

RACIONALIDAD Y BUENA FE EN LA INTRODUCCION DE LA COSTUMBRE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DE RACIONALIDAD EN LA DOCTRINA SOBRE LA COSTUMBRE CANÓNICA: 1. Evolución del pensamiento doctrinal desde San Raimundo de Peñafort al Abad Panormitano; 2. Suárez y la doctrina posterior, hasta la codificación; 3. Comentadores del Codex Iuris Canonici. III. LA BUENA FE Y SU RELACIÓN CON LA RACIONALIDAD. IV. LA BUENA FE COMO REQUISITO DE LA NORMA CONSUETUDINARIA.

I. INTRODUCCIÓN

El Codex Iuris Canonici, recogiendo la doctrina establecida por Gregorio IX en el s. XIII¹, repite dos veces consecutivas (cc. 27-28) la necesidad de la racionalidad como requisito indispensable para la introducción de la norma consuetudinaria. Es más, recoge un supuesto concreto en el que la costumbre debe considerarse irracional: "Consuetudo quæ in iure expresse reprobatur, non est rationabilis"².

Acerca de la existencia de buena o mala fe en la comunidad introductora y su relación con la aparición de la norma, el Código nada establece.

¿A qué es debido este silencio?

Es verdad que el título segundo del libro primero del C. I. C. no regula todos los supuestos que pueden surgir en torno a esta figura jurídica; más bien presenta unos cauces generales por donde ha discurrido la doctrina canónica post-codicial³. No obstante cabría pre-

1. X, I, 4, 11.

2. Cn. 27, § 2. Esta expresión tiene su primer precedente en HOSTIENSE, *Summa aurea* (Lugduni, 1568), lib. 1, tít. 4, n. 3, fol. 19 vuelto, donde se afirma que la costumbre es irracional «ubicumque per ius expressum reprobatur».

3. R. WEHLÉ, *De la coutume dans le droit canonique* (París, 1928), pág. 422 presenta un elenco de cuestiones sobre la costumbre, que la aparición del C.I.C. ha

guntar: ¿cómo puede encuadrarse en el marco de los datos legislativos contenidos en el Codex el problema de la existencia y aun necesidad de la buena o mala fe de la comunidad?

Pío Fedele, en una obra a la que después nos referiremos con más detenimiento, admite, fundamentándolo en el pensamiento de Sinebaldo de Fieschi, que "... il concetto dei bona fides, a cui in tema di consuetudine deve farsi richiamo, non può essere se non quello che si ha in materia di prescrizione" ⁴.

La existencia y significado de este concepto específico de "bona fides" y aún más, el porqué del silencio que sobre él guarda el C. I. C. aparece más claro, dentro del pensamiento de Fedele, cuando el autor la relaciona con el requisito de la racionalidad. "Il silenzio legislativo circa il requisito della bona fides ha un valore sintomatico —afirma— se lo si consideri, come la si deve considerare, in relazione al requisito della rationabilitas espresamente contemplato dal legislatore". "Il concetto di rationabilitas —añade— soppianta, nella nostra materia, quello di bona fides" ⁵.

Dejemos para más adelante la exposición y discusión del fin que Fedele persigue al vincular el requisito de "bona" o "mala fides" con la prescripción y racionalidad de la costumbre. Bástenos ahora señalar que para este autor el requisito de la "bona fides" propio de la costumbre está tan íntimamente ligado con el de la racionalidad, que en el C. I. C. queda significado por éste.

Cicognani-Staffa sigue una línea de pensamiento parecida cuando afirma: "Bonae vel malae fidei obiective respondet rationabilitas" ⁶. Relación que, como el mismo autor escribe, la había señalado antes que él y que Fedele, el célebre canonista Engel, con las siguien-

suscitado, pero no ha resuelto. Citemos algunas: «Y a-t-il dans l'Église un droit coutumier proprement dit?». «La coutume interprète des lois est-elle une véritable coutume de droit?...». «Dans quels cas une coutume non expressément réprouvée par le droit peut-elle être dite raisonnable?». «Quelles sont les coutumes que les canons du nouveau Code laissent expressément subsister?».

4. P. FEDELE, *Il problema dell'animus communitatis nella dottrina canonistica della consuetudine* (Milano, 1937), págs. 109-110.

5. *Ibidem*, pág. 130.

6. CICOGNANI-STAFFA, *Commentaria ad librum primum codicis iuris canonici*, II (Romae, 1942), pág. 119.

tes palabras: "ideo bona fides ordinarie non requiritur, sed iterum supplet causae rationabilitas" ⁷.

Michiels y Bertola, sin embargo, creen que el concepto de buena o mala fe consuetudinaria no guarda relación directa con la racionalidad, sino con el "animus communitatis inducendi consuetudinem" ⁸. Para estos autores la racionalidad tiene como origen una relación de orden distinto al que origina la buena o mala fe: "... dum bonitas et malitia consuetudinis facti —escribe Michiels— determinantur ex eius conformitate cum iure existenti, rationabilitas eius vel irrationabilitas mensurantur ex proportione eius vel despropor-tione ad constituendum ius novum aut abrogandum antiquum" ⁹.

El interés de la doctrina postcodicial por definir la naturaleza de la buena o mala fe de la costumbre y buscar su relación con la racionalidad de la misma ¹⁰, unido a un silencio total sobre el tema por parte del Codex, nos ha movido a escribir estas páginas en las que se llevará a cabo un análisis de la doctrina canónica sobre la racionalidad, como base para el estudio de las relaciones de este concepto con el de buena fe. Este último problema y el concepto de "bona fides", como requisito de la norma consuetudinaria, constituyen el objeto de la II y III parte de este trabajo.

II. EL CONCEPTO DE RACIONALIDAD EN LA DOCTRINA SOBRE LA COSTUMBRE CANÓNICA

1. *Evolución del pensamiento doctrinal desde S. Raimundo de Peñafort al Abad Panormitano.*

Siempre se ha aceptado como un postulado que la racionalidad ha de acompañar a la costumbre, como a toda norma reguladora de actos humanos. No es tan claro, sin embargo, definir la naturaleza

7. ENGEL, *Collegium universi iuris canonici* (Venetiis, 1742), pág. 25.

8. Vid. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, II (Romae, 1949), págs. 120 ss.; A. BERTOLA, *Note sulla dottrina canonistica della consuetudine*. Estratto dalla «Rivista italiana per le Scienze Giuridiche» (Roma, 1930), págs. 15 ss.

9. G. MICHIELS, o. c., pág. 145.

10. A este respecto ha escrito FEDELE: «Tale problema (el de la «bona fides») non può essere affrontato se, oltre il concetto di «bona fides», non si sia prima determinato il concetto di rationabilitas, che tanta parte occupa nella dottrina della consuetudine» (o. c., pág. 116).

y alcance pleno de este requisito. De ahí que sus perfiles se hayan determinado a través de una evolución lenta y progresiva del pensamiento doctrinal, como ha sucedido con otros muchos conceptos jurídico-canónicos.

En un principio el concepto de racionalidad consuetudinaria era bastante vago, impreciso, y además expresado con notas de carácter exclusivamente negativo.

San Raimundo de Peñafort habla del requisito de racionalidad en los siguientes términos: "ut autem plene cognoscas que consuetudo preiudicet legi vel constitutioni, distingue: ... aut est rationabilis, id est, iuri naturali non contraria, aut non" ¹¹.

Las palabras citadas muestran una única nota negativa, cuyo significado es absolutamente abstracto, general y vago. Para el autor la racionalidad consuetudinaria equivale a la no contradicción con el derecho natural; ahora bien, el derecho natural fundamenta desde los preceptos primarios vinculados inmediatamente con la ley eterna, hasta aquellas normas positivas cuyo objetivo inmediato es la consecución del bien social de una comunidad concreta. Todas ellas tienen como última raíz la ley eterna cuya expresión es el derecho natural.

La razón primordial que justifica esta postura es el escaso desarrollo de la doctrina canónica que aún no ha llegado a penetrar en la esencia de las instituciones, por lo que es imposible la elaboración de conceptos que las expresen.

La legislación eclesiástica se sitúa en la misma línea. En las decretales se observa un doble fenómeno digno de resaltar: a) Excepcionalmente alguna (v. g. X, 1, 4, 11) todas las decretales que se relacionan con la costumbre, igual que las restantes, se limitan a resolver casos concretos ¹² y determinar si las costumbres presentadas a su consideración son laudandas o reprobandas, es decir, si son racionales

11. S. R. DE PENYAFORT, *Summa iuris*, ed. Rfús Serra (Barcelona, 1945), pág. 34.

12. Esta afirmación está refrendada por la historia de la vida jurídica de todos los pueblos y también de la sociedad eclesiástica. Al principio, son las costumbres, o el derecho vivido, quienes regulan la actuación social de los miembros. La autoridad sólo interviene para resolver la colisión de derechos concretos. Estas decisiones, lo mismo que las costumbres, se fijan con el tiempo como derecho escrito. La fijación de normas de derecho objetivo que contemplan supuestos abstractos responde siempre a un estadio de evolución más desarrollado que implica la abstracción de principios generales de los casos concretos.

o irracionales, puesto que ésta es la única causa por la que, de hecho, se aceptan o reprueban. b) Una lectura somera de las mismas nos hará observar que todos los textos pontificios que sancionan negativamente una costumbre, incluyen en su contenido la razón concreta en que se fundamenta tal irracionalidad. Unas veces aducirán que en la costumbre se encuentran "illicita, impossibilia vel libertati ecclesiasticae obviantia..."¹³. Otras la llamarán corruptela "quum sacris sit inimica canonibus et de ambitionis radice processerit..."¹⁴. En ocasiones las reprobarán, porque de lo contrario "disrumperetur nervus ecclesiasticae disciplinae"¹⁵ y en otros por una razón tan sencilla como que no se puede recurrir en apelación al Obispo cuando sentencia el "Officialis", ya que ambos constituyen un mismo tribunal¹⁶. Razones todas que, como es lógico, han de ser de carácter negativo¹⁷.

Por el contrario, los textos que sancionan favorablemente una costumbre, no señalan las razones motivadoras de la decisión¹⁸. Las decretales, dada la forma de expresarse los pontífices, presentan el aspecto negativo de la racionalidad con los matices más diversos, mientras que las razones que pudiesen explicar el aspecto positivo permanecen totalmente silenciadas¹⁹. La misma decretal "Cum tan-

S. Raimundo recoge en su colección decretales, desde las primeras que vieron la luz en la historia de la Iglesia, hasta las producidas por Gregorio IX que el día 5 de septiembre del año 1234, promulgó la compilación con la Bula «Rex Pacificus». Es lógico sean muy pocas las decretales que comienzan a desprenderse de los hechos concretos y elevar la doctrina a principios generales.

13. VI^o, II, 11, 3.

14. VI^o, I, 4, 1; X, II, 11, 1.

15. X, I, 4, 5.

16. VI^o, I, 4, 2.

17. En otros textos se reprueban costumbres como contrarias al derecho natural: v. g. en: X, I, 4, 4; X, V, 3, 8-9; etc. Como contrarias al derecho divino positivo en: X, III, 30, 32; X, I, 31, 13; X, V, 39, 49; X, V, 3, 44; etc. Como contrarias a leyes fundamentales de la Iglesia en: X, I, 4, 7; VI^o, I, 4, 1; etc.

18. Vid. v. g. X, V, 3, 42.

19. Esta específica actuación pontificia se debe a una razón psicológica de fácil comprensión: Los creadores y al mismo tiempo destinatarios de la costumbre, desean que ella regule una faceta determinada de su conducta jurídica; para lo cual les es suficiente conseguir de la autoridad una sanción favorable. Los interesados no necesitan conocer las razones que movieron a la autoridad para considerar razonable la costumbre presentada; sólo pretenden el visto bueno y nada más. De ahí que los Romanos Pontífices se limiten a señalar el carácter racional y loable de la costumbre examinada, sin descender a más detalles.

No sucede igual en el supuesto de una costumbre reprobada. El Papa ha de ac-

to”²⁰, en la que Gregorio IX establece los requisitos necesarios para que la costumbre pueda derogar la ley positiva, presenta la racionalidad y prescripción legítima sin determinar la naturaleza y alcance de tales conceptos. Habla de ellos, como requisitos indispensables de la norma consuetudinaria, pero sin definirlos. He aquí el texto: “... licet enim longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positivo debeat praeiudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta”.

Sólo las palabras del primer párrafo de la decretal presentan un atisbo de definición negativa de racionalidad, cuando dice: ... “nemo sanae mentis intelligit, naturali iuri, cuius transgressio periculum salutis inducit, quacunq[ue] consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari”.

La Glosa a la citada decretal de Gregorio IX da la razón por la que “nulla consuetudo praevallet contra ius naturale, etiamsi omnes homines de mundo contra facerent, cuius ignorantia neminem excusat”. Esta es “quia transgressio iuris naturalis inducit periculum salutis”²¹. Esta definición presenta un pequeño avance con relación

tuar de modo muy distinto, dado que en la Iglesia, el quehacer jurídico de los fieles, no viene impuesto por una voluntad déspota del legislador, sino que éste, al mismo tiempo que legislador y juez es padre y pastor, según la formulación más tardía, pero que refleja un espíritu permanente, recogida en el c. 2214 § 2. No basta reprobar simplemente la costumbre presentando como único argumento su contenido irracional. La costumbre sancionada encierra la historia íntima y callada, vivida durante muchos años, por una comunidad, que con buena voluntad, buscaba el progreso pacífico de su vida religioso-social. Desde ahora han de someter su proceder a una norma contraria, impuesta y, por tanto, humanamente odiosa.

He aquí por qué probablemente la negativa del Romano Pontífice siempre va acompañada de alguna razón justificante.

20. X, I, 4, 11.

21. Glosa a X, I, 4, 11; también a X, III, 30, 32. P. FEDELE, o. c., págs. 117-118, a la hora de investigar el concepto de racionalidad en la doctrina antigua, aduce estas palabras como única cita de la glosa, para confirmar su opinión personal que después se expondrá. A ello podía hacerse una doble observación: a) Las palabras aducidas de la glosa no pretenden definir, ni justificar el concepto de racionalidad, ya que corresponden al primer párrafo de la decretal «Cum tanto», en el que todavía no se mencionan los requisitos de la costumbre; sino simplemente explicar la idea de Gregorio IX, o mejor dicho, repetirla con palabras análogas.

b) Para ver el pensamiento de la Glosa sobre la racionalidad consuetudinaria, hay que acudir al comentario de la expresión en la que el Papa habla de este requisito. Comentario que se encuentra poco después de las palabras aducidas por Pío Fedele, y que dice así: «quam consuetudinem dices rationabilem? Illam dico rationabilem, quam non improbant iura». Y después: «Irrationabilis est, quae improbat a iure... et generaliter ubi aliquid fit contra nervum ecclesiasticae disciplinae, sive libertatem».

BALDO, *Super decretalibus* (Lugduni, 1537), lib. 1, tit. 4, cp. 11, n. 42, fol. 49 vuelto

a la elaborada por el compilador de las decretales. La no oposición al derecho natural —núcleo de la definición de San Raimundo— se ha concretado algo más. La racionalidad se relaciona ahora con el derecho positivo, sin excluir la relación que tiene con el derecho natural y divino-positivo; por eso escribe “quam non improbant iura”; es decir, todos los derechos, desde el natural al positivo humano. Además, la relación se establece con un matiz nuevo interesante, que cambia el enfoque de la definición del autor citado: La costumbre es irracional no sólo cuando se opone al derecho natural, sino cuando es reprobada por cualquier derecho v. g. el positivo, aun en el supuesto de que no lesione un precepto del derecho natural. Así se deduce de la expresión: “Irrationabilis est, quae improbatur a iure” y de los ejemplos que cita para confirmar la afirmación.

Tal vez la definición presentada pueda dar ocasión a una dificultad aparente, producto de una interpretación incorrecta. Para evitarlo salimos al paso exponiendo la posible dificultad y su solución: según la Glosa, sólo es irracional la costumbre reprobada por el derecho, y por tanto podría pensarse que es racional toda costumbre no reprobada por el derecho. Sin embargo, debe observarse que el derecho no puede en manera alguna contemplar todos los supuestos posibles de costumbres irracionales, y por tanto, la racionalidad de una costumbre no puede fundarse exclusivamente en el defecto de reprobación expresa.

La solución de la dificultad está implícita en la explicación de la definición que se ha hecho más arriba; no obstante quedará más clara haciendo de nuevo hincapié en la palabra “iura” que usa la Glosa, y en la que se incluye toda clase de derecho. Esto supuesto, la dificultad se desvanece, ya que es imposible que una costumbre intrínsecamente irracional escape a la contemplación de todo derecho. Podrá escapar al derecho humano, pero nunca a los principios básicos del derecho divino-positivo, ni tampoco a los del natural.

La misma Glosa cierra la puerta a cualquier interpretación distinta, cuando inmediatamente después de decir ““irrationabilis est,

cita la opinión del Archidíacono, que es igual a la de la glosa: *«Dicit Archi: quod omnis consuetudo est rationabilis nisi sit prohibita».*

La Glosa ordinaria no menciona el «periculum salutis» ni el «peccatum», ya que sólo desea definir el concepto de racionalidad consuetudinaria.

quae improbat a iure” escribe “et generaliter ubi aliquid fit contra nervum ecclesiasticae disciplinae, sive libertatem”.

La definición de la Glosa, como la de San Raimundo, es pues, completa en cuanto que abarca todos los supuestos posibles. Pese a los avances que acabamos de señalar, que denotan un progreso sobre el citado fragmento de la “Summa iuris”, aparece todavía como rudimentaria por ser negativa y no descifrar todas las notas de la racionalidad.

Con Inocencio IV la doctrina da un nuevo paso en la búsqueda del concepto de racionalidad.

Escribe el autor: “Rationabilis dicitur omnis consuetudo, quae non obviat canonicis institutis, vel etiam quam ius sustinet etiam contra canonica instituta. Irrationabilis est, quae a iure improbat”²².

Sinibaldo le Fieschi maneja los mismos elementos que la Glosa, pero les da un enfoque peculiar y los explicita más.

Su definición consta de dos partes: En la primera manifiesta la suficiencia de la no oposición a las normas canónicas para que la costumbre pueda llamarse y sea verdaderamente racional. Con ello reduce bastante la generalidad de las definiciones anteriores.

En la segunda parte afirma la racionalidad aún de las costumbres contra canonica instituta” cuando las respalda el derecho.

La definición de Inocencio IV simplificada quedaría así: “Rationabilis dicitur omnis consuetudo quam ius sustinet etiam contra canonica instituta”.

Estamos a muy pocos años de la publicación de las Decretales, y ya nos encontramos con una definición positiva. Es lógico que todavía se exprese en términos no muy definidos; pero el mero hecho de captar el enfoque positivo de la racionalidad supone un gran avance y constituye una meritoria innovación.

El Hostiense sigue la línea de los conceptos negativos. Es más, ni siquiera define la costumbre racional, como hacen los autores anteriores, sino la costumbre irracional; mejor dicho, no da una defini-

22. INOCENCIO IV, *In quinque libros decretalium commentaria* (Augustae Taurinorum, 1581), lib. 1, tit. 4, cp. 11, n. 1, fol. 16 vuelto.

ción de costumbre, sino que describe varios de los muchos supuestos en los que la costumbre sería irracional. Dice así: "Irrationabilis autem vel iniqua non praescribitur, qualis est..." y cita varios ejemplos: "Et generaliter ubicumque per ius expressum reprobatur, vel alias est iniqua quia contraria iuri naturali, i. e. divino quod in lege et evangelio continetur, vel si sit contra concilia, in his quae ad fidem spectat". Poco después continúa: "... si consuetudo contradicat iuri quo non servato animus periclitatur, reprobanda est... item si sit onerosa ecclesiis... item ubi contradicit iuri publico..." etc.²³.

Como se ve Enrique de Susa no pretende dar una definición. La empresa encuentra dificultades insuperables, por lo que es preferible dejar a la incumbencia del juez la determinación de la racionalidad de cada costumbre concreta. Así lo afirma el autor cuando escribe: "... utrum autem sit rationabilis vel non relinquo iudici cum nec certa regula possit tradi"²⁴.

Para que el juez pueda llegar a la justa apreciación de la racionalidad o no de una costumbre, es necesario la compare con otros muchos casos análogos. He aquí la razón que, a decir de Butrio, justifica la proliferación de casos que tanto el Hostiense como Inocencio IV y el Archidiócono recogen en sus obras²⁵.

Enrique de Susa presenta como datos para determinar la irracionalidad de una costumbre: que esté expresamente reprobada por el derecho positivo; que se oponga a algún precepto de derecho divino-positivo; que contradiga una norma de carácter dogmático y, en general, siempre que su cumplimiento suponga un peligro para la salvación de las almas. Esta última regla abarca todos los casos posibles de costumbres irracionales; lo mismo si su contenido es de carácter dogmático, como estrictamente jurídico. Es la regla áurea que suelen usar muchos autores de estos primeros siglos de evolución doctrinal, para mostrar al juez el criterio para la apreciación de la

23. HOSTIENSE, *Summa aurea* (Lugduni, 1568), lib. 1, tít. 4, n. 3, fol. 19 vuelto - 20 recto.

24. *Ibidem* fol. 19 vuelto.

25. A. DE BUTRIO, *Completus super quinque libris decretalium. Prima pars primi*, (Venetiis, 1501), tít. 4, cp. 11 sin paginación. Recogiendo el pensamiento de Inocencio, Hostiense y Archid, dice: «... de hoc non posse dari certam doctrinam, sed hoc arbitrarium est quando dicatur rationabilis et quando non; et dicunt quod iudex informabitur per casus similes in quibus a iure consuetudo approbatur; et propter hoc forte magnam posuerunt casuum multitudinem...».

irracionalidad de la costumbre expuesta a su consideración. Unas veces la presentan bajo las palabras "periculum salutis"²⁶; otras, bajo la expresión "si induceretur peccatum"²⁷; o bien "si nutriat peccatum"²⁸; pero el alcance y significado siempre es idéntico.

Es ésta una regla muy segura, pero no menos vaga y abstracta, que deja insatisfechos a casi todos los autores; por lo que siempre procuran crear alguna otra norma más precisa y concreta.

El mismo cardenal Hostiense señala varios supuestos de costumbres irracionales: a) "si contradicat iuri quo non servato animus periclitatur"; b) "si sit onerosa ecclesiis"; c) "ubi contradicit iuri publico".

Son tres supuestos distintos que no se excluyen, ni se incluyen necesariamente. La nota característica que constituye cada uno puede existir independiente de la propia de los restantes. Es posible que la costumbre contra el derecho público —tomado este concepto en el sentido amplio del Hostiense— provoque un peligro para el alma; pero puede suceder que no lo provoque, sin dejar de ser irracional. El fundamento de irracionalidad para tales costumbres es la simple oposición al derecho público.

Siendo así, es lógico concluir que la recta interpretación del pensamiento de este autor impide identificar el concepto de irracionalidad con el "periculum salutis". Sobre todo, si se tiene en cuenta que califica de irracional una costumbre por el mero hecho de que "per ius expressum reprobatur"²⁹.

26. Así v. g. Glosa a X, I, 4, 11; HOSTIENSE, o. c., fol. 19 vuelto; BALDO, o. c., lib. 1, tít. 4, cp. 11, n. 1, fol. 48 vuelto.

27. J. ANDRES, *Novella super primo decretalium libro* (Venetiis, 1505), tít. 4, cp. 11, fol. 43 vuelto.

28. A. DE BUTRIO, o. c., tít. 4, cp. 11 sin paginación.

29. P. FEDELE, o. c., págs. 116-117, opina lo contrario y lo confirma con citas del mismo Hostiense. La expresión con que abre las páginas que dedica a estudiar el concepto de racionalidad consuetudinaria en la doctrina antigua, muestra el por qué de su opinión. Dice así: «Ad ontà delle diverse significazioni ad esso date dalla dottrina canonistica e moralistica, antica e recente, un punto tuttavia sembra essere costantemente posto fuori del contrasto, anzi fuori dal campo stesso dell'opinabile: non essere rationabilis la consuetudine contra legem, che determini o favorisca uno stato di peccato per gli utenti, i quali compiono determinati atti contra legem». Y prosigue: «Intorno a questo punto fondamentale si muove tutta la dottrina».

Las palabras citadas expresan con toda claridad el impacto doctrinal que el autor ha recibido al leer los decretalistas de los primeros siglos. Impacto que desemboca perfectamente en su opinión sobre el concepto de racionalidad consuetudinaria: «E

Esta conclusión a la que nos han conducido la Glosa, Inocencio IV y Hostiense, la presenta Baldo con un nuevo matiz. En una ocasión escribe: "Iuri naturali cuius transgressio inducit periculum salutis non potest per consuetudinem derogari"³⁰. Pero ello no le impide equiparar la racionalidad de la costumbre a la de la ley. Dice así: "... Item quia sicut statutum irrationabile non est proprie statutum sed ius iniquum, ita consuetudo nisi sit rationabilis non est proprie consuetudo"³¹. Es decir, la racionalidad juega el mismo papel en la ley que en la costumbre. Ahora bien; la racionalidad de la ley requiere, según el sentir de todos los tiempos, algo más que la simple exclusión del "periculum salutis".

La afirmación de Baldo aparece más clara y completa en la doctrina de Juan Andrés: En la glosa a las decretales de Bonifacio VIII escribe: "Nota quod ad hoc quod valeat consuetudo requiritur quod sit rationabilis: sicut enim in lege scripta requiritur rationabilitas, ita similiter in lege non scripta requiritur rationabilitas"³².

Como puede verse desaparece el vocablo "irrationabilitas" para dar paso a su correspondiente positivo "rationabilitas". El autor abandona el enfoque negativo que hasta ahora venían dando los decretalistas a la exposición del concepto de racionalidad consuetudinaria, y estudia las notas positivas que pueden definirle³³.

Partiendo de la semejanza entre ambas normas (ley-costumbre),

nell'assenza di peccatum o del periculum peccati — escribe en la pág. 126— che si deve porre il criterio razionale, rispondente allo spirito ecclesiastico, il principio informatore, alla stregua del quale si deciderà se una consuetudine sia rationabilis o meno».

Visto con este prisma el pensamiento de los autores antiguos, es lógico que la atención de Fedele se fije predominantemente en los textos que hablan del «peccatum» o del «periculum salutis». Así sucede al citar la Glosa, de la que ya se ha hablado en páginas anteriores, e igualmente cuando presenta la doctrina del Hostiense. De él sólo cita dos textos: en uno aparece «anima periclitatur» y en otro «anima periclitaretur».

Pero la lectura de los textos aducidos, cotejada con la de otros textos de los mismos autores nos han llevado a una conclusión que no coincide con la sostenida por Fedele. La doctrina de los primeros decretalistas no confunde, ni limita la causa formal de la irracionalidad o racionalidad de la costumbre, a la existencia o no del «peccatum» o «periculum salutis», sino que requiere un elemento más jurídico. No excluye el «periculum salutis», pero no termina en él la causa formal de la racionalidad.

30. BALDO, o. c., lib. 1, tít. 4, cp. 11, n. 1, fol. 48 vuelto.

31. Ibidem, Rubrica, n. 5, fol. 45 vuelto.

32. Glosa a VI^o, I, 4, 11.

33. G. MICHIELS, o. c., pág. 143 también afirma el enfoque positivo de la doctrina de Juan Andrés.

estudia las diversas causas en las que convienen. En cuanto a la causa final, que es la que fundamenta la racionalidad, dice así: "conveniunt in causa finali: sicut enim lex ad bonum publicum et communem utilitatem producitur, sic et consuetudo"³⁴.

La costumbre, igual que la ley, ha de tender a la consecución del bien común. He aquí la causa final o elemento intrínseco que justifica su existencia y la hace racional o conforme a la razón objetiva de las cosas.

Juan Andrés no define expresamente la relación directa que existe entre la racionalidad y la consecución del bien común; no obstante puede afirmarse la conformidad con su pensamiento. El identifica la consecución del bien común con la causa final; ahora bien, la causa final es el elemento intrínseco que justifica la rectitud o racionalidad objetiva de las acciones humanas (en nuestro caso, de la costumbre como norma producida por tales acciones). Se puede, por tanto, decir que la tendencia a la consecución del bien común es el elemento intrínseco que, en concreto, justifica la racionalidad objetiva de la costumbre, así como de la Ley.

Es necesario valerse de un silogismo para descubrir el significado íntimo del pensamiento de Juan Andrés. No sucede así con Santo Tomás. Es éste el primer autor que ha descubierto todas las notas características de la naturaleza jurídica de la racionalidad consuetudinaria.

El P. Michiels afirma que Santo Tomás, en lo que respecta al concepto de racionalidad de la costumbre "rem pro more suo profunde et complete exponit"³⁵. Efectivamente, el autor de la "Summa" dedica al tema varias cuestiones de la "prima secundae", en las que, con gran maestría, da una solución lógica y precisa al problema que nos ocupa.

Como es habitual en él, asienta y demuestra primero varios principios o premisas para que la conclusión fluya con certeza y seguridad. Veámoslo concretamente en nuestro tema. Pero antes, para evitar equívocos, hemos de señalar que Santo Tomás, igual que Baldo y Juan Andrés, identifica el concepto de la racionalidad de la ley

34. J. ANDRÉS, o. c., tít. 4, cp. 11, fol. 44 recto.

35. G. MICHIELS, o. c., pág. 143.

y de la costumbre ³⁶; por lo cual, sólo trata su contenido en la cuestión 90 perteneciente a la ley.

En el artículo 1 prueba que la racionalidad es un constitutivo esencial de la norma jurídica, con estos términos: "...lex quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur... Regula autem et mensura humanorum actuum est ratio, quae est primum principium actuum humanorum, ut ex praedictis (q. 1. a. 1, ad 3) patet: rationis enim est ordinare ad finem, qui est primum principium in agendis, secundum Philosophum. In unoquoque autem genere id quod est principium, est mensura et regula illius generis... unde relinquitur quod lex sit aliquid pertinens ad rationem" ³⁷.

El silogismo que usa Santo Tomás es de una lógica contundente: En todo género de realidades, aquella que es el principio, e. d., contiene en sí la razón, significado, porqué, de las demás es a su vez medida y regla del género; v. g. —escribe el Doctor Angélico— "unitas in genere numeri". Ahora bien, la razón práctica es el principio de los actos humanos; luego también su regla y medida. La segunda conclusión se deduce fácilmente: Las operaciones de la razón práctica se identifican con la ley, cuya definición es ser regla y medida de los actos humanos. O, usando palabras del autor: "propositiones universales rationis practicae ordinatae ad actiones, habent rationem legis" ³⁸.

Pero el Doctor Angélico llega más lejos. Esa racionalidad o versión objetiva de la razón práctica se identifica con el fin objetivo al que han de tender las leyes. En otros términos: la ordenación objetiva de las normas al fin, constituye la racionalidad de las mismas, cuya versión subjetiva es la razón práctica. Eso significa la expresión: "rationis enim est ordinare ad finem, qui est primum principium in agendis".

Tenemos, pues, que la razón práctica es "primum principium actuum humanorum"; por lo que se constituye en regla y medida de los mismos. Pero el fin, al cual la razón ha de dirigir sus operaciones.

36. Vid. I-II, q. 97, a. 3.

37. I-II, q. 90 a. 1.

38. I-II, q. 90 a. 1, ad 2.

es "primum principium in agendis" ¿Se constituye también en regla y medida de los actos humanos, y, por tanto, en ley? Nótese que el fin es "primum principium in agendis", e. d., lo que ha de perseguir la razón práctica en sus operaciones para obrar racionalmente; la regla y medida que delimita la actuación de la razón práctica; esa realidad objetiva "consequenda" que atrae hacia sí la razón y sus actos; en una palabra: el fin es la razón objetiva, regla y medida de la razón subjetiva, cuya operación universal práctica constituye la ley. Por tanto, el fin se identifica con la racionalidad objetiva de la norma.

Sería fácil dar un significado amplio a los vocablos fin y ley, según los hemos usado hasta ahora. Igual podrían tomarse en sentido moral o jurídico.

Santo Tomás resuelve la posible ambigüedad precisando los conceptos en el artículo 2. El fin equivale al bien común de la sociedad; por lo que, al hablar de la ley, lo hace en sentido jurídico. Las palabras que citamos a continuación forman parte de la respuesta que da a la cuestión "Utrum lex ordinetur semper ad bonum commune". Dice así: "Primum autem principium in operativis. quorum est ratio practica, est finis ultimus". Y después: "Rursus, cum omnis pars ordinetur ad totum sicut imperfectum ad perfectum; unus autem homo est pars communitatis perfectae: necesse est quod lex proprie respiciat ordinem ad felicitatem communem"³⁹.

No es necesario glosar, ni aclarar las palabras citadas, que son suficientemente explícitas y significativas. Baste resaltar la patente concatenación, o mejor, identificación señalada entre el fin último y la felicidad o bien común de la sociedad.

Resumiendo: Santo Tomás nos ha llevado, con mano maestra, paso a paso, a descubrir y elaborar todas las notas peculiares y características que componen el concepto o definición positiva de la racionalidad consuetudinaria.

El Doctor Angélico, a la hora de investigar en la racionalidad, busca conceptos positivos, jurídicos, y hace caso omiso del "peccatum, el periculum salutis", etc.

39. I-II, q. 90 a. 2.

Un paso decisivo fue identificar la racionalidad de la ley y de la costumbre. Avance que perfeccionó al relacionar y distinguir la racionalidad objetiva y subjetiva, y que perfiló y culminó al identificar el fin con el bien común de la sociedad perfecta. No es, pues, Antonio de Butrio —como pretende Fedele— el primero en presentar un criterio general para la solución de este problema ⁴⁰.

La evolución ascendente de la doctrina ha llegado casi a su cénit. Los canonistas futuros sólo deben glosar y ordenar el pensamiento de la "Summa", entresacar y enlazar los conceptos y notas elaborados en ella, y la definición queda perfectamente formulada.

Los decretalistas, sin embargo, siguieron distintos derroteros. Olvidada la gran aportación de Santo Tomás de Aquino, los canonistas prosiguen lentamente en la búsqueda de una definición que sólo barruntan, pero no consiguen. Basta leer, para cerciorarse, a Enrique de Susa, Baldo, Juan de Andrés, etc.

Antonio de Butrio también prescinde de Santo Tomás, pero elabora una doctrina más completa que los autores citados. Aborda directamente el tema en un párrafo, que recogen todos los comentaristas del Código, al exponer la doctrina antigua, y sobre todo Pío Fedele que lo coloca como centro y cumbre de toda la doctrina.

Hagamos una observación preliminar que servirá de marco para mejor centrar el pensamiento del autor. Butrio habla de la racionalidad como elemento formal "quae dat esse rei", y sin el cual la norma, "perdit substantiam eius"; concepto que aplica por igual a la costumbre: "ad primum formale consuetudinis videtur quod consuetudo sit rationabilis ut hic; aliter perdit substantiam eius", y a la ley: "item lex debet esse rationabilis, unde in quantum a ratione discrepat lex non est". ⁴¹

Ahora bien; si es el elemento substancial o esencial de la norma jurídica, no puede ser una simple negación, sino una realidad positiva. La negación en sí misma no puede constituir el substratum de un ser; su existencia es sólo conceptual, y en tanto puede concebirse

40. P. FEDELE, o. c., pág. 121, aplica a Butrio el mérito de «in mezzo a tanta incertezza, aver fatto richiamo ad un criterio generale».

41. A. DE BUTRIO, o. c., tít. 4, cp. 11, sin paginación.

en cuanto dice relación al ser. Por eso no puede hablarse de un ser negativo, sino de la negación de un ser. Mucho menos, si esa negación no tiene una dimensión jurídica, sino moral.

Por tanto, Butrio concibe la racionalidad como una realidad positiva que constituye la esencia de toda norma jurídica.

Nos resta dilucidar el significado o contenido que el autor da a dicha positividad. Para ello nada mejor que recoger el texto, comúnmente citado: "Si ratio consuetudinis particularis determinationi applaudet boni publici et eterni, haec rationabilis est secundum omne ius. Ideo si bonum suadet publicum et religioni conveniens sit, quia non repugnet eterno bono et sic non nutriat peccatum haec est rationabilis ⁴²; si tamen suadet disponi bonum publicum et commune humanum, secundum ius civile rationabilis est; sed christicole illam rationabilem non apprehendunt, quae suadet bonum publicum contra eternum. Nam in quantum maiori bono repugnat non est rationabilis" ⁴³.

Aquí se contemplan tres supuestos distintos: dos particulares y uno general que los incluye y abarca. Explicado, pues, el supuesto general, queda implícitamente interpretado el contenido de todo el párrafo.

Escribe el autor: "Si ratio consuetudinis particularis determinationi applaudet boni publici et eterni; haec rationabilis est secundum omne ius".

No es necesario glosar estas palabras para ver reflejado en ellas el sentido positivo que Butrio da al concepto de racionalidad. Un breve comentario será suficiente para que aparezca con claridad el contenido de la misma.

Si la costumbre va dirigida, tiende ⁴⁴ a la consecución del bien público y eterno, nos encontramos con una norma racional según

42. Esta expresión recuerda la que ya usó S. Isidoro de Sevilla para explicar la racionalidad tanto de la ley como de la costumbre: «Porro si ratione lex consistat, lex erit omne ius quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat». Vid. F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, (Milano, 1954), pág. 203.

43. *Ibidem*.

44. El término «applaudet» aplicado a la costumbre hay que traducirlo por «tiende o va dirigido», ya que la norma jurídica al ser reguladora de actos humanos, en tanto

todo derecho: e. d., según el derecho natural, divino-positivo y humano.

Obsérvese que en orden de prelación pone primero el bien público y después el eterno. Es decir, en cualquier ordenamiento —eclesiástico-civil— la norma consuetudinaria cuyo contenido substancial se proyecte a la consecución del bien público o común, propio de la sociedad, sin que ello sea óbice para alcanzar el bien eterno, es plenamente racional. De lo cual se deduce que la racionalidad está en razón directa con los dos fines: con la consecución del bien común social, y con la consecución del último fin eterno.

En el ordenamiento civil se puede conseguir el fin inmediato, sin que se consiga el último; de ahí que la racionalidad esté vinculada sólo a la consecución de aquél.

El ordenamiento canónico no admite una situación de tal índole. Para que la costumbre canónica sea racional es necesario: primero, que dirija la actuación de los destinatarios a conseguir eficazmente el bien común social; “si bonum suadet publicum; y segundo, que se consiga igualmente la salvación de las almas mediante la realización mística de la “Plenitud de Cristo”: “et religioni conveniens sit”; para lo cual es imprescindible que “non repugnet eterno bono et sic non nutriat peccatum”. Resumiendo: “chisticolle illam rationabilem non apprehendunt, quae suadet bonum publicum contra eternum. Nam in quantum maiori bono repugnat non est rationabilis”.

El contenido del conocido párrafo de Antonio de Butrio parece claro: la racionalidad de la costumbre, como de toda norma jurídico-canónica es una realidad positiva que consiste en la tendencia o proyección a conseguir el bien común social-eclesiástico que coopere y facilite la perfección mística de los miembros de la Iglesia ⁴⁵.

aplaudirá o estará conforme con el bien público y eterno en cuanto proyecte hacia ellos los actos que regula.

45. G. MICHIELS, o. c., pág. 141 incluye a Butrio, igual que a Hostiense y Panormitano entre los que «eas (consuetudines) habent irrationabiles, quarum observantia est pro salute aeterna animarum periculosa aut peccati nutritiva...», sin embargo en la página 143, también lo incluye, junto a Sto. Tomás y Juan Andrés, entre aquellos que requieren para la racionalidad consuetudinaria no sólo una nota negativa «sed praeterea positive rationabilis sit seu ut positive aliquid conferat ad promovendum bonum commune communitatis a qua inducitur». CICOGNANI-STAFÀ, o. c., págs. 122-124 sólo la presenta como portador de un criterio negativo. P. FEDELE, o. c., pág. 123, después de hacer unas alabanzas del todo merecidas, recoge el párrafo de Butrio que

Nicolás de Tudeschi opina que Antonio de Butrio señala la “*felicitas animae*” como fin del derecho canónico; y por tanto, el criterio de la “*felicitas animae*” es quien determina la racionalidad o no de la costumbre⁴⁶; de lo que disiente “*nam saepe consuetudo non tendit in faelicitatem aeternam et tamen approbatur*”⁴⁷.

No parece haber acertado en la interpretación el Abad Panormitano al afirmar que Antonio de Butrio presenta la “*felicitas animae*” como fin del derecho canónico, en contraposición del derecho civil, cuyo fin es el bien público.

Como ya hemos dicho en páginas anteriores, el criterio inmediato de racionalidad consuetudinaria que el autor señala para ambos derechos es la consecución del bien público. Su doctrina es bien clara, y en este aspecto no admite distinciones. La diferencia entre los dos ordenamientos queda establecida al determinar que la costumbre canónica racional “*bonum suadet publicum*”, y al mismo tiempo es “*religioni conveniens*”, mientras la costumbre civil sólo busca la con-

acabemos de interpretar, y de él extrae el pensamiento del autor con las siguientes palabras: «L'intento del Butrio era quello di porre fronte a fronte il criterio che deve valere per il diritto de la Chiesa e il criterio que deve valere per il diritto civile. Ed egli dice: se la ratio consuetudinis (corrispondente a quella que è la ratio legis o spirito della lege) è conforme a quelle que sono le determinazioni del bonum publicum (fine della società civile) e del bonum aeternum (fine della società ecclesiastica) la consuetudine è rationabilis secondo il diritto canonico e il diritto civile (che costituiscono l'omne ius); quanto dire, spiega ancora il Butrio, è rationabilis per l'uno e per l'altro diritto quella consuetudine che si propone un bonum publicum che non contrasti con il bonum aeternum, insomma la consuetudine che «non nutriat peccatum»...». Es decir, Butrio determina la esencia de la racionalidad siguiendo un «criterio negativo, adunque, espresso nella formula: et sic non nutriat peccatum; criterio necessario e sufficiente per decidere della rationabilitas o meno di una consuetudine» (o. c., pág. 124).

46. PANORMITANO, *Commentaria in primum decretalium librum* (Venetiis 1591), tit. 4, cp. 11, n. 5, fol. 92 recto dice textualmente: «Antonius de Butrio ponit aliam theoreticam dicens, quod consuetudo rationabilis secundum unumquodque ius accedit ad finem illius iuris. Unde finis iuris canonici et divini est foelicitas animae, finis vero iuris civilis est bonum publicum. Unde si consuetudo tendit ad foelicitatem animae est rationabilis secundum ius canonicum et divinum. Si vero repugnat fini aeterno, consuetudo est irrationabilis».

47. Ibidem. P. FEDELE, o. c., págs. 122-124, muestra que la opinión del Abad Panormitano sería recta si Antonio de Butrio hubiese fundamentado la racionalidad en un criterio positivo; pero no es así, porque el criterio seguido por este autor es negativo: «et sic non nutriat peccatum».

Parece ser que la observación de Pío Fedele llega más lejos de lo previsto por el Abad. Nicolás de Tudeschi no radica su disconformidad en que Butrio señale un criterio positivo, sino en que sea precisamente la «*felicitas animae*». En este sentido es recta su opinión. La existencia de normas consuetudinarias que no tienden directamente a la felicidad eterna, y sin embargo se aprueban, es un hecho innegable.

veniencia con el bien público. La costumbre canónica tiene como fin inmediato la consecución del bien público, idea que el autor manifiesta aún gramaticalmente al poner el verbo en presente de indicativo "suadet"; y como fin mediato o principio inspirador, la conveniencia con la religión, que también expresa usando el verbo en presente de subjuntivo "Religioni conveniens sit". Por tanto, no puede afirmarse con generalidad que la "felicitas animae" constituye en el pensamiento de Butrio el fin del derecho canónico; hay que especificar su carácter de fin mediato o principio inspirador, para identificarlo en su realidad integral.

2. Suárez y la doctrina posterior hasta la codificación.

La evolución de la doctrina canónica sobre la racionalidad de la costumbre llega a un segundo estadio, claramente diferenciado del anterior, a partir del célebre teólogo y canonista Francisco Suárez, cuya influencia se proyecta sobre los autores posteriores, que generalmente le siguen y le citan con frecuencia.

La característica peculiar de esta nueva pléyade de canonistas (ss. XVII-XX) consiste en exigir para la racionalidad consuetudinaria las mismas condiciones requeridas para la racionalidad de la ley.

Aunque parezca extraño, algunos autores de esta época retroceden varios siglos y vuelven a emplear el vago, inseguro y balbuciente método de la descripción casuístico-negativa⁴⁸.

Suárez afirma que "considerando consuetudinem in ordine ad hos duos effectus, qui in hac materia sunt, praecipui, obligandi ad similes actus, vel deobligandi ab illis, non obstante lege, optima regula mihi esse videtur, ut suposita honestate materiae, saltem quoad non repugnantiam cum divina vel naturali lege, applicentur ad consuetudinem conditiones necessariae al legem iniustam vel ad iustam revocationem legis. Nam si in consuetudine cum proportione inventae fuerint, eadem erit rationabilis; si autem defuerint, erit irrationabilis per comparationem ad talem effectum"⁴⁹. Es decir, el ele-

48. D. BOUIX, *Tractatus de principiis iuris canonici* (París, 1882), págs. 363-366, J. ZALLINGER, *Institutiones iuris ecclesiastici*, I (Romae, 1823), lib. 1, tit. 4, págs. 159-160.

49. F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (Antuerpiae, 1613), lib. 7, cp. 6, n. 17, pág. 525.

mento negativo o no repugnancia con la ley divina o natural⁵⁰, es un presupuesto con el que siempre hay que contar, pero que en sí no encierra el último y propio perfil de la racionalidad⁵¹; éste se encuentra en la realización de las condiciones necesarias para que la costumbre, al igual que la ley, sea justa: condiciones que marcan el enfoque o tendencia positiva de la norma⁵².

Suárez no determina cuáles sean estas condiciones⁵³. Pirhing especifica algo más al afirmar que la costumbre, igual que la ley, sólo es racional si "honestate et utilitate Reipublicae sit nixa"⁵⁴. Además de la honestidad exige que sea útil a la República, o, lo que es igual, que tienda al bienestar común de la misma⁵⁵. Pero son Phillips, y sobre todo Reiffenstuel, quienes determinan con claridad el término "ad quem" especificativo de la racionalidad consuetudinaria: Phillips define la costumbre racional como la que se conforma "à la nature, à l'esprit, à la fin de l'Eglise"⁵⁶; la que, naciendo según la naturaleza y conforme al espíritu de la Iglesia, coopera positivamente a la consecución de los fines de la sociedad eclesial. Es una buena definición, pero todavía un tanto genérica; aún es necesario especificar más las notas que caracterizan la costumbre racional como institución esencialmente jurídica.

Reiffenstuel, al hablar de la costumbre positiva, e. d. la introducida de un derecho objetivo nuevo, exige para su racionalidad "ut positive ad publicam utilitatem conferat"⁵⁷. Expresión, que delimita y perfila plenamente el concepto de racionalidad consuetudinaria, mostrando los términos necesarios y suficientes para su definición.

50. Suárez especifica aún más este elemento en el n. 14.

51. P. FEDELE, o. c., pág. 126, nota 43, sólo cita de Suárez el n. 14.

52. G. MICHIELS, o. c., págs. 144-145 incluye a Suárez entre los que «requirunt ut non solummodo negative, sed praeterea positive rationabilis sit»; lo mismo hace J. CASTRO PRIETO, *El derecho consuetudinario en Suárez* en «Revista española de Derecho Canónico», IV (1949), págs. 93-94.

53. Lo mismo sucede a A. BARBOSA, *Colectanea Doctorum in ius pontificium universum*, I, (Lugduni, 1716), tit. 4, pág. 77; F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, (Romae, 1843), tit. 4, n. 7, pág. 268.

54. E. PIRHING, *Ius canonicum*, I (Dilinguae, 1674), tit. 4, n. 29, pág. 127.

55. P. FEDELE, o. c., pág. 126, nota 43 cita este mismo texto de Pirhing para presentarlo como seguidor del «significato negativo di rationabilitas».

56. PHILLIPS, *Du droit ecclesiastique dans ses principes généraux*, III, (Paris, 1851), pág. 439.

57. A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, I, (Antuerpiae, 1755), tit. 4, n. 34-35, pág. 183.

La costumbre racional es, pues, una norma jurídica que regula las acciones de los destinatarios encauzándolas positivamente a la utilidad pública o bien común de la sociedad, en nuestro caso, la Iglesia.

Una vez encontrado el concepto de racionalidad aparece más clara y explicable la respuesta a una objeción tantas veces repetida desde los primeros decretalistas y solucionada de los más diversos modos⁵⁸, a saber: si la ley es racional, como se supone, la costumbre contraria será siempre irracional.

Siendo el elemento esencial y específico de la racionalidad la positiva conducción al bien común, no es extraño admitir que el supuesto de hecho regulador propio de la norma consuetudinaria guíe la comunidad al bien común, de modo más fácil y eficaz; por tanto, más positivo y racional que el de la ley contraria. Lo mismo que en la conducción al bien común existe una gama inmensa de grados de superación, así en la racionalidad.

3. *Comentadores del Codex Iuris Canonici*

El C. I. C. en los cánones 27 y 28 habla de la racionalidad y la presenta como requisito esencial de la costumbre, pero no la define.

Entre los comentadores, uno exige expresamente un criterio negativo —la ausencia de pecado— para valorar y definir la racionalidad de la costumbre⁵⁹. La minoría sólo hablan del elemento negativo de la racionalidad⁶⁰, a los cuales Cicognani-Staffa hace la siguiente salvedad: "Notandum est tamen quod si consuetudo est negative ra-

58. Vid. J. ANDRÉS, o. c., tit. 4, cp. 11, fol. 43 vuelto; A. BUTRIO, o. c., tit. 4, cp. 11; STO. TOMÁS, I-II, q. 97, a. 3 ad 2; PANORMITANO, o. c., tit. 4, cp. 11, n. 24, fol. 94 recto; F. SUÁREZ, o. c., lib. 7, cp. 18, n. 26, pág. 559; E. PIRHING, o. c., tit. 4, n. 31, pág. 127; D. BOUIX, o. c., pág. 363; A. REIFFENSTUEL, o. c., tit. 4, n. 40, pág. 184; G. MICHIELS, o. c., págs. 145-146; etc.

59. P. FEDELE, o. c., págs. 126-127 dice así: «È nell'assenza di peccatum o del periculum peccati che si deve porre il criterio razionale, rispondente allo spirito ecclesiastico, il principio informatore, alla stregua del quale si deciderà se una consuetudine sia rationabilis o meno. Perocché, nulla importa che il peccatum o il periculum peccati si manifesti sotto una forma piuttosto che sotto un'altra, che esso sia escluso da una causa piuttosto che da un'altra, che esso si riveli in una consuetudine che sia «contra nervum ecclesiasticae disciplinae, vel contra libertatem ecclesiae», o in una consuetudine che sia «contra legem divinam sive positivam sive naturalem» o anche «contra positivam legem ecclesiasticam», purché peccato ci sia o non ci sia».

60. Además de M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, I (Torino, 1950), pág. 56, se pueden ver otros citados en CICOGNANI-STAFFA, o. c., págs. 131-132, nota 4.

tionabilis, generatim erit rationabilis etiam positive”⁶¹. Los restantes autores, además del elemento negativo, expresan la necesidad de una tendencia positiva a la consecución del bien común⁶². Sirvanos como resumen del pensamiento de este sector de la doctrina la expresión del P. Michiels: Después de afirmar con Santo Tomás que toda norma jurídica debe ser “ratione regulata”, habla del doble elemento de la racionalidad en los siguientes términos: “...modo quodam negativo, quatenus definit limites intra quos contineantur oportet, ut servetur ordinum et potestatum hierarkia, iuxta principia superiora quae ordinem socialem regunt intangibiliter constituta; modo deinceps positivo, quatenus determinat qualitates intrinsecas quibus singulae normae positive muniantur oportet, ut ad finem seu bonum societatis, cui unice inservire debent, de facto conducant”. Y a continuación: “Quae cum ita sint, tunc tantum consuetudo dicenda est rationabilis quando utrique illi exigentiae satisfacit...”⁶³.

Como muy bien dice el autor el elemento positivo es quien constituye las cualidades intrínsecas de la racionalidad de la norma. Siendo así, y supuesto que el elemento positivo incluye el negativo, podemos concluir satisfactoriamente la primera parte de este trabajo con la siguiente afirmación: El concepto de racionalidad consuetudinario-canónica se expresa por la tendencia positiva de la norma a la consecución del bien común o fin inmediato de la sociedad eclesiástica.

III. LA BUENA FE Y SU RELACIÓN CON LA RACIONALIDAD

Establecido el concepto de racionalidad consuetudinaria, resta definir ese otro posible requisito que no aparece en el C. I. C., pero es atendido y estudiado por la doctrina.

61. CICOGNANI-STAFFA, o. c., pág. 132.

62. G. MICHIELS, o. c., págs. 146 ss.; CICOGNANI-STAFFA, o. c., pág. 132; F. MAROTO, *Institutiones iuris canonici*, I, 3.^a ed. (Romae, 1921), pág. 269; J. CHELODI, *Ius canonicum de personis*, 4.^a ed. (Vicenza, 1957), pág. 123; VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, I, 7.^a ed. (Romae, 1949), pág. 141; etc.

63. G. MICHIELS, o. c., pág. 146.

No es unánime la opinión de los autores al elaborar un concepto de buena fe que explique la situación subjetiva de los introductores de la costumbre. Existen varias corrientes; todas más o menos entroncadas con la doctrina de los decretalistas y canonistas antiguos que veremos a continuación.

Desde los comienzos de la ciencia canónica se habla de la “bona fides” como requisito de la norma consuetudinaria. Inocencio IV exigía “quod bonam fidem habeat”⁶⁴.

Esta expresión de Sinebaldo de Fieschi alcanza otros posibles enfoques, para cuya inteligencia es necesario hacer una pequeña aclaración: aunque es doctrina común, conviene recordar que la buena o mala fe responde a una realidad subjetiva, producto de la “intentio voluntatis”, que se conforma o no a una norma objetiva vinculante.

En el supuesto de la costumbre “contra legem”, es ésta, la ley, la norma que vincula el ánimo de la comunidad introductora. Pues bien:

a) La doctrina que relacione y proyecte el ánimo de la comunidad directa, inmediata y exclusivamente con la ley contraria vinculante, ha de interpretar la “bona fides” exigida por Inocencio IV, como ignorancia de la ley contra la que se pretende introducir costumbre.

b) Si la voluntad de la comunidad se relaciona con la norma vinculante, mediante la racionalidad de la costumbre “introducenda”, el enfoque de la “bona fides” sigue una línea muy distinta. La racionalidad de la costumbre “introducenda”, capaz de derogar la ley, anula la fuerza vinculante y obligatoria de ésta; por tanto la “bona fides” incluiría el conocimiento de la ley contraria a través de la racionalidad de la costumbre que la derogará.

La primera teoría ha sido defendida por la mayoría de los autores, desde Suárez, que fue el primero que la formuló explícitamente. Afirma que el binomio: costumbre buena y mala, no corresponde a costumbre racional-irracional “quia bonitas et malitia attenduntur ex obiectis, seu ex lege prohibente, aut non prohibente; rationabili-

64. INOCENCIO IV, o. c., lib. 1, tit. 4, Rubrica, n. 4, fol. 15 recto.

tas autem vel irrationabilitas videntur considerandae ex proportione ad communem usum, et ius consuetudinis”⁶⁵. Michiels expone la misma idea⁶⁶ de la que deduce que la buena o mala fe no tiene relación con la racionalidad, sino con el “animus communitatis”⁶⁷.

No obstante difieren las opiniones a la hora de determinar la exigencia o no de la buena o mala fe. Un sector de la doctrina observa que los actos pecaminosos nunca pueden ser causa introductora de la costumbre; por lo que exigen buena fe para que la costumbre se consolide. Como dice Pirhing: “Si consuetudo inducatur praeter vel contra legem, via praescriptionis, et Principe ignorante, tunc bona fides, seu probabilis ignorantia praescribentium necessario requiritur, sine qua nulla incipere vel currere potest praescriptio”⁶⁸.

Otros autores creen esencial el “animus communitatis” dirigido a derogar la ley contraria. Es, pues, necesario el conocimiento de la ley, y por tanto, la mala fe, al menos, inicialmente. Suárez afirma “...recte fieri posse ut consuetudo incipiat per actus malos, quia prohibitos per legem, et nihilominus inducat consuetudinem derogantem legi... imo ex dictis constat, ad hanc abrogationem necessarium esse, ut in principio actus sint tales, quia debent esse contra legem obligantem sine excusatione vel ignorantia”⁶⁹. Es más —continúa diciendo—, no es necesario, como afirma el Panormitano, que, “licet in principio agentes contra legem peccent, tamen eorum successores posse praesumere, ex aliqua rationabili causa legem illam fuisse non servatam...” sino que “... licet omnes actus facti contra legem ante completum tempus praescriptionis, vel ante sufficienter prae-

65. F. SUÁREZ, o. c., lib. 7, cp. 6, n. 12, pág. 524.

66. G. MICHIELS, o. c., pág. 145. El texto es así: «...dum bonitas et malitia consuetudinis facti —que es en la que cabe la buena o mala fe— determinantur ex eius conformitate vel difformitate cum iure existenti, rationabilitas eius vel irrationabilitas mensurantur ex proportione eius vel desproporzione ad constituendum ius novum aut abrogandum antiquum».

67. Ibidem, págs. 120 ss.

68. E. PIRHING, o. c., tit. 4, n. 44, pág. 131; también L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca*, I (Bononiae, 1763), voc. «consuetudo», n. 30, págs. 250-251; L. ENGEL, o. c., págs. 25-26 excusa de la buena fe porque «suplet causae rationabilitas» cuando la ley no obliga bajo pecado. «Illae tamen leges, quae sub peccato obligant... eatenus bonam fidem requirunt, ut transgressores talium legum a peccato excusentur, alias ex actibus illorum peccaminosis nulla induceretur consuetudo».

69. F. SUÁREZ, o. c., lib. 7, cp. 18, n. 25, pág. 558. En la misma línea de opinión se encuentran: TH. SÁNCHEZ, *De matrimonii sacramento*, II (Lugduni, 1739), lib. 7, d. 5, n. 14, pág. 16; A. REIFFENSTUEL, o. c., lib. 1, tit. 4, n. 144, pág. 197; F. SCHMALZGRUBER, o. c., lib. 1, tit. 4, n. 25, pág. 280, etc.

sumptam voluntatem tacitam Principis fuissent mali; nihilominus tandem completo tempore vel iudicio abrogetur lex ex vi iuris, vel tacitae voluntatis Principis quae iusta est, licet actus subditorum mali fuerint, ut declaratum est”

La existencia de tales actos pecaminosos no obstaculizan la introducción de la costumbre “quia in primis non concurrunt ut causa, sed ut indicium voluntatis Principis aut legis; possunt autem esse indicium talis voluntatis, etiam si mali sint”⁷⁰. Tampoco hacen la costumbre irracional, ya que “consuetudo illa, licet in modo, vel in fieri sit irrationabilis, non tamen in substantia (quia actus illi possunt licite fieri) nec in término nec in effectu, quia et Princeps potest propter talem consuetudinem prudenter ac rationabiliter legem abrogare, et completa consuetudine actus postea licite fiunt”⁷¹.

Los patrocinadores de esta opinión mantienen como principio fundamental, y de él parten, la necesidad del “animus populi legi contrarius”⁷². El consentimiento de la comunidad ha de pretender la abrogación de la ley contraria. De ahí la necesidad de su conocimiento, y, por ende, de la mala fe, al menos inicialmente.

Exigir la mala fe, o necesidad de actos pecaminosos, es consecuencia lógica del principio asentado⁷³, pero poco consentanea con la naturaleza y espíritu de la Iglesia. Se hace muy duro comprender que el ordenamiento canónico exija un hábito de pecado en la comunidad para que la norma consuetudinaria se consolide⁷⁴. Por eso la doctrina

70. Es difícil comprender, sobre todo en el ámbito de la Iglesia, que los actos pecaminosos sean indicio manifestativo de la voluntad positiva del legislador. Es más lógica la razón aducida por A. REIFFENSTUEL, o. c., lib. 1, tit. 4, n. 144, pág. 197: «Etenim cum lex tota ordinetur ad bonum commune subditorum, si constat per experientiam... quod a subditis non observetur, sicque non nisi ad conscientiae laqueum deserviat, non vero ad utilitatem subditorum, tanquam destituta suo fine sapienter ac merito a Legislatore, subditorum infirmitati condescendente, censetur revocari saltem per consensum suum legalem...», non obstante mala fide subditorum, qui per legis transgressionem antehac peccaverunt». La misma razón señala DE LUGO, *De iustitia et iure*, I (Lugduni, 1670), disp. 7, sect. 6, n. 96, pág. 180.

71. F. SCHMALZGRUEBER, o. c., lib. 1, tit. 4, n. 6, pág. 267 sigue la opinión de Suárez, aunque expuesta de modo mucho más impreciso. Afirma que la costumbre es irracional hasta que la ley contraria se hace tan inútil, «ut adeo ad bonum commune conducat tolli obligationem illius, ne culpae continuentur».

72. F. SUÁREZ, o. c., lib. 7, cp. 18, n. 24, pág. 558.

73. Lo mismo opina J. CASTRO PRIETO, o. c., pág. 118.

74. A esta afirmación nuestra podía responder SUÁREZ, o. c., lib. 7, cp. 6, n. 12, pág. 524, que el legislador no aprueba la costumbre por ser introducida con buena o mala fe, sino por estar ordenada al bien común.

reaccionó y otros autores que escribieron poco antes de la codificación de S. Pío X abrieron un nuevo cauce seguido unánimemente por los canonistas posteriores. Desde ahora se afirma que es indiferente la buena o mala fe para la introducción de la costumbre.

Aunque todos coinciden en la conclusión, no llegan a ella por idéntico camino.

Hay quienes creen que la solución más racional está en reconocer la preeminencia del influjo eficiente de la voluntad del legislador en la introducción de la costumbre. Así afirma Wernz cuando escribe: "Nam ut per consuetudinem derogetur legi, non tam opus est, ut populus reflexe velit derogare, quam ut legislator hanc derogationem approbet quacumque demum fide populus frequentatos actus posuerit" ⁷⁵.

Otros autores se esfuerzan en destacar no ya la preeminencia sino la exclusividad de tal influencia eficiente excluyendo la necesidad del "animus communitatis", si el legislador no lo determinó: "quia vis et auctoritas consuetudinis —escribe Zallinger— non ex voluntate subditorum, sed consensu saltem legali principis pendet"; ahora bien "is consensus moribus et actibus populi attribui potest, sive mala sive bona fide, atque ex errore, quod lex nulla existat, vel non obliget, positi sint" ⁷⁶. La posibilidad establecida por Zallinger, Michiels la convierte en realidad histórica con vigencia actual: "Ipse legislator enim —escribe— positive statuit ad consuetudinis contra legem efficaciam tantummodo requiri nudum factum non observantiae legitimis communitatis moribus comprobatum, ita ut dispositio psychologica qua communitas in lege non observanda movetur nullum omnino habeat momentum". Por tanto "non solummodo ex ipsa rei natura, sed etiam ex voluntate positiva legislatoris inaequivoce manifestata, ad iuridicam consuetudinis efficaciam nullatenus refert quanam fide, bona aut mala, consuetudo fuerit inducta" ⁷⁷. Es decir: al no ser necesaria la concatenación intencional entre el "ani-

Aun siendo exacta la razón aducida, queda en pie la afirmación; ya que la costumbre objetivamente razonable, u ordenada al bien común ha de iniciarse mediante actos pecaminosos, como el mismo autor afirma en lib. 7, cp. 18, n. 24, pág. 558.

75. F. WERNZ, *Ius decretalium*, I (Romae, 1898), pág. 255, nota (71).

76. S. ZALLINGER, o. c., lib. I, tit. 4, pág. 165.

77. G. MICHIELS, o. c., págs. 120-121. Igualmente A. BERTOLA, o. c., págs. 15-16. VAN HOVE, *De consuetudine* (Romae, 1933), pág. 115, escribe contra los seguidores de esta opinión: «...interpretationem illam novam omnino destruere notionem traditiona-

mus communitatis” y la abrogación de la ley contraria, es indiferente que la comunidad tenga noticia de ella o no; por lo que la buena o mala fe no ejerce eficacia alguna en la introducción de la norma consuetudinaria.

No todos los autores comparten la opinión de Michiels. Hay varios para los que la relación intencional entre el “animus communitatis” y la abrogación de la ley contraria es tan necesaria, que sin ella no quedaría derogada la ley ni se consolidaría la costumbre “contra legem”⁷⁸. No obstante, admiten la no influencia de la buena o mala fe en la existencia de la costumbre, ya que ninguna de las dos situaciones psicológicas de la voluntad excluyen el “animus” necesario. Van Hove escribe: “Bonan fidem non exigi patet ex indole propria iuris consuetudinarii...” y después: “Malam fidem non exigi... quia haec voluntas (inducendi consuetudinem) saltem interpretativa componi potest cum bona fide seu persuasione iuris iam existentis”⁷⁹.

Un pequeño sector de la doctrina ha creído más conforme con la naturaleza de la institución consuetudinaria y consecuente con la doctrina de los primeros decretalistas concebir la buena o mala fe a través de la racionalidad subjetiva o apreciación subjetiva de la racionalidad objetiva, que tamiza la ley contraria y la desprovee de su fuerza vinculante.

Esta nueva concepción ha surgido para explicar una incoherencia que las anteriores parecen incluir.

Como ya se ha dicho antes, las opiniones citadas enfrentan directamente el “animus communitatis” con la ley contraria vinculante. Por lo cual han de interpretar el concepto de “bona fides” usado por Inocencio IV⁸⁰, fundamentándolo en la ignorancia de la ley contra-

lem iuris consuetudinarii: illud iam non inducitur aliquali consensu communitatis, sed mero facto materiali alicuius observantiae».

78. VAN HOVE, o. c., págs. 118 ss.

79. VAN HOVE, o. c., págs. 136, 137-138; profesan la misma opinión: J. CHELODI, o. c., pág. 123; M. CONTE A CORONATA, o. c., pág. 56; WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, 5 (Romae. 1938), pág. 359, nota 66; etc.

G. MICHIELS, o. c., pág. 120, rebate el fundamento de esta opinión porque «haec voluntas (interpretativa) mere hypotetica et irrealis est atque in praeterito nullum producere potuit effectum». En ello le sigue P. FEDELE, o. c., págs. 72-73.

80. G. MICHIELS, o. c., pág. 117, une a Inocencio IV, los nombres de Juan Teutónico, Bernardo de Parma y Bartolomé de Brindis, como detentores de la misma ex-

ria. De ahí que; o exigen el “animus communitatis” y excluyen la “bona fides”; o admiten la “bona fides” excluyendo la necesidad de tal “animus”, o componiéndola con un ánimo interpretativo, que como tal, está desprovisto de eficacia.

La dificultad que deben encontrar ambas posiciones para interpretar fielmente el pensamiento de Sinebaldo, queda patente con sólo leer el párrafo íntegro del autor. Muy poco después de exigir “quod bonam fidem habeat”, escribe “Item oportet quod non sit inducta per errorem”⁸¹ ¿Cómo compaginar estos dos requisitos a la luz de las teorías anteriores? No es fácil. Si la buena fe es ignorancia de la ley, ¿cómo es posible que Sinebaldo de Fieschi exija al mismo tiempo conocimiento de la misma o ausencia de error? O existe una patente contradicción en la doctrina del autor, o es difícil someterla a la interpretación antes expuesta.

El P. Michiels para quien “error circa legis existentiam aut obligationem est una ex bonae fidei radicibus, quinimo in praxi praecipua” observa sorprendido la oposición “inter ignorantiam legis aut errorem ex una parte et bonam fidem ex altera”, que aparece en tal doctrina. Es decir, ve claro que la “bona fides” de Sinebaldo no puede equivaler a ignorancia de la ley, y esto es, precisamente lo que le sorprende. Por eso, “ne Doctoribus tanti nominis abscribatur inconsequentia, tenendum videtur quod ipsi bonam fidem exclusive intelligebant de casu quo agentes, cognita lege quam violabant, putabant tamen sese excusatos esse a legis observantia”⁸². La buena fe, pues, consistía no en la ignorancia de la ley, sino de su obligación.

La solución apuntada no logra conciliar la oposición entre ambos conceptos que el autor ha reconocido a la doctrina, dado que se ajusta a un concepto de buena fe que, como bien dice Fedele “chiude ogni via per porre d'accordo scientia e bona fides”⁸³.

presión. Es conveniente advertir, no obstante, que dichos autores a excepción de Bartolomé de Brindis no usan la expresión *bona fides*, ni otra equivalente que encierre el significado que históricamente, desde el S. XVI, se le ha venido dando; sino que hablan de la necesidad de una conciencia comunitaria por la que obren convencidos de que ejercen un derecho; o, en propia expresión «ut credant —inducentes— se ius habere». Vid. Glosa a D. 8, c. 7; C. XVIII, q. 2, c. 31; X, I, 4, 11.

81. INOCENCIO IV, o. c., lib. 1, tit. 4, Rubrica, n. 4, fol. 15 recto.

82. G. MICHIELS, o. c., págs. 117-118.

83. P. FEDELE, o. c., pág. 105, nota 4.

Mientras insista la doctrina en definir la buena fe consuetudinaria, canonizando el concepto que el derecho romano elaboró dentro del marco propio de la prescripción estricta, será imposible comprender e interpretar el pensamiento de los decretalistas. Michiels, respetuoso con la autoridad de los decretalistas, se esfuerza en crear una interpretación de su doctrina que les libre de la tacha de inconsecuencia, o mejor, contradicción; esfuerzo fallido porque aún continúa en pie la inconciliable oposición entre ambos requisitos: la ausencia de error excluye cualquier ignorancia, bien de la ley, bien de su obligación; es más, la obligación de la ley es el objeto principal e inmediato del conocimiento requerido para que no haya error en la introducción de la costumbre "contra legem".

Si no se conoce la eficacia vinculadora de la ley concreta, se desconoce un elemento esencial de la misma, que, además, para la introducción de la costumbre es fundamental. No es necesario forzar el texto de la glosa "quod ex certa sciencia et non per errorem sit inducta"⁸⁴, para ver incluida en él la exclusión de toda ignorancia. ¿Cómo conciliarlo, entonces, con la exigencia de la "bona fides"?

Acudamos a los mismos decretalistas, que nos darán la solución exacta y segura.

El Hostiense presenta las distintas diferencias existentes entre la costumbre y la prescripción estricta, que recogen, por lo general, todos los decretalistas posteriores. Una de ellas, la tercera, "est quia in praescriptione exigitur titulus et bona fides... Sed in consuetudine non requiritur nisi usus et tempus completum"⁸⁵.

La disociación establecida entre la costumbre y la "bona fides" propia de la prescripción, proyecta gran luz en la aclaración del problema.

La "bona fides", cuyo fundamento es la ignorancia del derecho ajeno o de la eficacia del mismo, es un requisito exigido desde el derecho romano para la consolidación de la prescripción. Los empe-

84. GLOSA a X, I, 4, 11.

85. HOSTIENSE, o. c., n.º 14, fol. 21 vuelto; también en *Lectura in Decretales* (Parisi, 1521), lib. 1, tit. 4, cp. 11; J. ANDRÉS, o. c., lib. 1, tit. 4, cp. 11, fol. 46 recto escribe: «item in praescriptione requiritur titulus et bona fides, in consuetudine non requiritur nisi usus et tempus completum». Lo mismo A. DE BUTRIO, o. c., tit. 4, cp. 11.

radores Diocleciano y Maximiano escriben: "Longi temporis praescriptio his, qui bona fide coeptam possessionem continuatam nec interruptam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari". Y en otra ocasión: "Si fraude et dolo, licet maiores annis, facta venditio est, hanc confirmare non potuit consequens tempus, cum longi temporis praescriptio in malae fidei contractibus locum non habeat"⁸⁶. Ahora bien, si los decretalistas excluyen en la introducción de la norma consuetudinaria un concepto tal de "bona fides", es porque creen necesario el "animus communitatis", y, por tanto, el conocimiento de la ley vinculante contraria⁸⁷. Aquí está el núcleo de su pensamiento. La costumbre, por ser norma jurídica ha de introducirse mediante un acto positivo de la voluntad comunitaria, que, para ser eficaz, necesita basarse en un juicio recto o racional presentado por el entendimiento. Como dice Santo Tomás, la racionalidad subjetiva existe, cuando refleja la objetiva o tendencia al bien común⁸⁸. Reflejo, que sólo será fiel cuando el entendimiento conozca si en verdad la costumbre "introducenda" conduce al bien común, a pesar de la existencia de una ley que busca también el bien común por camino distinto o contrario. De ahí que el error o ignorancia vicie el entendimiento y, mediante él, la voluntad, consiguiéndose una costumbre "subiective" irracional, y por tanto, ineficaz. Este es el principio que asienta Enrique de Susa cuando escribe: "... non valet consuetudo nisi rationabilis... sed si erronea est, non erit rationabilis, nec consensu inducta"⁸⁹.

La racionalidad subjetiva, como reflejo de la objetiva, juega un papel esencial en la creación de la costumbre, del que el pensamiento doctrinal-canónico de estos siglos cree imposible prescindir. Por eso

86. D., VII, cc. 33, 2 y 6.

87. Es extraño que P. FEDELE, o. c., pág. 104, afirme que la «bona fides» de Sinebaldo no se puede interpretar según la definición legal del derecho romano porque «non si vede come si possa uscir fuori di questa manifesta contraddizione: essere necessaria la «bona fides», intesa come credenza, ignoranza, errore, ed essere necessaria, ad un tempo, l'assenza di ignoranza o di errore: contraddizione, questa, in cui sarebbe caduto nientemeno che uno dei più grandi canonisti di ogni epoca»; y sin embargo en las págs. 109-110 escriba «che il concetto di «bona fides», a cui in tema di consuetudine deve farsi richiamo, non può essere se non quello che si ha in materia di prescrizione». Parece contradecirse, supuesto que el concepto de «bona fides» propio de la prescripción estricta es el mismo usado en derecho romano; en ello está de acuerdo la doctrina. Por eso precisamente los decretalistas excluyen de la costumbre el concepto de «bona fides» aplicable a la prescripción.

88. I-II, q. 90, a. 1-2.

89. HOSTIENSE, o. c., n. 7, fol. 20 vuelto.

rechazan la buena fe cuando ello signifique admitir la ignorancia o error. Sin embargo es sintomático que ninguno se detenga en exigir la existencia de la mala fe. La razón es fácil de comprender, supuesto que ellos no niegan a la costumbre toda clase de buena fe, sino sólo la buena fe propia de la prescripción estricta.

El concepto genérico de buena fe, e. d. persuasión de la licitud de un acto, cabe perfectamente en la costumbre racional. La comunidad, consciente de que está regulando racionalmente una situación comunitaria, a pesar de la ley contraria, está persuadida de que coopera al bien común, y, por tanto, obra lícitamente. Santo Tomás lo afirma en un texto luminoso que citamos a continuación: "...leges humanae in aliquibus casibus deficiunt: unde possibile est quandoque contra legem agere, in casu scilicet in quo deficit lex, et tamen actus non erit malus. Et cum tales casus multiplicantur, propter aliquam mutationem hominum, tunc manifestatur per consuetudinem quod lex ulterius utilis non est: sicut etiam manifestaretur si lex contraria verbo promulgaretur"⁹⁰.

La licitud o ausencia de pecado es una posición moral compatible con la racionalidad subjetiva que a su vez exige ausencia de ignorancia o error. Para llegar a esta conclusión basta leer los textos de los decretalistas de esta época, citados en páginas anteriores, que califican de irracional toda costumbre que sirva de ocasión para pecar. No sucede lo mismo con el concepto de buena fe que la doctrina ha venido defendiendo desde el s. XVI, que está fundado en la ignorancia de la obligación de la ley contraria, y que, en expresión de Van Hove, sería "persuasio vera vel falsa liceitatis alicuius actus"⁹¹.

La necesidad absoluta de la racionalidad subjetiva y la exigencia de la "recta ratio" como elemento esencial de la misma, hace inconciliable el concepto tradicional de "bona fides" con la doctrina consuetudinaria de los decretalistas de los ss. XIII-XVI. Ellos colocan el "animus communitatis" como piedra básica en donde se fundamenta la norma consuetudinaria, y no conciben tal ánimo influenciado por cualquier ignorancia o error. Por eso: unos rechazan la "bona fides" propia de la prescripción, porque incluye en su concepto la existencia

90. I-II, q. 97, a. 3, ad 2.

91. VAN HOVE, o. c., pág. 131.

de error⁹²; otros exigen “bona fides”, cuya traducción es “ut credant (inducentes) se ius habere” unido inmediatamente a “quod non per errorem sit inducta”⁹³; es decir, que tengan conciencia mediante un juicio recto, de que obran según derecho, o lo que es igual, cumpliendo el requisito necesario para la creación de un nuevo derecho objetivo; que buscan el bien común, que obran racionalmente. Esa conciencia comunitaria basada en un juicio recto, fiel reflejo de la racionalidad objetiva, es lo que constituye la racionalidad subjetiva, cuya dimensión moral es la buena fe. De ahí que Inocencio IV al decir “quod bonam fidem habeat”, continúa “et animum introducendi consuetudinem et utendi iure suo”⁹⁴.

La buena fe es la traducción normal del concepto jurídico “racionalidad subjetiva” al campo moral. Y decimos normal, porque podría suceder —no repugna— que el acto de voluntad, en lo que respecta a la coordinación de la dimensión moral con la rectitud de la racionalidad subjetiva, esté influenciado por un error, que ocasione la malicia o inmoralidad del mismo. Este error no repercutiría en la racionalidad subjetiva, sino en la eticidad del acto. Pongamos un ejemplo aclaratorio: puede suceder que una costumbre “contra legem” sea racional y la comunidad introductora esté de ello perfectamente convencida; pero al mismo tiempo crea, erróneamente, que su actuación, por ser contraria a lo establecido en la ley, es inmoral hasta que prescriba. Es este un caso tipificado por los moralistas como “formaliter” inmoral y “materialiter” honesto.

Resumiendo: Para interpretar el pensamiento de los grandes decretalistas clásicos sobre el concepto de buena o mala fe consuetudinaria, no se puede prescindir de la preeminencia que ellos dan a la racionalidad objetiva, como fundamento de la subjetiva, y ésta como constitutivo del “animus communitatis”. Es más, sólo la racionalidad da la clave para extraer el concepto de buena fe, que se podría definir como dimensión moral de la racionalidad subjetiva.

Pío Fedele también defiende la relación íntima entre la buena fe y la racionalidad objetiva, para concluir que la buena fe equivale a la

92. Vid. nota 86.

93. Vid. GLOSA a D. 8, c. 7; C XVIII, q. 2, c. 31; X, I, 4, 11.

94. INOCENCIO IV, o. c., lib. 1, tit. 4, Rúbrica, n. 4, fol. 15 recto.

ausencia de pecado⁹⁵. Para ello se vale de unos argumentos, a nuestro parecer, susceptibles de revisión, dado que incluyen algunas incongruencias: unas provienen del enfoque negativo que da a la racionalidad objetiva, y que se han señalado en la primera parte de este trabajo. Otra de la que ya nos hemos hecho eco⁹⁶ se desprende de las proposiciones que comentamos a continuación: en una⁹⁷ niega que el concepto romano de “bona fides” e. d. “ignorantia rei alienae”, se pueda aplicar a la costumbre, si se quiere entender el pensamiento de los decretalistas, sobre todo de Inocencio IV. Esta proposición convence al lector porque, en verdad, esta definición, aun dentro del derecho romano, tenía cabida principalmente en la prescripción; por eso la doctrina, al hablar de la buena fe en la prescripción, siempre ha usado la misma definición. No sucede lo mismo con la buena fe consuetudinaria, ya que ésta no trasmite un derecho subjetivo, sino que crea un nuevo derecho objetivo⁹⁸.

Pero la claridad de esta posición se oscurece cuando escribe que “il concetto di bona fides, a cui in tema di consuetudine deve farsi richiamo, non può essere se non quello che si ha in materia di prescrizione”. Siendo así, es difícil que el autor interprete exactamente al Hostiense, Juan Andrés, Antonio de Butrio, etc., para quienes, como se ha visto, el concepto de “bona fides” propio de la prescripción es incompatible con la costumbre⁹⁹.

IV. LA BUENA FE COMO REQUISITO DE LA NORMA CONSUECUDINARIA

Las vicisitudes históricas por las que ha transcurrido el concepto de “bona fides” consuetudinaria y su aplicación como requisito de

95. P. FEDELE, o. c., págs. 103 ss.

96. Vid. nota 87.

97. P. FEDELE, o. c., pág. 104.

98. Vid. CICOGNANI-STAFFA, o. c., pág. 120.

99. P. FEDELE, o. c., págs. 109-110. El autor pretende resaltar la relevancia moral —ausencia o presencia de pecado— de la buena o mala fe, en la costumbre canónica. Para ello recurre a una paridad que es la que creemos poco afortunada: afirma, siguiendo a RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione* (Torino, 1892), que la «bona fides» propia de la prescripción canónica, añade al concepto romano la trascendencia de la relación moral. De donde deduce que el concepto de buena o mala fe propio de la costumbre canónica se define por la ausencia de pecado. «...la verità ultima

la norma, podrían resumirse así: San Raimundo, los glosadores e Inocencio IV, presentan como requisito para la introducción de la costumbre, un concepto de "bona fides", incompatible con el error o ignorancia de la ley contraria vinculante, y que identifican con el "animus communitatis utendi iure suo"¹⁰⁰. Desde Enrique de Susa a Butrio, se intensifica en la doctrina la necesidad del "animus communitatis". Por ser éste totalmente incompatible con la ignorancia o error, hacen patente que la "bona fides" propia de la prescripción, no tiene cabida en la costumbre¹⁰¹.

La doctrina, en el s. XV, se encuentra ante la existencia de dos requisitos plenamente delimitados en su significación conceptual, necesarios y opuestos entre sí: la "bona fides" es una posición moral que se fundamenta en la ignorancia de la ley contraria; el "animus communitatis" excluye por definición cualquier clase de ignorancia o error. De ahí que se les presente un dilema ante el cual el autor ha de tomar una postura siempre comprometida. El siglo XV está bajo el impacto de los últimos grandes decretalistas; por eso la doctrina continúa preponderando la necesidad del "animus communitatis", y optan por exigir la mala fe como requisito para la introducción de la costumbre, al menos inicialmente¹⁰². Algunos canonistas de los siglos XVII y XVIII observan que, según la opinión reinante, serían necesarios multitud de pecados para que se consolide la costumbre; actitud poco consecuente con el fin propio de la Iglesia, que busca la salvación de todos sus miembros. Es necesaria, por tanto, la buena fe, al menos en la introducción de la costumbre "contra legem" que obligue bajo pecado¹⁰³.

En el siglo XIX gira la doctrina hacia unos cauces totalmente nuevos. Desde ahora se hará opinión común prescindir de la buena

è in questo, che lo spirito ecclesiastico metteva sopra a tutte le considerazioni di utilità privata o pubblica, quella dell'esistenza o meno del peccato».

Supuesto que la realidad moral es una relación del acto jurídico que no lo modifica en su esencia, es fácil captar el salto en el vacío que da Fedele al establecer tal paridad. Que la buena o mala fe suponga siempre una relevancia del aspecto moral del acto jurídico, no puede fundamentar la identificación del acto jurídico causativo de la prescripción estricta, con el acto jurídico introductor de la norma consuetudinaria.

100. S. R. DE PENYAFORT, o. c., pág. 35; GLOSA a D. 8, c. 7; C. XVIII, 1, 2, c. 31; X, I, 4, 11; INOCENCIO IV, o. c., lib. 1, tit. 4, Rúbrica, n. 4, fol. 15.

101. HOSTIENSE, o. c., n. 14, fol. 21 vuelto; J. ANDRÉS, o. c., lib. 1, tit. 4, cp. 11, A. DE BUTRIO, o. c., tit. 4, cp. 11.

102. Vid. nota 69.

103. Vid. nota 68.

RACIONALIDAD Y BUENA FE EN LA INTRODUCCION DE LA COSTUMBRE

o mala fe como requisito de la costumbre; doctrina que el C. I. C. parece corroborar con su silencio.

Que la norma consuetudinaria se consolida mediante una actuación jurídica con independencia de su relevancia moral, es una conclusión a la que llegan todos los autores, desde Zallinger, pero por caminos distintos y, a veces, contrapuestos: Hay quienes defienden la irrelevancia del "animus communitatis" en la introducción de la costumbre, y en ello fundamentan la no influencia de cualquier posición de la comunidad ¹⁰⁴.

La opinión mayoritaria está en pleno desacuerdo con la fundamentación de la teoría anterior. Todos defienden la necesidad del "animus communitatis", y buscan nuevas causas de fundamentación, siguiendo diversas vertientes: Unos creen suficiente el "animus interpretativus", y afirman que con él pueden componerse tanto la buena como la mala fe ¹⁰⁵.

Pío Fedele exige un ánimo deliberante de violar la ley contraria. Sólo el error "circa causam finalem" anula y excluye el ánimo necesario; pero no el error "circa causam motivam", sea antecedente o concomitante, como afirman los detentores de la opinión anterior ¹⁰⁶. Respecto a la buena o mala fe, afirma que la "bona fides" es un concepto negativo subjetivo —ausencia de pecado— que corresponde al concepto negativo objetivo de la racionalidad. Sólo la racionalidad objetiva es necesaria para la eficacia de la costumbre "introducenda". La existencia de la "bona fides" es indiferente, ya que "la rationabilitas esaurisce la bona fides e ne prende il posto". Por tanto, la buena o mala fe son irrelevantes en la introducción de la costumbre ¹⁰⁷.

104. Vid. notas 77-78.

105. Vid. nota 80.

106. P. FEDELE, o. c., págs. 70-76.

107. Ibidem, págs. 130-131. Es difícil conjugar la necesidad del ánimo deliberado de violar la ley, con la irrelevancia de la «bona fides», supuesta la relación íntima que a decir de Fedele existe entre ésta y la racionalidad objetiva. G. MICHIELS, o. c., pág. 125, ve la misma dificultad en otro sentido y he ahí que escribe: «...in hypothesis ab Auctore (Fedele) admissa quod ad iuridicam consuetudinis efficaciam requiritur animus deliberatus violandi legem, prorsus gratuito concluditur bonam fidem neque ad existentiam animi istius quod spectat ullum habere momentum; in hac hypothesis enim quaestio obiectivae rationabilitatis consuetudinis nullatenus convertitur aut coniungitur cum quaestione animi subiectivi legi infensi, atque proinde prorsus immerito ab una

Finalmente, resumamos nuestra opinión: Los cánones 27-28 del C. I. C. hablan de la racionalidad como requisito necesario para la introducción de la norma consuetudinaria. La racionalidad objetiva, a la que, como es obvio, el Código se refiere primordialmente, se expresa mediante la tendencia positiva de la norma a la consecución del bien común. La comunidad ha de captar y apreciar esa conducta objetiva, para que su juicio sea recto o, en palabra de Santo Tomás, "rationalis", y el ánimo o consentimiento necesario sea eficaz. La racionalidad subjetiva, como se ha podido ver en los decretalistas, es tan relevante como la objetiva; por eso se debe afirmar que el C. I. C. también la incluye. La "bona fides" es la dimensión ética de esta situación psicológica recta. El error puede influir en la coordinación de la rectitud de la posición psicológica con la eticidad de la misma, y conseguir una acción "materialiter" recta y "formaliter" inmoral, sin impedir, por ello, la lucidez del ánimo y su eficacia consecuente.

La racionalidad objetivo-subjetiva, único elemento constitutivo del requisito, puede, por tanto, coexistir con ambos estados anímico-morales. Esta causa y la dimensión no específicamente jurídica de la buena o mala fe justifican que el C. I. C., en sus cánones 27-28 no las mencione, al establecer los requisitos para la introducción de la costumbre.

JUAN ARIAS

ad alteram fit saltus, ex indifferentia bonae aut malae fidei pro rationabilitate obiectiva consuetudinis arguendo ad eiusdem indifferentiam relate ad voluntatem violandi legem ex parte agentium, ut supponitur, requisitam».