. 32.

50. Parte de la doctrina ve difícil admitir que la actividad interpretativa, al ser dirigida al conocimiento del derecho, pueda concebirse como acto de producción normativa reconducible a la voluntad popular: así por ejemplo, C. ROSSANO, *La consuetudine*, cit., 113-114. También entre los canonistas hay quien observa que «la interpretación es una operación lógica que mal se corresponde con una masa extensa y amorfa» y duda de que sea «prácticamente posible que la interpretación de una norma pase por la criba de la conciencia general de sus destinatarios» (G. SARACENI, *Consuetudo*, cit., 91).

En efecto, las mismas dificultades podrían plantearse para la configuración en el ámbito de la comunidad en su conjunto del mismo *animus iuris inducendi* requerido por el c. 25, el cual —aún más que el c. 28 del C.I.C. de 1917, que requería un *animus se obligandi*— parece exigir de los agrupados una actividad intelectual y volitiva particularmente refinada que, siendo difícilmente realizable en la realidad eclesial, haría casi imposible la formación de la costumbre (cfr. S. GHERRO, *L'«animus communitatis» della consuetudina canonica*, en *Ephemerides iuris canonici*, XXXVIII [1982] 138). Con todo, según algunos cabría observar que, «desde el punto de vista fenoménico, el *animus communitatis* no tiene una real subsistencia autónoma, sino que existen sólo las concretas voluntades individuales, las cuales de por sí no se ponen como norma para la colectividad y, en general, se dirigen al cumplimiento del acto concreto. Prescindiendo además de la consideración de que el proceso de formación de la costumbre es, en ese sentido, inconsciente, permanece en cualquier caso el hecho de que tampoco la voluntad individual eventualmente dirigida a la producción normativa podría imponerse a los demás agrupados a no ser en virtud de una abstracción que, con base en el criterio de la prevalencia, recabe de la múltiple voluntad de los individuos la hipotética voluntad atribuible a la colectividad en su conjunto. Ciertamente, hasta que los sentimientos y las ideas que mueven las conciencias de los individuos no sean abstractamente agrupables en una conciencia común, nos hallamos todavía en una fase pre-jurídica, completamente indiferente para el derecho —salvo que el comportamiento individual concrete supuestos contemplados, por ejemplo, por normas penales—, y no puede darse acción de la comunidad, sino sólo de los sujetos que la componen. En cambio, cuando, a través de un conjunto de fenómenos homogéneos y generalizados, se manifiesten maneras de pensar y actuar susceptibles de vincularse entre sí —de las que se pueda inducir una conciencia colectiva, de algún modo independiente de las conciencias de los individuos, que se sitúe directamente ante el ordenamiento existente, en armonía o en contraste, pero siempre por razón de exigencias no irrelevantes para este último—, sólo entonces estamos ante una costumbre jurídica. En otros términos, las diversas concepciones que sostienen subjetivamente la actuación de los agrupados, deben poder encontrar *reductio ad unitatem* no tanto en la obediencia mecánica a las leyes sociales de la imitación o de la repetición, cuanto en la tendencia a realizarse ellas mismas por medio de normas de conducta referibles al sentir de la comunidad en su conjunto, configurando así, en el plano lógico, una concepción jurídica común, que no se encuentra en los simples usos, costumbres o hábitos. La posibilidad de configurar el elemento psicológico definible como *animus iuris inducendi* se remite entonces, en resumidas

A la luz de las premisas anteriores, parecería por lo menos incongruente que el legislador, que se ha preocupado de fijar precisas condiciones para la producción consuetudinaria de derecho *praeter legem*, atribuyese con el c. 27 la misma eficacia, en sede de interpretación autorizada de la ley, a los simples usos de la comunidad, desprovistos, en cuanto tales, de las características propias de la costumbre jurídica. El recurso al «quod plerumque fieri consuevit»<sup>51</sup> debe ser considerado, por tanto, sólo un importante criterio hermenéutico —también en razón de la regla sapiencial expresada por Juliano: «Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est»<sup>52</sup>—, pero no un criterio vinculante hasta que no asuma los perfiles de la costumbre jurídica<sup>53</sup>.

El c. 27 no tiene siquiera la función de atribuir fuerza obligatoria a la *consuetudo iuris*, que la tendría ya en el sentido de los cánones precedentes, porque, si así fuera, ello resultaría en verdad *inutiliter datus*. En realidad, el c. 27, no obstante su situación en el Título II del Libro I, no se orienta tanto a la disciplina de la fuente consuetudinaria, en cuanto que se inserta en las disposiciones sobre la interpretación de la ley, con la función de impedir la utilización de otros criterios hermenéuticos (en particular, los previstos por el c. 17, pero también el contenido, por ejemplo, en el c. 18) contra la interpretación recabable de la costumbre.

En efecto, si no existiera el c. 27, podría sostenerse que la interpretación consuetudinaria, al no provenir del legislador, es vin-

cuentas, a la prudente apreciación *ex post* de quien es llamado a aplicar o hacer observar la misma norma consuetudinaria» (G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., 156-157).

51. Cfr. *Regula iuris XLV in VI*.

52. D. 50, 17, 67.

53. Vid., sin embargo, lo que observan F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum*, cit., 364: «Quod si consuetudo ista eum gradum attingit, ut legem dubiam et indeterminatam iuxta certum et definitum sensum obligatorio modo observandam esse statuatur, interpretationem vere authenticam continet atque tamquam verum ius consuetudinarium una cum lege, quam interpretatur, ad stabiliendam obligationem concurrat». La imposición autoritaria de una determinada interpretación es sí un efecto de la costumbre que va *praeter legem*; pero también es verdad que tal efecto no puede considerarse del todo independiente de la ley, en el sentido de que aquél presupone la existencia de esta última, a la cual es referible exclusivamente la disciplina de la materia que se ha hecho objeto de interpretación: consiguientemente, una vez que, por cualquier razón, cesa la ley, cesa también la vigencia de la costumbre interpretativa.

culante solamente hasta que no se demuestre su incongruencia con la *propria verborum legis significatio*, considerada *in textu et contextu* o con el significado atribuible a la ley con base en el recurso «ad locos paralelos, ad legis finem ac circumstantias et ad mentem legislatoris». El c. 27, fija en cambio, una especie de presunción *iuris et de iure* de conformidad de la interpretación consuetudinaria con la voluntad del legislador expresada en la ley; es más, en tal sentido, reconociendo en la costumbre el intérprete vinculante de la *mens* «quam habuit legislator ferendo legem»<sup>54</sup>, se podría incluso considerar superflua la demostración de la subsistencia de la *rationabilitas* de la costumbre interpretativa, al ser la misma que la de la ley interpretada<sup>55</sup>.

#### IV. COSTUMBRE INTERPRETATIVA E INTERPRETACIÓN «EVOLUTIVA» DE LA LEY CANÓNICA

Bajo la guía de cuanto se ha venido considerando hasta ahora, se pueden hacer ulteriores observaciones sobre el carácter «evolutivo» de la interpretación consuetudinaria.

Con la premisa de que para todo ordenamiento jurídico y para cualquier fase de su evolución histórica el problema de la interpretación de la ley se plantea con características peculiares —al ser condicionado por la naturaleza del ordenamiento en sí mismo y por el diverso modo de operar de las fuentes—, es un dato indudable y constante que la interpretación jurídica, junto al cometido de reconocimiento de la norma, tiene un ulterior cometido de adecuación o adaptación, que distingue esencialmente el resultado al que llega respecto del que se propone la interpretación histórica<sup>56</sup>.

Cabe observar, con todo, que la interpretación evolutiva no debe ser considerada al estilo de un método o criterio particular que

54. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., 212-213; vid. también A. CASIRAGHI, *Interpretazione della legge canonica e "populus fidelim"*, en *La norma en el derecho canónico. Actas del III Congreso internacional de derecho canónico (Pamplona, 10-15 de octubre de 1976)*, vol. I, Pamplona 1979, 691 ss.

55. Cfr. G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., 175-176.

56. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano 1955, 816-817.

deba usarse junto a otros, sino que es una característica propia de la interpretación jurídica que adopte una orientación dinámica <sup>57</sup>: cuanto más se aleja la fórmula en el tiempo y en el espacio de su actual ámbito de aplicación, tanto más necesita de la sensibilidad del intérprete. Bajo este aspecto, asume particular incisividad la interpretación de la ley que viene dada por los mismos sujetos destinatarios en el acto de adaptarse a lo dispuesto en la ley misma. La comunidad que se adapta a la disposición legislativa no se detiene ciertamente en la evocación de su sentido originario, como si se tratara de un elemento histórico que tuviera un sentido cerrado en sí mismo; sino que demuestra su virtualidad y por tanto su vigor actual, conjugando la voluntad del legislador con la realidad social, que ha constituido el objeto de la previsión legislativa. «El reconocimiento de la valoración originaria inmanente y latente en la letra de la ley» <sup>58</sup> viene a integrarse, a través de la costumbre, con los posteriores resultados sociales que la norma produce como consecuencia de los cambios del ambiente socio-cultural o de las nuevas orientaciones del mismo orden jurídico.

En este sentido, también la ley canónica puede considerarse sometida a interpretación evolutiva por parte de la costumbre, aunque la adaptación histórica no pueda concebirse en función del carácter democrático del sistema, sino como consecuencia del hecho de que la ley puede contener proposiciones normativas elásticas, que hayan de adecuarse a los contextos sociales e históricos concretos <sup>59</sup>. Es claro que no sería admisible que la costumbre, permaneciendo interpretativa, pudiera llegar a resultados extraños o contrarios a la *voluntas legislatoris*. Con todo, incluso en el derecho canónico tal voluntad no puede entenderse correctamente en sentido estrictamente psicológico, sino normativo: de ahí que nada impida concebir la ley canónica como una legislación «abierta», sujeta a una interpretación consuetudinaria que, lejos de poder ser definida *praeter* o incluso *contra legem*, no haría otra cosa que traducir en la práctica una normativa ya contenida *in nuce* en la disposición legislativa. En efecto, desde el momento en que la ley se dirige a una universalidad

57. Cfr. *ibidem*, 833 ss.

58. *Ibidem*, 824.

59. Cfr. F. J. URRUTIA, *Les normes générales*, cit., 68.

de casos más variada y compleja de la que puede históricamente inducir el legislador cuando establece la ley, el legislador eclesiástico no puede dejar de prever que las condiciones determinantes de la *rationabilitas* de las propias disposiciones puedan cambiar según los tiempos y los lugares de aplicación; tanto más si se considera la variada realidad compleja del *orbs totus*, que es el ámbito de aplicación de las leyes canónicas universales, en cuya consideración llegan a ser imprescindibles las exigencias de adaptación y armonización con la realidad de las iglesias locales.

En este sentido el c. 27 asume también así el valor de afirmación eficaz de «que las leyes eclesiásticas no sean letra muerta, sino algo hecho realidad en la vida de las comunidades cristianas», elevando «a criterio de interpretación esa manifestación de la responsabilidad de los fieles que consiste en vivir lo establecido en las leyes de la Iglesia»<sup>60</sup>.

60. P. LOMBARDÍA, *sub c. 27*, cit., 72.