

JAVIER OTADUY

LA COMUNIDAD COMO FUENTE DE DERECHO.
(PRESUPUESTOS ECLESIOLÓGICOS
Y SOCIALES DE LA COSTUMBRE)

1. La comunidad en el derecho positivo. — 2. El rescate eclesiológico de la comunidad y de la costumbre. — 3. Los intentos de fundamentación eclesiológica de la costumbre: *a)* 'Traditio'; *b)* 'Receptio'; *c)* 'Actuositas Spiritus'; *d)* 'Charisma'; *e)* 'Sensus fidei'; *f)* 'Communio'; *g)* 'Munera Christi'. — 4. La fenomenología habitual de la costumbre clásica: *a)* La colación de beneficios y de dignidades; *b)* La delimitación de la jurisdicción eclesiástica; *c)* El modo de ejercer la justicia procesal; *d)* En cuestión de donaciones, testamentos y diezmos; *e)* Sobre la celebración de festividades; *g)* En la administración de sacramentos; *b)* En la celebración del matrimonio. — 5. Conclusiones provisionales extraídas de la fenomenología histórica. — 6. Aspectos críticos de los intentos de fundamentación de la costumbre en la tradición, en la recepción, en el carisma y en el 'sensus fidei': *a)* Sobre la tradición; *b)* Sobre la recepción; *c)* Sobre el carisma; *d)* Sobre la 'actuositas Spiritus'; *e)* Sobre el 'sensus fidei'. — 7. La fundamentación eclesiológica de la costumbre en la 'communio' y en los 'munera Christi'. — 8. Contingencias históricas y doctrinales que afectan a la comprensión teológica del comportamiento consuetudinario: *a)* La comunidad 'distributive sumpta'; *b)* Las comunidades anómalas; *c)* Sobre el comportamiento unánime; *d)* La costumbre 'mixta cum praescriptione'; *e)* El ánimo interpretativo; *f)* El *exceso* de racionalidad; *g)* La aprobación legal. — 9. La comunidad capaz de introducir costumbre. — 10. La comunidad de fieles como causa eficiente de la costumbre. — 11. La intervención del legislador en la aprobación de la costumbre.

Lo que nos va a ocupar en este trabajo es el elemento subjetivo de la costumbre canónica: la comunidad introductora de la costumbre (y obligada por ella). El resto de los temas que se despliegan en la sistemática tradicional de la costumbre canónica tal vez aparezcan por conexión natural, pero no forman parte de nuestro propósito.

La comunidad como sujeto de costumbre y como fuente de derecho nos sitúa frente a los presupuestos del derecho consuetudina-

rio. Siempre que se habla del sujeto sucede lo mismo, hay una remisión a los fundamentos, a la ontología o a la eclesiología. Por eso, en la práctica, buena parte de lo que diremos aquí mirará sobre todo a cuestiones de orden muy fundamental. Es evidente que dejaremos fuera de la perspectiva muchos otros temas de envergadura distinta.

1. *La comunidad en el derecho positivo.*

El derecho positivo nos dice muy poco acerca del concepto de comunidad. No hay una categoría dogmática de derecho positivo canónico acerca de la comunidad. Ni siquiera se puede decir que exista en la ciencia jurídica una noción establecida y aceptada de comunidad. Hacemos nuestras las palabras de Comotti: «sarà opportuno prendere atto di come il termine stesso 'communitas', pur entrato ormai da secoli e diffusamente nella comune terminologia giuridica, resti per molti versi inafferrabili, in quanto non ha mai acquisito un significato più preciso o generalmente più accettato e usato di altri, non esprimendo in alcun ramo del diritto nozioni o concetti ben delimitati»⁽¹⁾. El legislador canónico usa el concepto con mucha libertad y sin exigencias rigurosas de delimitación. La noción de comunidad es aplicable a la Iglesia en su conjunto, a comunidades eclesiales separadas de la Iglesia católica⁽²⁾, a las iglesias particulares, a las parroquias, a los institutos de vida consagrada, e incluso a las comunidades con cura pastoral de capellanes o a la comunidad a la que se destina un oratorio.

Tanta variedad indica bien a las claras que el legislador no ha querido usar el término de un modo circunscrito y definido. Además, parece haber empleado categorías genéricamente sociológicas. Esto concuerda con la postura de la tradición, que ha usado también

(1) G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Padova 1993, p. 129. Para el resto del epígrafe, cfr. *ibid.*, pp. 129-134.

(2) En este caso, según Comotti, el término *communitas* «risponde ad una ratio ben precisa, molto pregnante anche teologicamente, che è quella di esprimere la distinzione operata dal Concilio Vaticano II — non solo dal mero punto de vista terminologico — tra Chiese orientali non in comunione con il Successore di Pietro e comunità protestanti» (G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 130). Es indudable que el Decreto «Unitatis redintegratio» utiliza intencionalmente los conceptos diferenciados de *Iglesias* y de *comunidades eclesiales*. No parece sin embargo que esto suponga intención alguna de configurar un concepto técnico de comunidad sino simplemente de reservar el concepto de Iglesia para comunidades que gocen de una determinada estructura.

este término («*communitas*») de un modo muy descriptivo, sin querer decir mucho más que «una pluralidad o conjunto de personas físicas ligadas por algún vínculo»⁽³⁾.

El empleo del término «*communitas*» en el CIC y en la doctrina clásica atañe a toda suerte de fenómenos agregativos o grupales. Nada permite decir por ejemplo que no sean comunidades las asociaciones, o los sujetos colectivos que no tienen personalidad jurídica, o las comunidades integradas en entes jurídicos superiores, o las que no poseen como cabeza un titular que participa del *munus publicum* o de la potestad de jurisdicción. Nada de eso se desprende de la norma positiva. Cuando el derecho canónico habla de comunidad, habla de una noción que puede ser participada por una gran variedad de supuestos. Y esos supuestos no son reconducibles a un esquema rígido (ni siquiera plenamente definible).

2. *El rescate eclesiológico de la comunidad y de la costumbre.*

Ya se entiende que la noción clásica de comunidad está hecha desde la descripción del hecho social. No intervienen en ella directamente los datos de la revelación ni de la teología sobre la Iglesia. Pero en los últimos treinta años se ha llevado a cabo una fortísima recuperación eclesiológica de la comunidad. Las causas más representativas de esa recuperación son causas específicamente eclesiales, de orden teológico y pastoral⁽⁴⁾, aunque en el rescate de la noción de comunidad han confluído también de modo más o menos fuerte factores de matriz social (como el democratismo y el socialismo) y algunas líneas

(3) G. MICHELS, *Normae generales juris canonici*, II, Parisiis-Tornaci-Romae 1949, p. 55 (la traducción, en éste como en otros pasajes latinos o de lengua francesa y alemana, es nuestra).

(4) A título de ejemplo señalamos las siguientes: a) *La teología del Pueblo de Dios*, con la comprensión de la común ciudadanía de todos los cristianos, de su igual dignidad, del estatuto común del bautismo. De esa dignidad común deriva también la participación de todos los fieles en los 'munera Christi' y en la misión y edificación de la Iglesia; b) *La teología de la comunión*, con la aguda conciencia de la solidaridad sobrenatural y efectiva que debe presidir las relaciones entre los fieles, entre los pastores, entre los fieles y los pastores, y entre las Iglesias; c) *La doctrina de la colegialidad*, que se ha pretendido extender más allá de los fenómenos de colegialidad episcopal efectiva y estricta; d) *La praxis litúrgica*, es decir, el favorecimiento de la celebración comunitaria de los sacramentos, alentada por el Concilio; y e) *La pastoral de la palabra*, fuertemente connotada por la necesidad de ser solidarios y de vivir en comunidad.

de pensamiento ligadas a la historia de las ideas religiosas (como el conciliarismo, el comunitarismo reformado y las Iglesias nacionales).

Los síntomas de esa recuperación del modelo comunitario en la teología y en el derecho canónico son muy amplios. Se perciben no sólo en los recelos hacia lo que podría llamarse *el revés* de lo comunitario. Por ejemplo, la prevención hacia lo privado, la desconfianza hacia lo jerárquico cuando se entiende como instancia única, sin *consensus* de la comunidad. También se perciben en sentido positivo. La costumbre, por ejemplo, se aprecia más. Todos los factores que hemos mencionado conspiran hacia un notable crecimiento de prestigio de la costumbre canónica en virtud precisamente de su origen en la comunidad cristiana. Se ve en ella una institución canónica que permite reflejar, en el ámbito de la norma, buena parte de las nuevas exigencias eclesiológicas.

Pero como es lógico se plantea el problema de la fundamentación. No se puede emplear sin más el paradigma clásico de costumbre, que se inscribía en un esquema jurídico-social o natural. Se hace preciso *depurar* buena parte de la fundamentación clásica y apoyar la teoría de la costumbre sobre bases teológicas. Es decir, levantarla por encima del dato meramente socioeclesiástico. Dicho con palabras de Urrutia, «el hecho consuetudinario en la Iglesia tiene una importancia que no deriva solamente de puntos de vista como los que puede descubrir la filosofía jurídica o la filosofía social, para las costumbres de la sociedad civil. Esa importancia deriva, ante todo, de motivos teológico-eclesiales»⁽⁵⁾. El CIC (tanto el antiguo como el actual) presentaría tan sólo un concepto «laico»⁽⁶⁾ de ley y de costumbre. Se hace preciso diseñar otra noción distinta, con otros fundamentos, que permitan entender la costumbre canónica como algo muy diverso de un «puro fenómeno socio-histórico»⁽⁷⁾.

La búsqueda de un apoyo eclesiológico para la comunidad introductora de costumbre ha tenido ensayos muy numerosos. Todos ellos tienen en común, como no podía ser de otra manera, el deseo de *enoblecer* teológicamente a la comunidad introductora y al comporta-

(5) F.X. URRUTIA, *Reflexiones acerca de la costumbre jurídica en la Iglesia*, en «Investigaciones theologico-canonicæ», Roma 1978, p. 461.

(6) *Ibid.*, p. 457, *passim*.

(7) *Ibid.*, p. 462.

miento que la comunidad introduce. Dotarlos de las prerrogativas necesarias para que puedan asignárseles pleno relieve eclesiológico.

La tarea es digna, pero a nuestro juicio ha producido una considerable mitología acerca de la costumbre canónica. Con el propósito inmejorable (y necesario) de ofrecer un fundamento eclesiológico a la costumbre se corre el riesgo de obtener una noción sobrevalorada y, como consecuencia, desgajada de su fenomenología propia, es decir, de los fenómenos consuetudinarios que se han producido habitualmente a lo largo de la historia.

El esfuerzo por elevar de rango al comportamiento comunitario puede dejar fuera de la noción de costumbre muchos fenómenos que no gozan de características tan elevadas. Y al revés, cuando la doctrina o el magisterio diseñan la conducta de un pueblo ungido por el Espíritu tal vez no están intentando caracterizar las comunidades que a lo largo de la historia han generado la 'canonica consuetudo'. En cualquier caso conviene estudiarlo con cuidado.

Por eso queremos desde ahora alertar ante este peligro. Nadie duda que es conveniente fundamentar teológicamente la costumbre, pero hay que ser cautos a la hora de diseñar dicho fundamento. Se corre el riesgo de que un modelo *demasiado noble* desde el punto de vista eclesiológico se desdiga después en la práctica y no llegue a dar razón de los hechos que merecen fuerza normativa en el ordenamiento canónico.

3. *Los intentos de fundamentación eclesiológica de la costumbre.*

Pero veamos qué tipo de soluciones se han ofrecido para establecer la costumbre sobre bases más firmes que las puramente sociológicas. Antes debemos hacer una advertencia. Todas estas líneas de fundamentación eclesiológica están recíprocamente reclamadas. Separarlas, como vamos a hacer, ofrece ventajas indudables de análisis, aunque reporta también muchos inconvenientes. Uno de ellos es precisamente presentar estas categorías como si tuvieran un fuerte grado de autonomía. No hay autonomía, hay una intensa interdependencia⁽⁸⁾. Sin embargo, a efectos expositivos — y en la medida en

(8) Sobanski, por ejemplo, presenta el conjunto de estas teorías entrelazadas y formando parte de un único proyecto de fundamentación (al que se adhiere). Cfr. R. SOBANSKI, *Teoria Prawa Koscielnego*, Warszawa 1992, pp. 97-99.

que sean diferenciables — vamos a atender a su distinción, no a su conjunción.

a) 'Traditio'.

La Tradición es el modo como la Iglesia en su conjunto transmite y vive en la historia, bajo la guía permanente del Espíritu Santo, la revelación de Dios Padre hecha en Jesucristo. El nombre de Tradición indica que no es una transmisión escrita. Son actitudes vividas, ideas que embargan a la comunidad cristiana. Esas actitudes, ideas y criterios pueden evidentemente transmitirse también por escrito — los textos patrísticos y la liturgia son monumentos y testigos de la Tradición —, pero la Tradición se sobrepone a esos testimonios y da razón de ellos. Según esta acepción, la Tradición engloba y comprende a la Sagrada Escritura, que es como su alma. No son dos fuentes separadas.

Conviene hacer notar que — sobre todo en el periodo posttridentino — por Tradición ha venido a entenderse no sólo un *modo de transmisión* de la revelación sobrenatural, sino una *fuerza de conocimiento* distinta de la Sagrada Escritura⁽⁹⁾. Es decir, existen tradiciones apostólicas que no se contemplan directamente en la Sagrada Escritura y que deben igualmente considerarse contenidas en la revelación divina.

El proceso intertemporal de transmisión, unido al carácter comunitario del sujeto transmisor, hizo desde los orígenes que costumbre y tradición se entendieran como conceptos afines y que parcialmente se identificasen a lo largo del primer milenio⁽¹⁰⁾. Si la costumbre ha tenido tanto prestigio normativo a lo largo de la historia del derecho canónico ello se debe sin duda a que la tradición constituyó en su origen el paradigma de fondo en el que la costumbre se miraba. Las razones

(9) Sobre esta distinción entre Tradición como modo de comunicación no escrito y Tradición como fuente de conocimiento distinta de la Sagrada Escritura, cfr Y. CONGAR, *La Tradition et la vie de l'Eglise*, Paris 1984, pp. 19-40.

(10) Tomando pie de lo que se puede considerar ya algo adquirido en la doctrina y apoyado en numerosas fuentes primitivas, dice G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 29: «L'onore ed il rispetto nei quali erano tenute le consuetudini nei primi secoli dell'era cristiana traevano forza dalla nozione e dal culto della Tradizione; anzi, non sempre si distingueva adeguatamente fra l'una e le altre, perché si aveva già allora la percezione che la trasmissione della verità rivelata non si sostanzia (come tuttora non si sostanzia) unicamente nella predicazione o trasmissione orale delle verità rivelate agli Apostoli, e quindi nel Magistero sempre vivo ed infallibile della Chiesa, ma anche nei *mores* costanti del popolo cristiano».

de esta experiencia histórica primitiva legitimarían la hipótesis de que la tradición ofrece una base eclesiológica para la costumbre.

Por lo demás, «nella consuetudine si manifesta (...) la caratteristica essenziale della tradizione di non essere un mero insieme statico di idee ed enunciati, ma principio dinamico immanente alla stessa realtà cristiana»⁽¹¹⁾. La tradición, en otras palabras, muestra que el mensaje cristiano es un mensaje vivo; y de un mensaje vivo da razón más convincente el comportamiento del pueblo cristiano que los enunciados formales del dogma.

Hasta aquí hemos valorado lo que el Catecismo de la Iglesia Católica llama la «gran Tradición». «Es preciso distinguir de ella las “tradiciones” teológicas, disciplinares, litúrgicas o devocionales nacidas en el transcurso del tiempo en las Iglesias locales. Estas constituyen formas particulares en las que la gran Tradición recibe expresiones adaptadas a los diversos lugares y a las diversas épocas» (CEC 83). Constituye ya un lugar común de la doctrina hablar de ‘Tradición y tradiciones’. Por una exigencia inapelable de encarnación en el tiempo y en el espacio, se hace necesario que la gran Tradición católica esté revestida de las tradiciones propias de las Iglesias. Esas tradiciones pueden tener un notable influjo consuetudinario. Pensemos por ejemplo en las tradiciones rituales de las Iglesias *sui iuris* del Oriente cristiano. En consecuencia — se concluye — con mayor razón podremos hablar de influjo consuetudinario en la fijación de esas ‘tradiciones eclesiales’. El factor consuetudinario tiene una influencia definitiva para determinar el núcleo constitutivo de la doctrina, de la liturgia, de la disciplina y de la espiritualidad de las Iglesias locales más venerables.

b) ‘Receptio’.

La ‘receptio’ es un término muy general, con efectos muy diversos en el ámbito del derecho y de la teología⁽¹²⁾. Por recepción entendemos

(11) G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 103.

(12) El concepto de recepción fue reintroducido en la doctrina canónica y teológica (después de su tratamiento clásico en los tratados *de legibus*) por A. GRILLMEIER, *Konzil und Rezeption. Methodische Bemerkungen zu einem Thema der ökumenischen Diskussion der Gegenwart*, en «Theologie und Philosophie» 45 (1970), pp. 321-352; y sobre todo por la revista *Concilium* en 1972 (bajo el tema: «La intervención de la comunidad en las decisiones de la Iglesia»). Destaca el trabajo de Y. CONGAR, *La recepción como realidad eclesiológica*, en «Concilium» 77 (1972), pp. 57-86. El trabajo de Congar influyó muy notablemente en otros autores y contribuyó a poner en el candelero doc-

aquí el 'consensus' que una comunidad presta a un contenido doctrinal o práctico que procede de fuera de ella, con ánimo de incorporarlo⁽¹³⁾. Este esquema recepticio puede aplicarse, y ha sido aplicado de hecho, a muchas instituciones canónicas. Se ha hablado incluso de la recepción como una «estructura fundamental eclesiológico canónica»⁽¹⁴⁾.

Si queremos ser rigurosos, la recepción, en el ámbito normativo, sólo tiene influencia en la aceptación/no aceptación de ley⁽¹⁵⁾. La costumbre 'praeter legem' y 'contra legem' no son propiamente fenómenos recepticios. Hay que decir sin embargo que la costumbre contra ley, en palabras de Coriden, «expresa el mismo principio de respuesta a las leyes por parte de la comunidad eclesial. La costumbre contraria opera solamente allí donde una ley se ha establecido plenamente y a continuación cae en desuso. La recepción opera allí donde una ley ha sido promulgada pero no ha sido todavía puesta en obra, no ha sido todavía obedecida»⁽¹⁶⁾.

Aunque no constituya estrictamente un acto recepticio, la costumbre responde — dirán estos autores — a los mismos parámetros y a los mismos propósitos que la recepción⁽¹⁷⁾. Apunta a una comunidad activa, protagonista de su propia vida jurídica, que ofrece un

trinal la problemática recepcionista. Más adelante se interesó también por el problema, H. MÜLLER, *Rezeption und Konsens in der Kirche. Eine Anfrage an die Kanonistik*, en «Österreichisches Archiv für Kirchenrecht» 27 (1976), pp. 3-21. A Müller siguió R. POTZ, *Die Geltung kirchenrechtlicher Normen. Prolegomena zu einer kritischhermeneutischen Theorie des Kirchenrechts*, Wien 1978, esp. pp. 173 ss. Estos trabajos presentan las fuentes y la literatura originaria sobre el tema. Un estudio muy documentado bibliográficamente es G. ROUTHIER, *La réception d'un concile*, Paris 1993; para una presentación de la bibliografía canónica, pp. 37-40 y notas 73-75.

(13) Subrayó mucho el carácter exógeno que debe tener la auténtica recepción A. GRILLMEIER, *Konzil und Rezeption*, cit., p. 324. Para el autor, la recepción exige una diversidad territorial y cultural completa. Tal es el modo como se entendió la recepción en sus orígenes (que fueron jurídicos: la recepción del derecho romano en los países germánicos). Pero posteriormente se ha entendido el carácter exógeno de un modo mucho más relativo, desvirtuando el sello tal vez más característico de la recepción.

(14) R. POTZ, *Die Geltung kirchenrechtlicher Normen*, cit., p. 177.

(15) Cfr., por ejemplo, las consideraciones sobre la recepción de ley civil y de ley canónica de F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus*, I. III, cap. 9; I. IV cap. 16.

(16) J.A. CORIDEN, *The canonical doctrine of reception*, en «The jurist» 50 (1990), p. 76. También G. ROUTHIER, *La réception*, cit., p. 39 apela a la costumbre como uno de los cuatro campos propios de aplicación de la recepción en el derecho canónico.

(17) Es una «vera e propria consuetudinizzazione della legge» (F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Chiesa e potere. Studi sul potere costituente nella Chiesa*, Torino 1992, p. 154).

verdadero 'consensus' a los actos de potestad canónica y que opera iluminada por el Espíritu.

Para entender la actividad creadora de la comunidad cristiana no se debería recurrir sólo a aquellos capítulos clásicos de la costumbre canónica (el 'animus', la 'communitas capax', la aprobación del legislador, los plazos de cumplimiento del uso). El Concilio Vaticano II habría dado luz sobre la dignidad cristiana de la comunidad; la comunidad cristiana no es una comunidad neutra. No se le pueden aplicar sin más los efectos que se adjudican a cualquier comunidad en orden a la creación normativa, porque se trata de una comunidad con unas prerrogativas de dignidad y de acción muy especiales. Singularmente activa, singularmente capaz de crear. «Las reglas sobre la costumbre están enraizadas en la convicción de que el Espíritu Santo está presente y guía la comunidad de los fieles, y que esa dirección puede detectarse tanto en las acciones del pueblo como en los dictados del legislador»⁽¹⁸⁾.

Al 'consensus' de la comunidad se une el 'consensus' del legislador⁽¹⁹⁾. En pocas palabras, por exigencias de la ontología cristiana de la comunidad, existiría una responsabilidad simétrica y compartida entre comunidad y potestad canónica. Esto tendría indudablemente un territorio de aplicación mucho mayor, pero se cumple cabalmente en la creación de derecho consuetudinario.

Por eso — como dice Thils — sólo «una eclesiología curialista, atenta sobre todo a las prerrogativas romanas»⁽²⁰⁾ sería incapaz de introducir en su esquema eclesiológico la recepción, la actividad verdaderamente creadora de la comunidad eclesial en su conjunto. La comunidad — siempre según Thils — goza de una autoridad propia, es «columna y fundamento de la verdad» (I Tm. 3, 15), y sólo puede ser juzgada por la autoridad absoluta de Dios.

c) '*Actuositas Spiritus*'.

«Consuetudo communitatis christianae, quatenus actuositati Spiritus Sancti in corpore ecclesiale respondet, vim iuris obtinere

⁽¹⁸⁾ J.A. CORIDEN, *Rules for interpreters*, en «The Art of Interpretation. Selected studies on the Interpretation of Canon Law», Washington 1982, p. 12.

⁽¹⁹⁾ Cfr R. BERTOLINO, *Spunti metodologici per una dottrina della consuetudine nel diritto canonico*, en «Studi in memoria di Pietro Gismondi», I, Milano 1987, p. 117.

⁽²⁰⁾ G. THILS, *La communauté ecclésiale sujet d'action et sujet de droit*, en «Revue Theologique de Louvain» 4 (1973), p. 461.

potest» (c. 1506 § 1 del CCEO). En el Código de las Iglesias orientales la razón formal del derecho consuetudinario se atribuye a la «actuositas Spiritus Sancti». La costumbre de una comunidad cristiana tiene fuerza jurídica en la medida en que («quatenus») responde a la actividad del Espíritu Santo en el cuerpo eclesial; es decir, *en la medida en que* la actividad pneumática lo preside y lo promueve. No parece dejar resquicio razonable a la duda de cuál es la causa formal teológica y el apoyo original de la costumbre canónica. Este origen pneumático de la costumbre canónica es reconocido como fundamento del derecho consuetudinario por la mayor parte de los autores⁽²¹⁾ que atribuyen una raíz eclesiológica formal a la costumbre.

d) 'Charisma'.

«Actuositas Spiritus» significa una actividad del Espíritu vehementemente y rica. Dentro de ella caben sin duda los carismas. Los carismas no son simplemente actividad del Espíritu. Son determinadas gracias 'gratis datae' que el Espíritu suscita y distribuye para utilidad común y beneficio ajeno. En último término el carisma responde siempre a la edificación de la Iglesia.

Toda gracia beneficia al prójimo, toda gracia construye la Iglesia; pero muchas de ellas se inscriben en el propio itinerario espiritual y tienen como finalidad primaria la santificación del fiel que corresponde a la actividad del Espíritu Santo. Los carismas, aunque como es obvio enriquecen la propia intimidad, miran siempre al provecho de los otros fieles. Tal vez por esto, por su dimensión general o común, se ha hablado de la costumbre como «carisma comunitario»⁽²²⁾. En virtud de esta «iniciativa carismática»⁽²³⁾ la costumbre exige una atención exquisita por parte de la autoridad, que debe sentirse obligada a no apagar el Espíritu.

(21) Cfr. por ejemplo R. SOBANSKI, *Teoria Prawa*, cit., pp. 98-99, donde el autor fundamenta la costumbre canónica en la participación activa de los fieles basada en los dones del Espíritu Santo.

(22) Inició esta terminología F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., p. 463; ha sido continuada por R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 105, y por L. GEROSA, *Carisma e diritto nella Chiesa. Riflessioni canonistiche sul 'carisma originario' dei nuovi movimenti ecclesiali*, Milano 1989, pp. 182-183 y 189-193.

(23) F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., p. 463.

e) 'Sensus fidei'.

Con fundamento en LG 12, que advierte, como es bien sabido, que «la totalidad de los fieles que tienen la unción del Santo (I Io. 2, 20 y 27) no puede equivocarse en la fe», se ha intentado encontrar la razón teológica formal y originaria de la costumbre canónica en el 'sensus fidei fidelium' (24). Rinaldo Bertolino piensa que si el 'consensus' de la 'universitas fidelium', unido al de sus Pastores, goza de la 'infallibilitas in credendo', «si sarebbero dovuto trarre spunti metodologici decisivi per la disciplina giuridica de la consuetudine nel nuovo codice: per fare una sorta de autenticazione, a livello giuridico, della 'infallibilitas' anche 'in agendo', del popolo cristiano» (25). Esta posición no parece a su autor desorbitada porque el 'sensus fidei', aunque tenga como competencia propia la doctrina revelada, no se agota en su aspecto noético sino que desemboca con naturalidad en la fe vivida, en la praxis cristiana, que «sembra costituire il campo più adeguato alla competenza del 'sensus fidelium'» (26). Todo esto no sería más que una aplicación de la 'actuositas Spiritus Sancti'. Es la gracia del Espíritu Santo la que genera la 'infallibilitas in credendo' y la que caracteriza el 'sensus fidei fidelium' (27).

Como consecuencia de estas premisas no parece difícil concluir que «se il cristiano fedele, membro del popolo di Dio, quando "consenta" comunionalmente con i pastori e gli altri fedeli, è in grado di esprimere il vero sensus fidei de la Chiesa, a fortiori egli deve essere ritenuto capace — e con lui la comunità ecclesiale — di *quel qualcosa*

(24) Ha sido R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, pp. 99-123, quien ha elaborado más acabadamente esta línea teórica. En su día, Urrutia sugirió también un desarrollo semejante, pero lo abandonó alegando que la noción de 'sensus fidei' no había sido suficientemente estudiada por la teología y no permitía a los canonistas extraer demasiadas conclusiones prácticas. Cfr F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., pp. 469-470. Cfr también P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis» e l'«adprobatio legislatoris» nell'attuale dottrina canonistica della consuetudine antinomica*, Milano 1995, pp. 255-256.

(25) R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 105.

(26) L. SARTORI, *Qual è il criterio per stabilire el 'sensus fidelium'?*, en «Concilium» 1981/8, pp. 118 y 122, citado por R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 105. En el tratado más amplio del 'sensus fidei' en la literatura teológica contemporánea puede leerse: «Oggetto proprio del sensus fidelium è tutta la Rivelazione, tutte le verità del deposito rivelato, ma sotto un particolare punto de vista: quello dell'esperienza spirituale cristiana» (D. VITALI, *Sensus fidelium. Una funzione ecclesiale di intelligenza della fede*, Brescia 1993, p. 261; y en general, pp. 241-272).

(27) Cfr. R. SOBANSKI, *Teoria Prawa*, cit., p. 98.

di meno che è la produzione di una regola, di una norma consuetudinaria: perché questa altro non è che lo specchio riflesso, la non remota ordinatio pratica della regula fidei creduta» (28).

f) 'Communio'.

El concepto de 'communio' es sin duda el que mejor refleja y simboliza una eclesiología no simplemente societaria. Por eso tampoco es extraño que se apele a este concepto cuando se quiere configurar una noción de costumbre canónica que no dependa esencialmente de criterios sociológicos y jurídicos sino teológicos. Así pues, la condición esencial de validez de la costumbre canónica «non deriva solo dall'indole societaria de la Chiesa, ma dal principio stesso — storico-giuridico e teologico insieme — della comunione ecclesiale». Hasta tal punto que «la obbligatorietà della consuetudine discende unicamente dal carattere vincolante della 'communio'» (29). «Communio, che si realizza nella Chiesa quando al 'consensus fidelium' si affianchi l'adprobatio legislatoris', esercizio del ministero pastorale di discernimento sulla adeguatezza della norma consuetudinaria a tradurre la fede di tutto il popolo cristiano» (30). El 'consensus' de todo el pueblo de Dios (dentro del cual se encuentra el legislador/superior) es lo que genera el vínculo jurídico consuetudinario.

También se ha ponderado el valor de la 'communio' para diseñar el sistema de las fuentes normativas. Según Aymans (31), ley y costumbre canónicas, mutuamente enlazadas, dan razón de la estructura comunal de la Iglesia. Ambas fuentes de derecho están entre sí recíprocamente reclamadas, no sólo por razones técnicas, sino para expresar la sustancia íntima de la Iglesia como comunión. El legislador aprueba la costumbre que no produce, el pueblo acepta la ley que no ha promulgado. Las costumbres responden a la actuación del pueblo pero exigen la intervención de la potestad; las leyes res-

(28) R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., pp. 109-110.

(29) *Ibid.*, pp. 103-104.

(30) *Ibid.*, p. 122.

(31) Cfr. W. AYMANS-K. MÖRS DORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch Auf Grund des Codex Iuris Canonici*, I, Paderborn-München-Wien-Zürich 1991, pp. 208-212. Puede encontrarse una buena síntesis de esta perspectiva en A. CATTANEO, *Cuestiones fundamentales de la canonística. Las aportaciones de un nuevo manual de Derecho Canónico*, en «Ius canonicum» 67 (1994), pp. 341-363; para nuestro tema, pp. 355-357.

ponden a la actividad de la potestad pero exigen la intervención del pueblo cristiano, la 'receptio populi'. Cada uno interviene en la creación jurídica del otro.

g) '*Munera Christi*'.

Por razón de la común dignidad bautismal, todos los fieles participan de la triple función de Cristo. Todo el Pueblo de Dios es un pueblo sacerdotal, profético y real. La participación en los 'munera Christi' ofrece una base eclesiológica a la acción común de los fieles en la edificación de la Iglesia⁽³²⁾. No se trata sólo de una común dignidad, sino también de una igualdad de acción. «Existe una auténtica igualdad entre todos en cuanto a la dignidad y a la acción común (...) en orden a la edificación del Cuerpo de Cristo» (LG 32). Puesto en clave jurídica esto significa que la acción de los fieles puede tener (y de hecho tiene) una eficacia también en las fuentes del derecho. Son agentes responsables, corresponsables, en la creación de norma. La costumbre — ha dicho Lombardía — «constituye el medio más eficaz para que incida (...)“la acción común a todos los fieles” en la edificación de la Iglesia»⁽³³⁾. La edificación del Cuerpo de Cristo, desde el punto de vista jurídico, significa intervenir activamente en la génesis de la norma. Queda desacreditada por lo tanto una comprensión de los fieles pasiva o en clave puramente obediencial⁽³⁴⁾. El comportamiento de los fieles forma parte de la *aedificatio Ecclesiae*, no es simplemente una manifestación neutra, hábil para ser valorada y cribada por el ministerio jerárquico pero incapaz de reclamar su puesto propio y su propia dignidad. El comportamiento comunitario de los fieles tiene un positivo relieve eclesiológico. Esto facilita la comprensión de la actividad comunitaria como causa eficiente de la costumbre, es decir, como auténtica edificación del orden normativo canónico.

(32) Se puede ver una perspectiva general y sistemática de esta postura en G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 85-119.

(33) P. LOMBARDÍA, *Lecciones de Derecho canónico*, Madrid 1984, p. 157. Para un significado peculiar de la 'aequalitas fidelium' en la creación de norma consuetudinaria, cfr. P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»*, cit., pp. 254-265.

(34) Es muy frecuente entre los autores que buscan una fundamentación teológica de la costumbre hacer hincapié en el papel activo de los fieles y poner en guardia ante los peligros de la pasividad. Cfr. F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., pp. 470-475; R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., pp. 110-111.

El modo como cada uno de los ‘munera’ juega su papel como presupuesto del derecho consuetudinario se ha explicado de muchas maneras. Es claro que cada una de las tres funciones ofrece aspectos precisos para la fundamentación. De un modo general, Arias se refirió al sacerdocio común de los fieles, tal y como está diseñado en LG 10, como base de su cooperación activa en la creación de norma consuetudinaria⁽³⁵⁾. Para otros, el ‘munus docendi’ de los fieles (significado en el ‘sensus fidei’) sería el sustrato básico de la costumbre⁽³⁶⁾, aunque debería conjugarse con el ‘munus regendi’, que otorgaría la fuerza conveniente para mediar los contenidos revelados, convirtiendo la fe en cultura jurídica y en hechos normativos.

Es en efecto el ‘munus regendi’ la función que de un modo más inmediato ofrece la posibilidad de fundar la competencia activa del pueblo cristiano en la introducción de costumbre. La afirmación conciliar de que los fieles participan en la misión real de Cristo es, dice Urrutia, «formal e inequívoca, e incluso enfática»⁽³⁷⁾. Un reconocimiento más vigoroso del ministerio regio de todos los fieles hubiese conducido a subrayar mucho más — en el derecho positivo — la participación de todos los fieles en la potestad de régimen⁽³⁸⁾.

(35) Cfr. J. ARIAS GÓMEZ, *El «consensus communitalis» en la eficacia normativa de la costumbre*, Pamplona 1966, pp. 136-150. Nótese que en este caso el autor no se fundamenta estrictamente en los ‘munera Christi’, sino en la participación del sacerdocio de Cristo, que no se identifica con el ‘munus sanctificandi’ sino que abarca los ‘tria munera’: es un sacerdocio cultural, regio y profético. Para unas sugerencias más específicas de fundamentación de la costumbre en el ‘munus sanctificandi’ cfr G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 115-119.

(36) Por eso, la insensibilidad del Código ante la categoría de ‘sensus fidei’ habría roto «l’unità stessa tra ‘munus docendi’ e ‘regendi’, realizzata puntualmente dal ‘sensus fidei’, se questo significa — come mi sono sforzato di provare (...) —, a livello di ‘munus docendi’ il contributo irrinunciabile del popolo cristiano allo sviluppo della coscienza dogmatica della Chiesa e, a livello del ‘munus regendi’, la possibilità di elaborazione di norme che mediano, in un determinato contesto spazio-temporale, la rivelazione, traducendo in “cultura” giuridica e fatti normativi la fede» (R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 112).

(37) F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., p. 470. De todas formas, Urrutia indicaba que el modo de esa participación debería ser estudiado convenientemente, porque entendía que los fieles no pueden participar comunitariamente en la potestad de régimen. Hay que advertir que muchos de los autores que secundan la tesis de la participación de la comunidad cristiana — o de los fieles en general — en los ‘munera Christi’ afirman al tiempo que la comunidad de fieles en cuanto tal no participa de la potestad de régimen, aunque contribuya positivamente con su actividad a la creación del orden jurídico.

(38) «Il riconoscimento del ministero regale dei christifideles avrebbe peraltro

4. *La fenomenología habitual de la costumbre clásica.*

Siguiendo los pasos de una monografía ya clásica, la de Wehrlé⁽³⁹⁾, vamos a mostrar el ámbito práctico de aplicación (el dominio, el territorio) de la costumbre en las decretales de Gregorio IX. Esto tiene un valor ejemplificativo, pero sobre todo es una comprobación. Toda teoría, especialmente si es jurídica, necesita el contraste con la praxis, es decir, verificar el valor de los fundamentos de una institución comparándolos con la vida real de esa misma institución. La pregunta es: ¿responde la experiencia consuetudinaria histórica a los fundamentos eclesiológicos alegados más arriba, o tiene más bien un presupuesto de orden socio-jurídico más elemental? Y en su caso, ¿cuáles de esos fundamentos eclesiológicos son compatibles con el fenómeno histórico de la costumbre canónica y cuáles resultan incoherentes con él?

El campo de aplicación de la costumbre en el *Liber Extra* es muy amplio. Su radio de acción alcanza especialmente a las siguientes materias canónicas:

a) *La colación de beneficios y de dignidades.*

Por ejemplo, el arzobispo de York está obligado por costumbre, bajo pena de nulidad de la provisión, a presentar al capítulo el nombramiento del archidíacono de Richmond; en Toscana, una costumbre autoriza a los cabildos de las iglesias catedrales a elegir a los ca-

dovuto consentire, nel nuovo codice, una maggiore partecipazione del laicato all'attività legislativa della Chiesa. In particolare, il riconoscimento di un ruolo attivo del popolo cristiano nella formazione del diritto consuetudinario, più pieno di quanto è stato fatto nei cann. 23 ss. del codice, avrebbe meglio sottolineato la comune partecipazione dei christifideles alla potestas regiminis» (R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 111).

⁽³⁹⁾ Cfr. R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique. Essai historique s'étendant des origines de l'Eglise au Pontificat de Pie XI*, Paris 1928, pp. 100-107. Conviene advertir que el largo elenco de Wehrlé cita las costumbres 'secundum legem' junto a las costumbres 'praeter legem' y 'contra legem'. Es decir, muchas veces no se sabe bien si se trata de costumbres generadas por un comportamiento comunitario acorde con alguna ley previa. Ciertamente, las costumbres contra ley son las menos frecuentes de la lista. Otras veces lo que aparece como costumbre puede no ser más que un derecho adquirido por prescripción. Y no faltan ocasiones en que lo que se cita como derecho consuetudinario tiene sólo eficacia en el ámbito del derecho privado, pacticio o meramente dispositivo: «nisi de consuetudine secus obtineat: vel ex pacto de lucranda dote et donatione propter nuptias, quod aequale sit» (X IV, 20, 8).

nónigos sin el concurso del obispo; en Hungría, los electores de una provincia invocan la antigua costumbre de elegir, unidos al capítulo catedral, al arzobispo; una costumbre de la Iglesia galicana reclama que los canónigos ausentes sean convocados para la elección del pastor de la iglesia catedral; en Italia, una costumbre particular hace que pertenezca al pueblo la elección de rector de la Iglesia de San Salvador, que solicitaban los clérigos de la iglesia de Santa Agueda.

b) *La delimitación de la jurisdicción eclesiástica.*

Siempre se ha dicho que uno de los terrenos típicos de la costumbre es aumentar y disminuir la jurisdicción, y que la costumbre es título suficiente para obtenerla. Por ejemplo, la costumbre de la Iglesia romana reserva la administración de justicia sobre los monasterios no exentos al obispo diocesano; los arzobispos de Rávena y de Sens tienen, por costumbre, derecho de visita sobre determinados monasterios y abadías de su territorio, y derecho a cobrar el censo; el arzobispo de Cantorbery tiene derecho consuetudinario de visitar los monasterios y cabildos regulares de su diócesis para reprimir los abusos; una costumbre pacífica concede a un archidiacono de Sens jurisdicción sobre el abad y los monjes del monasterio de San Pedro; en Francia, una costumbre observada con valor de ley confiere a algunas mujeres de mérito, y singularmente a la reina, jurisdicción sobre sus súbditos, y por ello los religiosos hospitalarios se someten a su fallo arbitral.

c) *El modo de ejercer la justicia procesal.*

Por ejemplo, la costumbre general de la Iglesia exige que se preste juramento antes de los debates; para presentar su defensa, el acusado de herejía puede recurrir a la costumbre de su patria; una antigua costumbre de la Iglesia de Roma permite oponer legítimamente excepción contra un testigo, incluso después de haber llevado a cabo su testimonio ante el tribunal; la costumbre ha introducido en favor de los excomulgados algunos beneficios de la comunión si, aun antes de ser absueltos, prestan un juramento cautelar de atenerse a la decisión de la Iglesia.

d) *En cuestión de donaciones, testamentos y diezmos.*

Por ejemplo, entre los daneses tienen valor jurídico, por costumbre, las donaciones hechas a los monasterios u otros lugares piadosos a través de la entrega simbólica de un poco de tierra, que se deposita sobre un paño que sostiene el obispo, o sobre el altar; es

costumbre general de la Iglesia que tengan validez los testamentos que los parroquianos realicen ante el párroco y dos testigos, aunque la ley civil exija más testigos u otras solemnidades; tiene valor la costumbre que permite los 'spolia clericorum', es decir, que una parte de los bienes de los clérigos difuntos, obtenidos en razón de su oficio clerical y que pertenecen a la iglesia a la que sirvieron, pasen a los pobres, a obras piadosas, o a los servidores o allegados del difunto; también existe costumbre local de dar una parte de los bienes de los difuntos a las iglesias donde han recibido los sacramentos a lo largo de su vida; Alejandro III alaba la costumbre de pagar el diezmo de la lana, el heno, la harina y la pesca; habrá que recurrir a la costumbre para saber si un agricultor debe pagar el diezmo a la parroquia en cuyos términos se encuentran sus campos o a la parroquia en donde recibe los sacramentos.

e) *Sobre la celebración de festividades.*

Son muy frecuentes las costumbres que determinan el modo de celebrar las fiestas. Por ejemplo, la costumbre universal de la Iglesia ha hecho que la fiesta de Navidad prevalezca sobre la abstinencia de los viernes; depende de las costumbres locales la fijación de la fecha de celebración de la fiesta de la Santísima Trinidad, o de San Matías, o de San Bartolomé; aunque esté escrito que las fiestas se deben celebrar de unas vísperas a las vísperas del día siguiente, es la costumbre de la región la que fija la apertura y la clausura de las fiestas.

f) *Usos funerarios.*

Por ejemplo, la costumbre del lugar es la que determina si el padre puede enterrar donde quiera a un hijo que ha muerto antes de llegar a la pubertad; se declara antigua y razonable la costumbre de hacerse enterrar junto a las iglesias en las tumbas de los antepasados; se declara digna de alabanza la costumbre que existe en la región de Montpellier en virtud de la cual los laicos entregan espontáneamente una suma de dinero cuando se les concede una sepultura en un cementerio; se apela a la costumbre del lugar para saber la parte canónica que revierte a la iglesia parroquial de un difunto enterrado en otra iglesia.

g) *En la administración de sacramentos.*

Por ejemplo, se estima digna de alabanza la costumbre de ofrecer un pequeño regalo con ocasión de la administración de los sacra-

mentos; la costumbre de poner más vino que agua en el cáliz se considera razonable; es costumbre aceptada en algunos lugares la recepción simultánea de las cuatro órdenes menores; la costumbre de la Iglesia de Poitiers permite que los clérigos menores vivan en matrimonio y no lleven tonsura si no lo desean.

h) *En la celebración del matrimonio.*

Numerosas y significativas son las costumbres que tienen que ver con los pormenores del entorno celebracional del matrimonio, de los impedimentos y de las condiciones de los cónyuges. Por ejemplo, una costumbre, vivida desde tiempos lejanos en la Iglesia romana, reconoce como válido en cualquier época del año litúrgico el intercambio de consentimientos 'de praesenti' hecho por los esposos, aunque la celebración de las bodas esté prohibida en determinadas épocas; una antigua costumbre admite como testigos de la celebración del matrimonio — y del proceso de nulidad del mismo matrimonio — a los padres, hermanos y parientes, de uno y otro sexo; es costumbre de la Iglesia de Francia, seguida por otras iglesias, publicar las proclamas matrimoniales; es costumbre de la Iglesia romana que la mujer impotente no se separe del varón, sino que viva como hermana; en cambio es costumbre existente en la Iglesia galicana permitir nuevo matrimonio en caso de impotencia de alguno de los cónyuges.

5. *Conclusiones provisionales extraídas de la fenomenología histórica.*

Es evidente que la fenomenología de la costumbre clásica no es idéntica a la que podemos encontrar hoy. Ni tampoco es exactamente la misma que encontramos por ejemplo — si nos tomamos la paciencia de rastrearlo — en los dictámenes del *Thesaurus resolutionum Sacrae Congregationis Concilii* para los siglos XVIII y XIX o en las *Sacrae Romanae Rotae Decisiones* a lo largo de este siglo. Pero el tono es el mismo. Las costumbres establecen criterios de competencia jurisdiccional; crean, modifican o extinguen derechos de elección, derechos de precedencia, derechos patrimoniales; configuran modos de concluir los actos jurídicos; determinan condiciones de idoneidad, de licitud y de validez. En definitiva, las costumbres se mueven en el terreno de la actividad jurídica exigida por el hecho organizativo. Encuentran modos razonables de responder a la situación social en la que naturalmente está inmersa la vida eclesiástica. No es-

tán llamadas a reflejar las actitudes intelectuales y morales de los sujetos que las consolidaron; no dan razón (por lo menos directamente) del modelo de Iglesia que los introductores de esas costumbres tenían: resuelven más bien causas de derecho. Estoy convencido de que sobre esto se puede discutir mucho, pero me parece que esta apreciación es sustancialmente cierta.

Se podría alegar que los fenómenos consuetudinarios que hemos presentado se extraen de unas fuentes parciales, porque en el fondo las decretales pontificias resuelven litigios (como los dictámenes del *Thesaurus* o las 'cause iurium' de la Rota). Es cierto. Pero la doctrina canónica, que sería otra fuente menos contenciosa, menos afectada por cuestiones de controversia práctica, apela frecuentemente a esos mismos supuestos. Y cuando ofrece otros distintos, como veremos más adelante, pensamos que pueden inscribirse en una perspectiva muy parecida.

6. *Aspectos críticos de los intentos de fundamentación de la costumbre en la tradición, en la recepción, en el carisma y en el 'sensus fidei'.*

Aceptando el valor de reconstrucción doctrinal que demuestran algunas de propuestas anteriormente avanzadas, y aun contando con que han sido elaboradas por autores de relieve, considero sin embargo que conviene ofrecer alguna crítica sobre ellas, crítica que establezca sobre bases más firmes la fundamentación eclesiológica de la costumbre.

a) *Sobre la tradición.*

La costumbre no coincide ni se identifica con la tradición tal y como la diseñamos en su momento. El sujeto trascendente de la tradición es el Espíritu Santo; y el sujeto inmediato de la tradición es la Iglesia en su conjunto, desde el último fiel al Obispo de Roma, cada uno según su función y su ministerio. Y es la revelación sobrenatural del Señor lo que constituye el objeto de la Tradición. Ya se ve que ni por el elemento subjetivo ni por el elemento objetivo puede identificarse la Tradición con la costumbre. La costumbre no tiene por qué tener (y habitualmente no tiene) un sujeto universal o general. Y su materia no tiene por qué versar (y ordinariamente no versa) sobre contenidos de origen revelado.

Es verdad que el proceso intertemporal de transmisión, y el carácter comunitario del sujeto transmisor, que son características comunes a la tradición y a la costumbre, llevó consigo que en su origen se atribuyeran de un modo un tanto indiscriminado los efectos de la una a la otra y que se distinguiera poco entre tradición y costumbre⁽⁴⁰⁾. Pero cuando la doctrina maduró — es decir, cuando se vio la necesidad de distinguir — los autores se ocuparon de ofrecer una acepción más precisa de cada una de ellas⁽⁴¹⁾.

Es también bastante probable que, de modo consciente o inconsciente, el prestigio normativo de la costumbre haya descansado en su afinidad con la tradición. Sin embargo, se pueden rastrear las diferencias incluso en los modelos más primitivos de ambas categorías. La tradición venía a ser la fuente constitutiva de la norma de la fe y del comportamiento. La costumbre era fuente de conocimiento en la que se leía la tradición. «*Traditio tibi praetendetur auctrix, consuetudo confirmatrix*»⁽⁴²⁾. La costumbre tenía la configuración material de un hecho, la tradición era el elemento formal al que ese hecho remitía. La tradición «frecuentemente aparece como presupuesto de la costumbre legítima»⁽⁴³⁾, nunca como resultado de

(40) Cfr. J. GAUDEMET, *La coutume en droit canonique*, en «*Revue de Droit Canonique*» 38 (1988), pp. 226-227. Gaudemet considera insuficientes los datos ofrecidos por algunos autores (Braun, Beck) para establecer una diferencia incipiente entre costumbre y tradición (o entre Tradición y tradiciones) en Tertuliano y Cipriano, los dos testimonios más primitivos del uso de ambos términos. Y descalifica también, por insuficiencia de fundamentación, las teorías explicativas elaboradas por canonistas posteriores (Wehrlé, Van Hove) para diseñar la diferencia entre una y otra fuente. Me parece sin embargo que los datos históricos consienten elaborar estas teorías. No son absolutamente probatorias (porque los datos no fuerzan irresistiblemente en esa dirección), pero resultan las más razonables.

(41) Cfr. I. IBÁN, *Notas acerca de la costumbre en el derecho canónico*, en «*Il diritto ecclesiastico*» 97 (1986), I, p. 275. Gaudemet fija el s. XIII como una fecha en la que ya está claramente establecida la diferenciación técnica de ambas nociones: «*L'individualité de la coutume s'affirme dans un vocabulaire désormais plus précis. Consuetudo a désormais une portée juridique. Il s'agit d'une source de droit, alors que l'Usus reste la pratique, un simple fait et que Traditio se réfère à la transmission du Message de la foi*» (J. GAUDEMET, *La coutume*, cit., p. 237).

(42) TERTULIANO, *De corona*, 4, PL 2, 80. Según Gaudemet «le jeu rhétorique interdit de tirer quelqu'argument d'un tel passage» (J. GAUDEMET, *La coutume*, cit., p. 227, nota 5).

(43) A.M. STICKLER, *La norma canonica nel primo millennio della Chiesa*, en «*La norma en el Derecho canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho canónico. Pamplona 10-15 de octubre de 1976*», I, Pamplona 1979, p. 44.

ella. Las palabras de los Padres y escritores eclesiásticos más antiguos sugieren que no eran la intertemporalidad ni la antigüedad en sí mismas las que autorizaban la costumbre, sino la verdad que reflejaba el uso como testimonio de la tradición⁽⁴⁴⁾. Dicho con otras palabras, el título que se alega para la autoridad del uso es, incluso en esos primeros momentos, el carácter apostólico del origen y no tanto su carácter consuetudinario⁽⁴⁵⁾.

Por lo demás, hay una neta diferencia entre la costumbre del primer milenio y la costumbre como fuente de derecho que comienza a configurarse en los inicios del segundo milenio. «No hay ninguna alusión durante el primer milenio a una teoría general del derecho: lo único que preocupaba a los autores era el valor de la costumbre; y además se trataba más bien de una preocupación jerárquica»⁽⁴⁶⁾; es decir, la cuestión residía en conocer qué costumbre gozaba de una autoridad superior, cuál tenía un origen más digno o una génesis de más peso. No se miraba tanto a la comunidad introductora, y al carácter de la conducta que introducía, sino al título original en el que se apoyaba ese comportamiento.

Por eso, a nuestro juicio, hay que ser cautos a la hora de establecer una sintonía demasiado densa entre la tradición y la costumbre⁽⁴⁷⁾. El dinamismo de la tradición y el de la costumbre, guar-

(44) Tal vez el testimonio más relevante en la doctrina sobre la costumbre de los primeros siglos es que la verdad y la razón prevalecen sobre el uso. En este sentido son definitivas, y constantemente citadas a lo largo del primer milenio, las afirmaciones de Tertuliano: «sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit» (*Liber de virginibus velandis*, 1, PL 2, 889); de Cipriano: «nam consuetudo sine veritate vetustas erroris est» (*Epistola ad Pompeium*, 9, PL 3, 1181); y de Agustín: «ratio et veritas consuetudini praeponenda est» (*De Baptismo contra Donatistas*, 4, 5, PL 43, 157). Cfr J. GAUDEMET, *La coutume*, cit., pp. 228-229; G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 28.

(45) Decía Le Bras: «A diferencia de las costumbres que se han consolidado lentamente (...), ciertas disposiciones pasan por ser obra personal de los epígonos del grupo apostólico: así se arraigó la sustitución del sabbat por el domingo, la obligación de ciertos ayunos, diversos preceptos litúrgicos. Tal vez se trataba de la tentación de atribuir orígenes privilegiados a todas las reglas anónimas que se consideraban esenciales» (G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Bologna 1976, p. 60). «En otros términos, [quizá se trataba de] elevar la costumbre al rango de tradición. La naturaleza y el alcance de esta promoción no han sido siempre debidamente valorados por antiguos y modernos: exigen reflexión» (*Ibid.*, p. 60, nota 65).

(46) G. LE BRAS, *La Chiesa del diritto*, cit., pp. 18-19.

(47) Nada impide, ciertamente, que la costumbre jurídica constituya un cauce de-

dando como guardan analogía en muchos aspectos, tienen un ámbito de operatividad y un modo de expresión muy distinto. El dinamismo de la costumbre muy frecuentemente afecta a cuestiones de tono menor y tiene una fenomenología muy lejana a los contenidos de la fe y de la moral reveladas. Por eso, la recuperación eclesiológica de la costumbre no puede descansar sobre su pura analogía externa con la intertemporalidad y el carácter comunitario de la tradición.

Ni siquiera podemos decir que la fenomenología de la costumbre, tal como se elabora a partir del segundo milenio cristiano, guarde especial sintonía con el paradigma de costumbre que está en la base de las 'tradiciones eclesiales'; es decir, de aquellas tradiciones que determinan el núcleo constitutivo de doctrina, de liturgia, de disciplina y de espiritualidad de las antiguas Iglesias rituales autónomas. Entre otras cosas porque ese núcleo de costumbres primordiales no establece su fuerza simplemente por razón de la operatividad comunitaria sino que reclama para sí, como es bien sabido, un fuerte apoyo en la antigüedad cristiana y en la ley escrita (en los 'sacri canones')⁽⁴⁸⁾.

b) *Sobre la recepción.*

El concepto de recepción, abundantemente usado a lo largo de estos últimos veinte años en la eclesiología, « es una noción compleja, que corre el riesgo de convertirse en una noción 'passe-partout' o, como dicen los anglosajones, en un 'catch all' »⁽⁴⁹⁾. Por ello, a nues-

clarativo de tradición. El problema vendría de emparentar de un modo demasiado intenso la tradición y la costumbre. Como si, en el ámbito de los medios de positivación del derecho divino (que son muy variados: la ley, el comportamiento comunitario, la doctrina teológica y espiritual, las decisiones de la autoridad), existiera una proximidad más profunda y de grado diverso entre ambas, en comparación con el resto de las fuentes de positivación. Eso resultaría tan inconveniente como decir, por ejemplo, que la ley canónica — por ser eventualmente cauce declarativo de derecho divino — constituye un modo infalible de formular el derecho, o una fuente de derecho vinculada de suyo a la declaración de revelación sobrenatural. El caso es significativo, porque ley y costumbre tienen *eadem vis* y operan *in eadem materia*.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. I. ZUZEK, *Incidencia del « Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium » nella storia moderna della Chiesa universale*, en « Ius in vita et in missione Ecclesiae », Città del Vaticano 1994, pp. 677-685.

⁽⁴⁹⁾ G. ROUTHIER, *La réception*, cit., p. 63. Puede observarse hasta qué punto se entiende expansiva la noción en las siguientes palabras de Routhier: « Está [la recepción] en el corazón de la relación entre Dios y su pueblo, en el corazón de las relaciones entre las personas dentro de la Iglesia y en el corazón de las relaciones entre las Iglesias

tro parecer, conviene estudiar de modo más crítico y maduro el concepto y la funcionalidad de la recepción. No se puede negar su existencia, pero en el actual estado de la doctrina se trata de un concepto «polisémico»⁽⁵⁰⁾ y sus aplicaciones no son homogéneas. En el fondo se reduce al concepto de influjo relacional de las instancias implicadas en una realidad viva. Allí donde existe un fenómeno de alteridad, de reciprocidad, de mutua implicación entre dos instancias eclesiales que se encuentran enlazadas o relacionadas, allí se habla de recepción, de actividad receptora de una por la otra. Y de este modo, todo se resuelve en un acto recepticio, que además no hace sino reflejar la recepción que la Iglesia hace en el Espíritu Santo del Hijo enviado por el Padre.

Así pues, todos son actos recepticios: la acogida que la Iglesia realiza de un concilio, la fijación del canon bíblico, la aceptación de ministros ajenos por parte de las Iglesias locales, la aceptación de ministros propios hecha por la comunidad a la que van a servir, la aceptación que la comunidad realiza de la ley canónica, la aceptación de las propuestas doctrinales por parte de las Iglesias y comunidades eclesiales en el diálogo ecuménico, la convalidación de los actos jurídicos por parte del romano Pontífice, la validación que efectúa la autoridad católica de los sacramentos administrados en una comunidad herética.

Pensamos por eso que no se puede otorgar sin más una operatividad homogénea (unos efectos idénticos) a una noción que no es unívoca, sino que tiene una naturaleza fuertemente analógica y tal vez equívoca en algunos puntos. Por ejemplo, no se puede comparar proporcionadamente la recepción que la Iglesia llevó a cabo del símbolo nicenoconstantinopolitano, o del Concilio de Calcedonia, o del canon bíblico, con la acogida que para una comunidad merece una determinada ley canónica o con el 'consensus' comunitario de la costumbre⁽⁵¹⁾. No sólo ni principalmente por la distinta entidad de las

locales y las 'Iglesias' de las diversas confesiones cristianas. Por último, este proceso [de recepción] remite también a las relaciones entre la Iglesia, la cultura y la sociedad» (*ibid.*, p. 65).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Ibid.*, p. 63.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Y. CONGAR, *La recepción*, pp. 59-70 (para los Concilios y los asuntos doctrinales); pp. 71-73 (para el derecho y la disciplina). Puede notarse un notable y lógico desequilibrio entre unas y otras fuentes y también en el tipo de argumentación.

cuestiones. Sobre todo por la distinta cualidad de los sujetos receptores.

Otras veces no se trata sólo de desproporción, sino de posibles colisiones recepticias. Por ejemplo, la recepción que la comunidad hace del acto de la autoridad puede colisionar con la recepción que la autoridad hace del acto comunitario. Es muy difícil fundar el presupuesto eclesiológico de una institución — en nuestro caso la costumbre — sobre una noción tan lábil.

Además, el modelo recepticio aplicado a la costumbre conduce, directa o indirectamente, a entender el ‘consensus’ comunitario como un elemento entrañado en el mismo ejercicio de la potestad. La comunidad participaría de la potestad canónica en un plano de identidad o de simetría con el legislador. El comportamiento comunitario constituiría por lo menos una fase o en un trámite necesario de la actividad nomogenética. Pensamos que existen otros modos de entender la postura activa de la comunidad, e incluso su efectiva causalidad eficiente en la creación de la norma consuetudinaria, sin necesidad de apelar a este recurso.

c) *Sobre el carisma.*

Un somero repaso de la fenomenología de la costumbre clásica y moderna lleva a la conclusión, sin ningún género de dudas, de que su fundamentación eclesiológica no puede descansar en el carisma. Que el carisma pueda constituir en algunas ocasiones presupuesto de algunas costumbres puede aceptarse. Pero que constituya la base teológica que dé razón de la norma consuetudinaria no encuentra refrendo alguno en la historia y desorbita completamente la función de la costumbre. La mayor parte de los comportamientos consuetudinarios se producen en cuestiones que miran a la adecuación de la vida social, a un conveniente desarrollo de la vida jurídica; cuestiones, por otra parte, fuertemente afectadas por la contingencia y que no responden a la ‘unción del Santo’ ni por su relieve externo ni por el ‘animus’ de la comunidad introductora.

No hay inconveniente, por supuesto, para considerar determinados comportamientos carismáticos (es decir, suscitados por una gracia ‘gratis data’ con inmediata repercusión en la edificación de la Iglesia) como conductas capaces de generar derecho consuetudinario. Pensemos por ejemplo en el carisma originario de los institutos de vida consagrada. Ese carisma contiene elementos espirituales, modos de participar en la evangelización y también elementos organiza-

tivos que pueden convertirse en norma jurídica a través de la costumbre. Por volver a los ejemplos clásicos: Inocencio III no sólo alaba, sino que convierte en ley para otras órdenes religiosas, la costumbre de los abades del Císter de reunirse periódicamente en capítulo⁽⁵²⁾; e impone igualmente por ley la obligación del silencio perpetuo, vivida consuetudinariamente por algunos monasterios⁽⁵³⁾.

Pero hay que tener presente que los carismas podrán desembo- car en realidades jurídicas en la medida en que generen conductas que sean llevadas a cabo 'cum animo ius inducendi'. Dicho con otras palabras, en la medida en que creen condiciones jurídicamente organiza- tivas en el conjunto social. La costumbre jurídica no se introduce simplemente 'cum animo se sanctificandi', 'cum animo charitatis', 'cum animo liberalitatis'. A esas actitudes no se les puede atribuir la capacidad de obligar de una norma jurídica. Son (en sentido abso- luto) considerablemente más valiosas que el ánimo 'ius inducendi', pero no son previsiones jurídicas, no están orientadas para obligar en su despliegue al conjunto de la comunidad (ni por su propia na- turaleza podrían hacerlo). No se llevan a cabo para crear derecho, aunque puedan generar usos determinados y hábitos de comporta- miento comunes.

d) *Sobre la 'actuositas Spiritus'.*

En sintonía con lo que acabamos de decir, no hay más remedio que aludir al c. 1506 § 1 del CCEO: «Consuetudo communitatis christianae, quatenus actuositati Spiritus Sancti in corpore ecclesiale respondet, vim iuris obtinere potest». Esta indicación normativa pa- rece mostrarse favorable precisamente hacia todo aquello frente a lo que nosotros acabamos de mostrarnos tan críticos.

El Código latino y el de las Iglesias orientales son dos sistemas jurídicos tendencialmente plenos, distintos, independientes y exclu- sivos. Nadie duda acerca de esto: no se puede hacer apelación de uno a otro para extraer criterios jurídicos aplicables, ni para inter- pretar las normas, ni siquiera para suplir las lagunas de ley. Pero aun así, si sobre una misma materia ambos Códigos muestran dife- rencias sustanciales, que no afectan tan sólo al régimen de las insti-

(52) X III, 35, 7.

(53) X III, 35, 6. Este supuesto y el de la nota anterior son citados por R. WEHLÉ, *De la coutume*, cit., pp. 106-107.

tuciones, sino a la formulación misma de los conceptos, eso no deja de crear problemas al ordenamiento canónico. No se trata sólo de si las costumbres necesitan un plazo mayor o menor para consolidar su fuerza normativa, ni de saber si las costumbres contra ley precisan o no ánimo de introducirlas o de qué tipo de consentimiento requieran. Lo que está en juego es el concepto mismo de costumbre.

¿Qué modelo de costumbre canónica tiene el legislador del CCEO delante de los ojos para diseñar esta noción tan espiritual? A nuestro juicio no sería nada extraño que el legislador tuviera ante él los cc. 27-28 y 39-40 del CCEO. En esa clave, es decir, en el clima de las Iglesias rituales *sui iuris* y de los ritos, se puede entender mejor el c. 1506. Pensamos que el legislador no está mirando primariamente a las comunidades cristianas *interiores* a las iglesias rituales, sino a las iglesias rituales mismas. Cada una de esas iglesias rituales sería la «*communitas christiana*» de que habla el c. 1506. Tiene delante de los ojos el patrimonio teológico, espiritual y litúrgico de esas iglesias rituales. Ese patrimonio se configuró, al menos en parte, de modo tradicional y es muy posible que el legislador haya pensado que en ese diseño intervino la costumbre canónica. No es improbable que el *Codex canonum Ecclesiarum orientalium* ofrezca un modelo de normatividad comunitaria que no se ajuste a la 'canonica consuetudo' de la tradición latina.

¿Puede justificarse esta presunción con algún otro dato, además de la apelación a la «*actuositas Spiritus Sancti*»? Encuentro dos indicios en el régimen de la costumbre canónica del Código oriental que pueden inscribirse en la misma dirección. El c. 1506 — al contrario que el c. 23 del CIC — no habla para nada del consentimiento del legislador, como si la costumbre que ahí se diseña no necesitara esa aprobación, como si se impusiera sobre el legislador mismo. Y tampoco se hace indicación alguna (ni en el c. 1506 ni en ningún otro) acerca del «*animus ius inducendi*». Se habla tan sólo de «*la praxis continua y pacífica*» de introducción, como si la costumbre se apoyara no tanto en la actividad voluntaria de la comunidad, sino en un título original y previo (es decir, en la tradición apostólica o por lo menos en la más venerable antigüedad cristiana).

e) *Sobre el 'sensus fidei'*.

El interesante intento de radicar el fundamento de la norma consuetudinaria en el 'sensus fidei' del Pueblo de Dios ha recibido una aguda crítica, a la que sustancialmente nos adherimos, por parte

de Giuseppe Comotti⁽⁵⁴⁾. El texto de LG 12 advierte, como dijimos, que «la totalidad de los fieles que tienen la unción del Santo (I Io. 2, 20 y 27) no puede equivocarse en la fe», aunque afirma a continuación que «se manifiesta esta propiedad suya tan peculiar en el sentido sobrenatural de la fe de todo el pueblo: cuando “desde los obispos hasta el último de los laicos cristianos” (S. Agustín, *De praed. sanct.* 14, 27: PL 44, 980) muestran estar totalmente de acuerdo en cuestiones de fe y de moral».

De estas palabras puede colegirse que: 1) el consenso debe constar con certeza y claridad; 2) tiene que ser universal, implicando al conjunto del Pueblo de Dios; 3) debe afectar exclusivamente a cuestiones de fe y de moral; 4) el ‘consensus’ radica en el entendimiento y en la voluntad interna y constituye una persuasión.

Es fácil descubrir que estas condiciones resultan inaplicables a la costumbre canónica. Difícilmente las costumbres implican al Pueblo de Dios en su totalidad. Difícilmente afectan exclusivamente a materias de fe y de moral. Nunca consisten tan sólo en persuasiones, sino que se consolidan con actos sociales relevantes y públicos.

A esta última dificultad podría oponerse (y se ha opuesto de hecho) el argumento de que el ámbito de competencia del ‘sensus fidei’ es la práctica, la experiencia vital cristiana⁽⁵⁵⁾. No cabe la menor duda de que la experiencia cristiana es el ámbito de percepción del ‘sensus fidei’ y que es también el estímulo permanente para su ejercicio. Pero el ‘sensus fidei’ no se resuelve ni consiste en la experiencia. La experiencia es fuente de conocimiento del ‘sensus fidei’, nunca un factor genético esencial; es un permanente instrumento de estímulo, no el elemento constitutivo originario. El ‘sensus fidei’ es un sentido sobrenatural de la fe y por lo tanto una persuasión que embarga la mente y el corazón del pueblo creyente. Es en el corazón donde unge el Espíritu Santo. En el caso de la costumbre, sin em-

(54) Cfr. G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 104-115. También se había manifestado en términos semejantes S. GHERRO, *Normazione canonica e Popolo di Dio (qualche riflessione sui cann. 7 e 23)*, en «Studi sul Primo Libro del Codex Iuris Canonici» (a cura di S. GHERRO), Padova 1993, pp. 98-101.

(55) Es indudable que la experiencia vital cristiana tiene un lugar natural en el ‘sensus fidei fidelium’, que se desarrolla bajo el constante estímulo de la experiencia de la fe. Pero «si può allora parlare non tanto di “una esperienza che proviene dall’intelligenza”, quanto di “un’intelligenza esperienziale che proviene dal vissuto” (Z. Alszaghy)» (G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 113).

bargo, los actos introductorios son elemento necesario y esencial para la constitución jurídica de la norma. Evidentemente esos actos proceden de un ‘animus’ racional; pero sin los actos introductorios, sin el auténtico influjo social, el ‘animus’ ni siquiera existiría.

Pero sobre todo, como ya hemos indicado, el problema fundamental radica en el objeto mismo del ‘sensus fidei’. Captar el objeto de la fe no es la funcionalidad propia de la costumbre canónica. «Non si vede cioè come, in termini giuridici, la produzione di una norma consuetudinaria possa ritenersi “qualcosa di meno” e non invece *qualcosa di diverso* rispetto al sentire in intima concordanza con l’oggetto della fede»⁽⁵⁶⁾.

7. *La fundamentación eclesiológica de la costumbre en la ‘communio’ y en los ‘munera Christi’.*

La ‘communio’ está entrañada en toda la actividad eclesial, y por lo tanto también en la costumbre, como ha mostrado la mejor doctrina canónica. Pero el concepto de ‘communio’ tiene también algún problema para constituir la base teológica específica de la costumbre. Se trata de un concepto abierto y omnicompreensivo, capaz de reflejar toda institución eclesial, en la misma medida en que la noción sirve precisamente para connotar a la Iglesia misma. No es un concepto que sirva para caracterizar y especificar, porque ha nacido para unir. No distingue a una institución de otra, no presta un apoyo específico de calificación, porque en todas las materias e instituciones canónicas se encuentra presente la comunión. Más que un fundamento específico es una condición indispensable para el relieve eclesial de la costumbre. Toda costumbre — como todo acto de potestad canónica — debe respetar y mostrar la ‘communio fidelium’ y la ‘communio hierarchica’.

Por otra parte la ‘communio’ no explica la actividad comunitaria en sí misma. No da razón de los actos introductorios de costumbre, sino del *modo* de esa introducción. No dota a la comunidad, en sentido estricto, de capacidad activa, sino que inscribe esa capacidad en el cauce que le corresponde. La ‘communio’ es un reflejo del ser de la Iglesia presente en toda su organización institucional, pero no otorga un principio de obrar subjetivo, ni personal ni comunitario.

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, pp. 113-114.

La participación de los fieles en los 'munera Christi' subraya mejor el carácter activo del Pueblo de Dios en la edificación de la Iglesia; en este sentido los 'munera Christi' (y especialmente el 'munus regendi') pueden servir con mayor garantía como fundamento eclesiológico de la costumbre canónica. De todas formas tampoco la participación en los 'munera Christi' constituye un presupuesto *exclusivo* de la costumbre. Cualquier acto de los fieles (no sólo los actos que introducen costumbre jurídica) lleva consigo el ejercicio de esos 'munera'. Un acto de aceptación de ley puede ser también, por ejemplo, un ejercicio de corresponsabilidad comunitaria en la edificación de la Iglesia.

8. *Contingencias históricas y doctrinales que afectan a la comprensión teológica del comportamiento consuetudinario.*

La costumbre no se justifica desde una perspectiva exclusivamente teológica. Dicho más exactamente, no se puede dar razón de la costumbre exclusivamente con los instrumentos propios y típicos de la teología sobre la Iglesia. Para comprenderla y darle su verdadero sentido es preciso hacer intervenir al derecho y permitir que valore los hechos sociales. Hace falta también oír a la historia. Por muy impregnada que esté de componentes metahistóricos y metajurídicos, la costumbre surge como una exigencia histórica y jurídica del ordenamiento canónico. Si intentáramos explicarla sólo desde sus componentes metajurídicos y metahistóricos la costumbre resultaría difícilmente comprensible; y creyendo que hablábamos de la costumbre probablemente estaríamos hablando de otra cosa.

Hay una serie de contingencias históricas y doctrinales que modifican el modelo habitual que se puede tener de comunidad y de costumbre. Muchas veces las reflexiones sobre la costumbre se hacen desde categorías muy teóricas, con una perspectiva fuertemente conceptual, que no se compagina con la realidad consuetudinaria en su acontecer histórico y en su itinerario doctrinal. Como si la costumbre fuese siempre la conducta de una comunidad unánime, guiada por el Espíritu Santo, y embargada por una viva conciencia de introducir derecho.

No es infrecuente que frente a esos conceptos ideales surjan, en la historia y en la doctrina, elementos que relativizan esos esquemas, es decir, anomalías del modelo teórico. Pero esas anomalías no son

simplemente quiebras de modelo típico, sino medios que permiten conocer más a fondo la realidad de la norma consuetudinaria.

a) *La comunidad 'distributive sumpta'*.

La comunidad introductora de costumbre no es ordinariamente una comunidad completa ('collective sumpta')⁽⁵⁷⁾. Dicho de otro modo, no todos los miembros de una comunidad institucional (una diócesis, una provincia eclesiástica, una parroquia) intervienen en la confección de la norma consuetudinaria ni se ven obligados por ella. No estamos hablando aquí de la 'pars major aut sanior', es decir, del modo de computar la totalidad moral de un grupo, sino de los sujetos a los que corresponde por razón de la materia la introducción de la costumbre. Análogamente a lo que sucede con las leyes (que obligan «a todos aquellos para los que han sido dadas» según nos indica el c. 12 § 1 para las leyes universales), el supuesto de hecho consuetudinario afectará, en el ámbito que les corresponda (universal o particular), a una especie determinada de fieles. Pocas costumbres son verdaderamente generales; es decir, pocas afectan en su ámbito (universal o particular) a todos los fieles. Por eso, cuando se habla de la comunidad introductora de costumbre se habla de una comunidad 'distributive sumpta'. La comunidad directamente introductora de costumbre no tiene (o no es necesario que tenga) una descripción comparable con las comunidades cristianas típicas, ni opera de un modo orgánico y unánime.

Es cierto que «para la inducción de norma consuetudinaria se requiere evidentemente que toda la comunidad, tomada colectivamente, conspire hacia la observancia del uso»⁽⁵⁸⁾. Es decir, aunque no todos los fieles de una comunidad intervengan directamente en la confección de la norma consuetudinaria con su conducta, todos in-

⁽⁵⁷⁾ «*Communitas ad consuetudinem inducendam apta (sicut communitas pro qua a Superiore directe conditur lex proprie dicta) non solummodo intelligitur communitas tota collective sumpta seu universalitas omnium membrorum ad eam de facto pertinentium (v.g. dioecesis, in quantum comprehendit omnes fideles in ea domicilium aut quasi-domicilium habentes, laicos et clericos, viros et feminas) sed et communitas distributive sumpta, idest sola determinata classis aut categoria membrorum ad hanc communitatem collective sumptam pertinentium speciali muneri addictorum vel in speciali conditione aut in specialibus circumstantiis versantium (v. g. in dioecesi soli clerici, religiosi, advocati, mercatores, operarii)*» (G. MICHELS, *Normae generales*, cit., pp. 55-56).

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 56.

tervienen con su aceptación y se ven involucrados en el uso. Pero este grado de participación o de *conspiración* hacia la observancia, aunque resulta jurídicamente relevante, sirve muy poco a efectos de diseñar ontológica o eclesiológicamente una comunidad. Existen categorías subjetivas capaces de introducir costumbre cuyos miembros guardan entre sí una relación muy tenue y que difícilmente se acomoda al concepto de comunidad (testigos en un juicio, incursores en una pena, propietarios de un bien, titulares de un oficio). Y eso hace muy difícil concebir a la comunidad introductora con los rasgos típicos de una comunidad institucional que obra al completo y orgánicamente, aunque todos sus miembros se vean sin duda involucrados virtual o remotamente en el uso comunitario.

b) *Las comunidades anómalas.*

Aunque resulta muy discutible desde el punto de vista técnico, goza de una considerable aceptación de la doctrina la opinión de que los tribunales y las curias administrativas son sujetos capaces de crear costumbre, o al menos de inducirla⁽⁵⁹⁾, a través de la jurisprudencia y de la praxis administrativa⁽⁶⁰⁾. El modo homogéneo de resolución de las controversias y del ejercicio de la potestad administrativa 'transit in consuetudinem'. A nuestro juicio es muy dudoso que se pueda hablar de comunidad capaz de costumbre en el caso de los tribunales y las curias⁽⁶¹⁾. Pero es difícil negar que constituyen el ele-

(59) Cfr. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 176-185.

(60) Cfr. Ch. LEFÉBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique. Contribution historique et doctrinale à l'étude du canon 20 sur la méthode et les sources en droit positive*, Paris 1938, pp. 256-257. Sobre la capacidad del estilo y de la praxis administrativas para generar derecho consuetudinario, cfr P. LOMBARDIA, *Ley, costumbre y actos administrativos en el nuevo Código de Derecho canónico*, en «Escritos de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado», V, Pamplona 1991, p. 131.

(61) Cuando se habla de la praxis administrativa y de la jurisprudencia como costumbre jurídica hay que tomar las debidas cautelas. La jurisprudencia y la praxis (el tradicional 'stylus curiae') no constituyen de suyo costumbre jurídica. Falta para ello comunidad capaz de introducirlas y es más que dudoso el ánimo de introducir derecho y la homogeneidad de los actos a través de los cuales se manifiesta el uso. Puede suceder sin embargo que las decisiones jurisprudenciales y administrativas se conviertan en normativas por un nuevo título. Porque acceda el consentimiento expreso del legislador (y entonces se convertirán en ley), o del que tiene potestad ejecutiva (y entonces se convertirán en norma administrativa), o porque de tal modo impregnen el sentir comunitario que la comunidad efectivamente las haga suyas (y entonces tendremos efectivamente una costumbre). Por eso no se puede aceptar sin más que la costumbre sea «el uso su-

mento activo más vigoroso para la introducción, es decir, los que inducen el 'animus' de la comunidad. De todas formas — se piense lo que se piense de ello — la capacidad de introducir costumbre por parte de estas comunidades anómalas ha sido el recurso técnico que se ha utilizado para dar relieve normativo al conjunto de decisiones acordes de los órganos judiciales y administrativos. Este tipo de comunidades anómalas se parecen muy poco al modelo de comunidad cristiana clásico y que constituye el presupuesto de fondo de los planteamientos eclesiológicos que antes hemos mencionado.

c) *Sobre el comportamiento unánime.*

La unanimidad es otra de las piezas que configuran el diseño ideal de la costumbre. Un pueblo unánime que obra movido por un motivo idéntico y común. Esto tiene una expresión máxima en el caso de la costumbre canónica, a la que se atribuye un origen espiritual (la actividad del Espíritu) que unificaría a la comunidad otorgándole un mismo sentir. Nadie puede negar que estas conductas unánimes de carácter espiritual tienen su lugar en la vida de la Iglesia, en la que han de existir, con la frecuencia que disponga el Espíritu Santo, auténticos plebiscitos de unanimidad espiritual. Pero las costumbres jurídicas no tienen esta fisonomía. Como hemos dicho, son habitualmente sectores determinados de la comunidad los que las introducen.

De otra parte no se debe olvidar que las costumbres canónicas nacen frecuentemente en el campo de las competencias y de los sujetos capacitados para ejercer determinadas funciones. Y se alegan en situación de conflicto. La mayor parte (casi la totalidad) de las costumbres canónicas de las que tenemos noticia en la historia las conocemos por las alegaciones contrarias de los que se oponían a ellas. La fuente de conocimiento de la costumbre son las decretales pontificias, que zanján conflictos eclesiásticos, los dictámenes para la so-

ficientemente prolongado en el tiempo y acreditado en la conciencia de los jueces» (G. SARACENI, *Consuetudo est optima legum interpres (Contributo all'interpretazione del can. 29 C.J.C.)*, en «Ephemerides iuris canonici» 4 (1948), p. 94). La conciencia de los jueces no hace costumbre en sentido propio, porque no son comunidad capaz de introducirla, aunque sin duda pueden constituir un instrumento canónico de relieve para inducir el 'animus' comunitario. Se muestra crítico frente a la posibilidad de entender la jurisprudencia como un cauce consuetudinario, Z. VARALTA, *De jurisprudentiae conceptu*, en «Periodica de re morali canonica liturgica» 62 (1973), p. 47.

lución de controversias por parte de las Congregaciones romanas, las sentencias judiciales, que estiman hasta qué punto están probadas las costumbres que se alegan. Aunque las costumbres generen derecho objetivo, pueden desembocar a veces en situaciones de dialéctica intracomunitaria. Un uso puede ser introducido solidariamente por la comunidad en su conjunto, pero una parte de la comunidad puede en un momento posterior denunciarlo. Y lo que es más frecuente: puede ser introducido por una 'communitas selective sumpta' (por una determinada clase de personas) e involucrar en su despliegue al resto. Pero esa conspiración común puede romperse cuando los que viven la costumbre de un modo menos activo se sienten, por un cambio de circunstancias, perjudicados por el uso. Y atribuyen el protagonismo consuetudinario sólo a los introductores activos, que es a los que más claramente beneficia.

d) *La costumbre 'mixta cum praescriptione'* (62).

No siempre es fácil distinguir dos conceptos jurídicos, sin duda diversos (teóricamente diferenciados, también en el régimen codicial), pero muy próximos en la práctica, como son la costumbre y la prescripción de situaciones jurídicas beneficiosas frente a terceros (63). Entre prescripción y costumbre existen, como es bien sabido, notables diferencias. «El fin de la costumbre se ordena a la generalidad, con el objeto de crear un derecho público, y no apropiable sino común; la prescripción se ordena a la adquisición de un derecho privado y apropiable» (64). La costumbre crea derecho objetivo y público, la prescripción opera en el ámbito del derecho privado. Participan ambas sin embargo de un sustrato común que es la intertemporalidad, es decir, el lapso de tiempo que produce la modificación de una situación jurídica. En el derecho canónico ha existido siempre, por desgracia, una mezcla muy poco discrimi-

(62) Resumimos en este punto, con algunas variaciones, lo que escribimos en J. OTADUY, *sub* can. 26, en *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1996, pp. 455-457.

(63) Cfr. P. LOMBARDÍA, *sub* c. 25, en *CIC Pamplona*, p. 83; A. VAN HOVE, *De consuetudine...*, cit., pp. 10 y 174-175; también R. WEHRLÉ, *De la coutume*, cit., pp. 119-121, *in not.*, aunque Wehrlé entiende la prescripción solamente en clave extintiva de derecho.

(64) A. DE BUTRIO, *Super Prima Primi Decretalium commentarii*, L. I, tit. 4, c. 11 *Repetitio*, n. 49, Venetiis 1578, p. 84A.

nada de términos sobre este punto⁽⁶⁵⁾. Y en ocasiones se produce también cierta amalgama en los fenómenos jurídicos a que ambas instituciones dan lugar. Así se ha propuesto la existencia de una «consuetudo mixta cum praescriptione»⁽⁶⁶⁾. Esto significa que en la alegación forense de la costumbre es muy extraño que no exista la afectación del interés de una persona física o jurídica; es decir, que no esté implicada una situación subjetiva de índole privada. «Nadie litigaría fácilmente con tantos gastos sobre la simple derogación de ley por costumbre contraria si al tiempo no concurriese un interés privado»⁽⁶⁷⁾. En estos casos se debe descubrir si lo que se alega no es mera prescripción de derechos subjetivos. Pero si se producen todas las condiciones de la introducción de costumbre (comunidad capaz, ánimo de introducir derecho), lo más probable es que nos hallemos ante una costumbre jurídica en cuyo despliegue algunos miembros de la comunidad (no terceros ajenos) quedan en situa-

⁽⁶⁵⁾ Por eso, en un primer momento se aplicó indistintamente el concepto de prescripción a todo fenómeno jurídico intertemporal, tanto en el ámbito del derecho objetivo como del subjetivo. Pero pronto se advirtió que no podía generalizarse la analogía. Sólo en un sentido impropio podía entenderse que se cumplían las condiciones de la prescripción en el supuesto de costumbre (como si hubiese dos situaciones jurídicas en colisión, la del legislador y la de la comunidad introductora). Sobre todo los civilistas entendieron que existía una sustancial diferencia entre la prescripción y la costumbre. La prescripción (con sus condiciones propias de justicia, de título jurídico y de buena fe, y con los límites naturales respecto al objeto disponible) quedaba destinada a regir las relaciones privadas o singulares, mientras que la costumbre se reservaba para la creación de derecho objetivo y público, presentando supuestos normativos con generalidad. Los canonistas aceptaron en general esta postura (por lo demás incontrovertible), pero continuaron empleando el término de 'costumbre prescrita' para aquella que cobraba valor por el transcurso del tiempo. Por eso, en general, el término prescripción aplicado a la costumbre dejó de connotar adquisición de un derecho subjetivo para significar simplemente la sujeción al lapso del tiempo exigido por la ley (o incluso a las condiciones 'prescritas' por la ley). Pero el término no se abandonó porque tenía a su favor el uso de Gregorio IX en la decretal *Cum tanto*, texto que fijaba los fundamentos mismos del derecho consuetudinario canónico. Para algunos autores, la confusión endémica de estos términos ha ocasionado los problemas más grandes para la comprensión de la costumbre canónica: cfr. J. ARIAS GÓMEZ, *Racionalidad y buena fe en la introducción de la costumbre*, en «*Ius canonicum*» IV (1964), p. 93; cfr también J. FORNÉS, *La costumbre «contra legem»*, hoy, en «*La norma en el Derecho canónico*», cit., pp. 771-778.

⁽⁶⁶⁾ Como propone A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 172-176. La expresión está tomada de una sentencia rotal de 18.VII.1914 (AAS 6 (1914), p. 556).

⁽⁶⁷⁾ A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Lib. I, tit. 4, n. 109, Paris 1864, p. 286.

ción desventajosa. Eso no es en sentido técnico prescripción, pero se inscribe en la misma línea que hemos alegado anteriormente. La costumbre no requiere la unanimidad del comportamiento comunitario, ni repugna a la costumbre canónica la existencia de situaciones intersubjetivas de controversia.

e) *El ánimo interpretativo* ⁽⁶⁸⁾.

En el Código viejo se pedía que la comunidad, al introducir costumbre según ley o extralegal, manifestase ánimo de obligarse (c. 28 CIC 1917). En el c. 25 actual se exige que la comunidad, para generar costumbre canónica, manifieste ánimo de introducir derecho ⁽⁶⁹⁾. Es decir, ahora se exige 'animus communitatis' para la costumbre contra ley, extremo que en la anterior ordenación normativa quedaba intencionalmente en la oscuridad. Entre los comentaristas del Código antiguo se generó una disputa sobre si la costumbre contra ley necesitaba 'animus' por parte de los introductores o si bastaba el « nudum factum non observandi legem » ⁽⁷⁰⁾, tal y como proponía

⁽⁶⁸⁾ Recogemos aquí, abreviado y con alguna pequeña variación, lo que escribimos en J. OTADUY, *sub can. 25*, en *Comentario exegetico*, cit., pp. 445-450. Puede encontrarse una completa exposición de las posturas doctrinales modernas acerca del 'animus communitatis' en la costumbre contra ley canónica, en P. PELLEGRINO, *L'« animus communitatis »*, cit., pp. 48-79 y 236-265.

⁽⁶⁹⁾ Sobre estos puntos hubo unanimidad en el *coetus* de consultores, cfr « *Communicaciones* » 16 (1984), p. 152.

⁽⁷⁰⁾ G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 94. Para Michiels (cfr. *ibid.*, pp. 100-107), la fórmula del antiguo c. 28 no podía ser valorada sólo como un silencio, sino que indicaba una positiva exclusión del 'animus', hecha por la ley misma. Así pues, si la comunidad introducía una conducta antilegal, bastaba el 'nudum factum non observantiae', sin voluntad alguna abrogatoria o de desvincularse del mandato legislativo. La ignorancia de la ley, el error sobre su existencia o su vigencia y la buena o mala fe en la que descansase la comunidad introductora (cfr. *ibidem*, pp. 110-126) tampoco eran operativos, ni tenían efectos jurídicos que viciasen el 'animus' (mal lo podían hacer, si éste era inexistente). En el fondo del silencio del CIC 1917 y de la fuerte toma de postura de Michiels se encerraba un problema moral de envergadura: cómo podía exigir el derecho intención expresa, voluntad explícita y sin error, de quebrantar la ley justa; eso era algo muy parecido a exigir la comisión de un pecado formal. Ciertamente, si uno adopta la postura del moralista « explicatio introductionis iuris consuetudinarii, sub respectu morali, non caret difficultate » (A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., p. 138). Pero la visión maximalista de Michiels no fue generalmente acogida por la doctrina. La réplica más característica fue de Van Hove (cfr. *ibid.*, pp. 109-119). Toda comunidad precisa, por la propia naturaleza de la norma consuetudinaria, 'animus inducendi ius' si quiere introducir una verdadera costumbre canónica. El CIC 1917 callaba el supuesto del 'animus'

Michiels. La mejor doctrina rectificó esta opinión de Michiels haciendo ver que el 'animus inducendi ius' es necesario en todo caso.

Ahora bien, ¿cuál es el tipo de 'animus' exigible? La solución de Van Hove⁽⁷¹⁾ indica que basta un ánimo hostil a la ley («animus legi infensus»); es decir, una intención que no necesita ser específicamente abrogatoria, sino genéricamente contraria. Y será suficiente también con que ese ánimo sea meramente interpretativo⁽⁷²⁾. Esto significa que la comunidad no necesita siquiera una intención actual y verdaderamente operante, sino una intención que se deduzca razonablemente de los hechos realizados. Si la comunidad obra así es señal de que no desea la ley o de que desea su abrogación.

El ánimo interpretativo ha sido frecuentemente caricaturizado por su condición irreal (no tiene un efectivo sujeto de inhesión) y por su naturaleza puramente especulativa. Fedele hizo observaciones muy agudas sobre la falta de realismo que supone atribuir a la comunidad introductora de cualquier costumbre un 'animus' que pretenda efectos verdaderamente jurídicos⁽⁷³⁾. No obstante, creemos que una comprensión cuidadosa del tema no excluye, sino que favorece, la adopción del ánimo interpretativo⁽⁷⁴⁾. Afirmar una voluntad

en la costumbre contra ley, pero no lo excluía ni modificaba lo inmodificable. Toda la tradición convergía hacia la aceptación del 'animus communitatis' en la costumbre antinómica y sólo una lectura sesgada del Código podía llevar a pensar lo contrario. No aceptarlo conduciría además a numerosas paradojas y contradicciones. Cualquier comportamiento solidario de la comunidad contra la ley comportaría en definitiva una abrogación, y la aprobación del legislador se haría depender del juicio de la propia comunidad acerca del provecho común y de la utilidad de la ley. Por lo tanto debía existir una motivación adecuada en la comunidad que explicara la respuesta positiva del legislador: el 'nudum factum' de la inobservancia no basta ni es capaz de generar consentimiento alguno razonable de la potestad legislativa. En otras palabras, si queremos movernos dentro del derecho consuetudinario, es preciso que del comportamiento de la comunidad se deduzca, de modo que pueda ser apreciada por el legislador, una súplica al menos implícita de abrogación de la ley, una actitud subjetiva de petición que solicita respuesta. Esta visión de las cosas está fuertemente vinculada a la perspectiva del legislador como causa eficiente de la costumbre; pero por lo demás es sustancialmente cierta.

(71) Y antes G. BAUDUIN, *De consuetudine in iure canonico*, Lovanii 1898, nn. 125-126 (citado por Van Hove y Michiels en las anteriores referencias).

(72) Cfr. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 128-131.

(73) Cfr. P. FEDELE, *Il problema dell'«animus communitatis» nella dottrina canonistica della consuetudine*, Milano 1937, p. 52.

(74) Nos adherimos en este punto, como en las conclusiones generales sobre esta materia, a la opinión de G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., nota 138, pp. 157-158.

o un 'animus' comunitario supone una fuerte dosis conceptual y comporta una cierta ficción moral y jurídica; «sotto l'aspetto fenomenico, l'*animus communitatis* non ha un'autonoma reale sussistenza»⁽⁷⁵⁾. No hay correspondencia adecuada entre el ánimo comunitario y las voluntades individuales. No pueden atribuirse de modo unívoco las características de los actos de voluntad individual a los actos de voluntad colectiva o comunitaria. El conocimiento o la ausencia de conocimiento, el propósito o la ausencia de propósito, deben inducirse de modo muy distinto en un caso y en otro. En el supuesto del 'animus communitatis' conviene adoptar una postura mucho más objetiva y deducida del comportamiento real, de la dirección que adquiere la conducta en sí, sin adentrarse innecesariamente en cuestiones de dimensión subjetiva. Es razonable por lo tanto que quepa una apreciación «ex post»⁽⁷⁶⁾ por parte de quien deba juzgar de la existencia del ánimo de la comunidad. Ese juicio, más que indagar sobre el origen subjetivo del 'animus'⁽⁷⁷⁾, interpretará a través de presunciones razonables la conducta comunitaria. Se trata, en el fondo, de percibir de un modo objetivo la idoneidad con la cual la conducta comunitaria se inserta en el orden social canónico. La conveniencia del comportamiento arrastra y exige un 'animus ius inducendi'. Decía Lombardía que «la costumbre ha de observarse con ánimo de introducir Derecho; es decir, con la actitud organizadora que lleva a aportar soluciones racionales y vinculantes a problemas que en la sociedad se plantean»⁽⁷⁸⁾. El mismo tenor organizativo y racional de la costumbre informará con suficiente elocuencia acerca del 'animus' de los introductores. Por eso, a nuestro juicio, la racionalidad absorbe, desde una perspectiva objetiva, la dimensión subjetiva del 'animus communitatis'.

Toda esta larga argumentación sirve también para explicar algunas cosas en relación al modo de obrar de la comunidad cristiana en la introducción de costumbre. Los actos de la comunidad deben ser desde luego, por decirlo con unas palabras un tanto retóricas de Michiels, «consciente y voluntariamente puestos, absolutamente volun-

⁽⁷⁵⁾ *Ibidem*, p. 156.

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem*, p. 157.

⁽⁷⁷⁾ Como prefiere hacer, por ejemplo, J. ARIAS GÓMEZ, *Racionalidad y buena fe*, cit., p. 94, que parece dotar a la comunidad de subjetividad anímica propia, con capacidad para emitir juicios rectos y actos positivos de voluntad.

⁽⁷⁸⁾ P. LOMBARDÍA, *sub c. 25*, en *CIC Pamplona*, p. 84.

tarios y libres»⁽⁷⁹⁾. No pueden estar movidos por coacción o por miedo grave⁽⁸⁰⁾. En definitiva, el comportamiento consuetudinario es una conducta que está indudablemente regida por la libertad y el compromiso.

Pero no es conveniente comprender la comunidad que introduce costumbre con las prerrogativas propias de un sujeto físico, ni se puede atribuir al comportamiento comunitario el mismo grado de responsabilidad moral subjetiva que se atribuye a un individuo. Una comunidad no realiza actos heroicos, ni como tal comunidad puede responder a la gracia del Espíritu Santo, aunque muchos de sus miembros lo hagan.

Mucho menos puede procederse con criterios de conciencia subjetiva en la estimación del 'animus ius inducendi'. Aunque los actos en sí mismos deben ser conscientes y libres, el ánimo de introducir derecho a través de esos actos no hay necesidad de que sea consciente. El ánimo comunitario tiene una fuerte dosis de anonimato. La comunidad no tiene por qué sentirse protagonista de la introducción de derecho, no hay necesidad de que perciba un 'animus' del que pueda dar cuenta reflexiva o temáticamente. El 'animus' es más bien la dirección general que se infiere del comportamiento. El 'animus communitatis' no está en el territorio de la respuesta subjetiva ni del compromiso personal.

f) *El exceso de racionalidad.*

Ha sido tradicional considerar que «un uso o una costumbre puede resultar completamente honesta y sin embargo ser irracional en orden a la introducción de derecho; no porque le falte bondad sino más bien (por decirlo de alguna manera) porque le sobre»⁽⁸¹⁾. Estas palabras de Suárez recogen sin duda una llamada a la prudencia. Pero también son una apelación a los fundamentos jurídicos de

⁽⁷⁹⁾ G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 73.

⁽⁸⁰⁾ El supuesto no es inverosímil. Michiels alega la respuesta de la S.C. del Concilio (AAS 13 (1921), pp. 266-267) donde se declara que los usos que atribuían puestos privilegiados a los fieles en las iglesias («iura scamnorum») se habían establecido por fuerza de una ley civil abusiva (G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 74, in nota 3). Y sugiere también que podría constituir un uso coaccionado por la ley civil la no observancia de algunas fiestas (*Ibid.*, p. 75, in nota 1).

⁽⁸¹⁾ F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus*, l. VII, cap. 6, n. 7. Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 145.

la costumbre. Las costumbres generan verdaderas normas generales, como las leyes, que afectan, de acuerdo con la materia sobre la que versen, a *cualquier* miembro de esa comunidad. Una vez que se han convertido en norma objetiva de derecho podríamos decir que en cierta manera se despegan de sus introductores. Incluso quienes no la generaron deben cumplir la norma y seguir viviendo de acuerdo con ella. Por eso, al igual que las leyes, la materia de las costumbres debe ser honesta pero también posible. Una obligación excesiva por su materia «*esset contra naturalem rationem*»⁽⁸²⁾.

Las costumbres se imponen sobre todo para adecuar las exigencias jurídicas al comportamiento social razonable. Tomemos por ejemplo dos costumbres universales contra ley en materia de cura pastoral, testificadas por la doctrina desde antiguo⁽⁸³⁾: el cumplimiento del precepto dominical fuera de la propia parroquia (contra las disposiciones de derecho común y las sugerencias de un decreto tridentino), y la de confesar con un sacerdote que no fuera el 'sacerdos proprius' (contra las disposiciones de Urbano II y Bonifacio VIII, y el cap. *Omnis utriusque sexus* del Concilio IV de Letrán). Se trataba de flexibilizar el vínculo que ligaba al fiel con el propio párroco y con la propia parroquia. La costumbre contraria facilitaba de modo razonable el ejercicio de la vida sacramental, los fieles ganaban una esfera de libertad y el sistema normativo se adecuaba a una necesidad real. Esta es, me parece, la razón más activa para fundamentar la creación de costumbre. Una razón que no guarda especial afinidad con el propósito de hacer accesibles a través del comportamiento comunitario los contenidos de la revelación⁽⁸⁴⁾ o los carismas del Espíritu.

⁽⁸²⁾ G. MICHELS, *Normae generales*, cit., p. 145.

⁽⁸³⁾ Cfr. por ejemplo MARTÍN DE AZPILCUETA, *Commentaria in septem distinctiones de poenitentia*, dist. VI, *Placuit*, nn. 36-43, en «*Operum Martini ab Azpilcueta doct. Navarri*», Romae 1590, pp. 816-817; ID., *Manual de confessores y penitentes*, Salamanca 1556, pp. 356-357; ID., *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et poenitentium*, Romae 1588, p. 463. Cfr. para todo este tema, J. OTADUY, *El vínculo parroquial del fiel. Los contenidos de la cura pastoral ordinaria*, en «*Fidelium Iura*» 2 (1992), pp. 275-304, especialmente pp. 290-293.

⁽⁸⁴⁾ En el derecho canónico clásico y medio se atribuye a la costumbre competencia para derogar preceptos apostólicos. Con esto se quiere decir que en la Iglesia se introdujeron conductas contrarias, por ejemplo, a algunos preceptos del Concilio de Jerusalén (abstenerse de la sangre y de los animales estrangulados). Evidentemente la razón de estas costumbres contra ley apostólica — en materia alejada del derecho divino —

g) *La aprobación legal*⁽⁸⁵⁾.

En la misma línea objetiva y anónima del 'animus' comunitario cabe también hablar de un cierto anonimato en la aprobación del legislador. La aprobación del legislador se ha dividido tradicionalmente en aprobación especial y legal. La aprobación especial requiere que el legislador tenga conocimiento de la costumbre, y manifieste su aprobación de modo explícito (llamado también expreso) o implícito (tácito). La aprobación tácita o de connivencia exige que el silencio del legislador sea significativo o concluyente. No bastaría un silencio «meramente económico»⁽⁸⁶⁾ (la tolerancia o la disimulación) porque no constituye en principio signo aprobatorio. La aprobación especial implícita o tácita ha sido sometida desde hace tiempo a fuerte crítica por parte de algunos autores, que la han considerado moralmente imposible⁽⁸⁷⁾, o al menos confusa y de difícil verificación⁽⁸⁸⁾.

La aprobación legal por el contrario no requiere el conocimiento de la costumbre por parte del legislador. El legislador establece en la ley las condiciones a las que debe ajustarse el uso comunitario, y si éste las cumple la costumbre se considera aprobada. Es la misma ley la que aprueba. Así pues, la aprobación legal es una aprobación proyectada sobre costumbres que se estima que el legislador no puede conocer en su singularidad.

El Código se ha decantado fuertemente por la aprobación legal. Advierte que la aprobación se realiza «ad normam canonum qui sequuntur» (c. 23). Además se refiere explícitamente a la «aprobación del legislador» (y no genéricamente «del superior»). Esto es indicio evidente de que es el legislador en cuanto tal, a través de una previsión legal anticipativa, el que aprueba la costumbre. La toma de postura codicial es significativa, porque existían (y existen) autores contrarios a la aprobación legal⁽⁸⁹⁾. No descarta el CIC la aprobación

fue la adecuación del ordenamiento a las necesidades sociales y no un propósito de mediar la revelación sobrenatural.

⁽⁸⁵⁾ En este apartado se recoge con pequeñas variaciones lo que escribimos en J. OTADUY, *sub can. 23*, en *Comentario exegetico*, cit., pp. 431-434.

⁽⁸⁶⁾ G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 43.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. J.F. SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, I, Giessen 1860, p. 252.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. P. LOMBARDÍA, *sub c. 23*, en *CIC Pamplona*, pp. 82-83; F.X. URRUTIA, *De consuetudine canonica novi canones studio proponuntur*, en «Periodica de re morali canonica liturgica» 70 (1981), pp. 95-96.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. J.F. SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, cit., pp. 251-252; T. GOUS-

«especial» (c. 26), que supone conocimiento expreso y actual de la costumbre por parte del legislador competente y evita el sometimiento a los plazos temporales ordinarios, pero este supuesto se diseña más bien como una excepción. Para algunos autores, por lo demás, el caso de la costumbre 'specialiter probata' no sería más que un supuesto de «ley basada en la sensibilidad del legislador hacia los usos de la comunidad»⁽⁹⁰⁾. En tales casos estaríamos ante una ley formal cuyo contenido puramente material vendría ofrecido por los usos comunitarios.

Según Lombardía el nuevo diseño codicial ha servido para eliminar la eficacia del consentimiento tácito o de connivencia. «Al establecer en el c. 23 que el consentimiento compete al legislador, actuando como tal — es decir, mediante actos que cumplen las exigencias de los cc. 7 y 8 — deja de tener sentido, con innegables ventajas para la seguridad jurídica, la vieja discusión sobre el consentimiento tácito»⁽⁹¹⁾. Puede decirse, en efecto, que la línea con la que el Código configura la costumbre no alienta el consentimiento de connivencia, aunque el consentimiento de connivencia no queda explícitamente excluido ni es incompatible con el diseño codicial de la costumbre⁽⁹²⁾.

Puede discutirse (más bien, se ha discutido) si es oportuno entender al legislador como una instancia externa a la comunidad, que aprobara un comportamiento ajeno («tamquam arbiter, qui quasi extra et supra suam communitatem versetur») (93), cuando en realidad forma parte de ella. Se ha dicho también que concebir la aprobación del legislador de modo anónimo⁽⁹⁴⁾, como quien no se vincula personalmente con la conducta introducida, no resulta coherente con el modo de ejercer el oficio pastoral. El superior de una comunidad eclesial (especialmente los Obispos, que han recibido

SET, *Exposition des principes du droit canonique*, Paris 1859, pp. 361-368; S. ÁLVAREZ, *De consuetudine*, Romae 1954, pp. 22-23; F.X. URRUTIA, *Reflexiones*, cit., pp. 454-456, 476-478.

(90) P. LOMBARDÍA, *sub c. 23*, cit., p. 82; cfr. también F.X. URRUTIA, *De consuetudine*, cit., pp. 96-97.

(91) P. LOMBARDÍA, *Ley, costumbre y actos administrativos*, cit., p. 121.

(92) Cfr. en este sentido W. ONCLIN, en «*Communicationes*» 3 (1971), p. 87.

(93) F.X. URRUTIA, *De consuetudine*, cit., p. 73. Cfr. en sentido análogo R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 117.

(94) Cfr. F.X. URRUTIA, *De consuetudine*, cit., pp. 74 y 78.

el ministerio de apacentar a su grey) no puede contemplar desde fuera, sin capacidad de intervención, cómo se impone un uso.

Estas críticas, aunque no sean desdeñables, no pueden aceptarse. Es evidente que el legislador es cabeza de la comunidad y forma parte de ella en cuanto tal, pero precisamente porque es cabeza su función no es sólo ser solidario con la comunidad, sino también presidirla⁽⁹⁵⁾. Toda presidencia lleva consigo un cierto grado de desdoblamiento funcional: una función de solidaridad, otra de preeminencia capital. Aquí operaría fundamentalmente la segunda función.

El modo anónimo de la aprobación de las conductas no se debe sacar de quicio. Toda norma general (la ley por ejemplo) lleva consigo siempre y necesariamente una dosis de anonimato. El legislador no conoce todos los supuestos concretos sobre los que la norma se proyectará en el futuro, todas las situaciones jurídicas y todos los episodios que la norma habrá de valorar y a los que habrá de atribuir efectos. La potestad de dar ley, como la potestad de aprobar costumbre, es una función característica que implica la contemplación del orden jurídico en general.

La crítica vertida sobre el modo anónimo de ejercicio de la potestad del legislador a través de la aprobación legal quiere robustecerse empleando el argumento de las costumbres particulares, cuya aprobación queda en manos de la ley universal (cc. 23-28). De este modo, se dice, quedaría sustraída al legislador particular toda competencia sobre las costumbres particulares, de las que es protagonista activo y sobre las que le debería corresponder la última palabra.

Esto sólo es cierto en alguna medida. Para que una costumbre particular sea introducida por una comunidad capaz, se debe contar con que la comunidad sea completa, es decir, que actúen los miembros en comunión con la cabeza. No es siempre posible que la autoridad particular (aquí no sería necesario hablar de 'legislador' porque no ha de intervenir por fuerza de su potestad legislativa) conozca todos los episodios consuetudinarios de su ámbito jurisdiccional. Pero si la autoridad particular conoce esas conductas y rehúsa la costumbre o no consiente en ella (lo cual no tiene nada que ver con la reprobación hecha por ley), a la comunidad le faltará una condición esencial para serlo, que es su cabeza. En este caso la costumbre no

(95) Cfr. en este sentido G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 163.

se desacredita por carencia de aprobación del legislador, sino por ausencia de auténtica dimensión comunitaria en su introducción ⁽⁹⁶⁾.

Si la costumbre particular se ajusta a lo que el derecho universal dispone (cc. 23-28), se entiende que se produce la aprobación del legislador universal, que es una aprobación suficiente. Si existe oposición de la cabeza de esa comunidad, faltará dimensión comunitaria en la introducción y no podrá operar la aprobación legal.

De todas formas, como hemos dicho, sería desconocer la fenomenología de la costumbre canónica (también de la costumbre particular) intentar reducirla a fenómenos con relieve comunitario general (de todos los miembros de una iglesia particular, o al menos de todas las comunidades locales que la constituyen) que se imponen a todos con evidencia y en los que el pastor no podría quedar al margen, porque estaría como inmerso en ellos. Es claro que no todas las costumbres particulares gozan de esta estructura. Muchas de ellas carecen de esta dimensión tan obvia de evidencia pública o de notoriedad, se generan en comunidades menores, y no se puede exigir al pastor que las conozca en su singularidad. De otra parte no se debe olvidar que las costumbres canónicas nacen con frecuencia — como hemos tenido ocasión de verificar en la historia —, en el campo de las competencias y de las funciones y provocan no pocas veces situaciones de enfrentamiento en el seno de la comunidad. Si existe discordia tiene poco sentido pretender que el pastor se ponga en cabeza de la comunidad como introductor del uso o como representante de parte.

9. *La comunidad capaz de introducir costumbre* ⁽⁹⁷⁾.

El diseño de la comunidad capaz de introducir costumbre canónica ha sido un punto doctrinal tradicionalmente discutido y muy difícil de configurar. Como indica el c. 25, la comunidad capaz de costumbre es la comunidad capaz de ley. Pero (aunque esa misma expresión se emplea también en el c. 29) no encontramos ninguna referencia en el derecho positivo para identificar cuáles son en concreto esas comunidades capaces de recibir ley.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *ibid.*, p. 133.

⁽⁹⁷⁾ Este epígrafe se contiene casi idéntico en J. OTADUY, *sub can. 25*, en *Comentario exegético*, cit., pp. 442-445.

La equiparación entre los sujetos pasivos de la ley y de la costumbre tiene su apoyo doctrinal sobre todo en la doctrina suareciana, que establece la paridad entre costumbre y ley⁽⁹⁸⁾. Suárez describe la costumbre jurídica desde el paradigma legislativo. Si la costumbre tiene 'vis legis', debe ser también engendrada por un sujeto 'capax legis'. La postura original de Suárez era que la comunidad capaz de introducir costumbre fuese perfecta (y por lo tanto 'capax legis ferendae', con un superior dotado de capacidad legislativa), pero atendiendo a la realidad histórica de la implantación de las costumbres canónicas, no cabía duda que también otras comunidades imperfectas (o menos perfectas, cuyo superior no tenía potestad legislativa) podían introducirlas. Había que concluir por lo tanto que dichas comunidades al menos (y éste es el origen del «saltem» del c. 25)⁽⁹⁹⁾ fuesen capaces de *recibir* ley.

Esta solución fue aceptada, no sin discusión, en los trabajos de elaboración del CIC 1917, y se ha trasladado al Código actual. Todos aceptaban que debía existir una relación entre la comunidad capaz de ley y la comunidad capaz de costumbre; que el sujeto capaz de costumbre estaba vinculado con el sujeto capaz de ley. Ahora bien, las modalidades de esa capacidad de ley son muy variadas. Una comunidad puede entenderse capaz de ley porque su superior o cabeza tenga capacidad legislativa (o potestad de jurisdicción en el fuero externo); o porque la comunidad misma esté regida por leyes o por estatutos; o porque goce de la estabilidad propia de la ley; o porque pueda darse a sí misma sus propias leyes; o simplemente porque pueda recibir leyes de otro. A la postre el Código optó por esta última alternativa, que es la solución suareciana. Es poco discriminatoria y consiente una aplicación extensa. Por eso, como hemos dicho, no resulta claro determinar en la práctica canónica qué comunidades son capaces de recibir ley, y por lo tanto de introducir costumbre. Las alternativas doctrinales para delimitar el carácter específico de esta nota han sido variadísimas y muy poco homogéneas. Y lo mismo hay que decir, en consecuencia, de las tipologías de comunidades capaces de ley que los distintos autores presentaban. Las pretensiones

(98) Para una exposición de la posición suareciana cfr. G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 124-129.

(99) La Comisión codificadora, admitiendo ciertas dudas, no quiso sin embargo cambiar la expresión: cfr. «Communicaciones» 23 (1991), p. 169.

de encontrar una característica típica, exclusiva y suficiente para discernir con claridad las comunidades capaces de costumbre ha sido siempre — también en la última codificación⁽¹⁰⁰⁾ — un deseo tan intenso como inútil por parte de la doctrina.

A una comunidad capaz de recibir ley se le exige en primer lugar que sea una verdadera comunidad. Ya hemos dicho que para precisar este punto no puede servirnos de ayuda el empleo que hace el derecho positivo del concepto de comunidad. Habrá que atender sobre todo a los rasgos que la propia naturaleza de las cosas parece requerir: una institución estable y subsistente (que no dependa de las personas físicas que actualmente la conforman), reconocida por el derecho, ordenada a una función con relieve social⁽¹⁰¹⁾. Lo cual, ciertamente, no es decir mucho. Para acertar en la determinación de la comunidad capaz hay que atender a algunos valores connotados en el mismo concepto de comunidad capaz de recibir ley.

A nuestro juicio en este concepto están presentes dos valores de fondo. El primero de ellos es reservar la noción de costumbre para las normas verdaderamente generales (no singulares), que por lo tanto deben ser establecidas por una comunidad suficientemente abstracta e institucionalizada, que trascienda las características de los individuos que la componen. Los individuos singulares no son capaces de ley, y menos aún si se la dan a sí mismos. El segundo valor, muy afín al anterior, es la condición del comportamiento que dicha comunidad introduce. La costumbre crea derecho objetivo. Debe introducir un derecho que mida y condicione las situaciones jurídicas subjetivas, pero no se debe entender como un modo de lucrar derechos subjetivos o de librarse de cargas frente a terceros ajenos a la introducción del uso. Nadie puede dar ley en beneficio propio.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. «Communications» 16 (1984), p. 152. En la codificación de 1917 hubo también múltiples intentos de establecer una nota más específica para la determinación de la comunidad capaz, intentos que se abandonaron sobre todo por la influencia de Wernz. Las propuestas fueron: «cuius Superior habet jurisdictionem in foro externo», «cuius Superior habet potestatem legislativam», «quae habet proprias leges aut statuta», «quae capax est legis sibi propriae recipiendae», «quae propriis legibus regitur». Cfr. J.M. ARALUCE, *El derecho consuetudinario canónico en el proceso codificador de 1917* (tesis doctoral *pro manuscripto*, Pamplona 1988).

⁽¹⁰¹⁾ Para otras características tal vez atribuibles también a la comunidad capaz, cfr. G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., pp. 63-65.

De modo que la condición de ‘*communitas capax legis recipiendae*’ exige que la comunidad que introduce una costumbre sea verdaderamente general; que el mismo grupo social que introduce el uso se vea obligado por él; que sea idéntico el sujeto que genera la costumbre que el vinculado por ella. Es decir, se reclama de la costumbre « que establezca soluciones de las que puedan deducirse, en el ámbito de la comunidad que la introduce, tanto situaciones jurídicas activas como pasivas, según la posición en que en cada caso queden colocados los sujetos que integran la comunidad en relación con los supuestos de hecho de la norma consuetudinaria, como consecuencia de los actos o hechos jurídicos »⁽¹⁰²⁾. Así queda descartado que la costumbre se entienda como una modalidad de adquirir privilegios por prescripción o situaciones jurídicas favorables frente a otros. A nuestro parecer, éste es el criterio jurídico que quiere subrayar la ‘*capacitas legis recipiendae*’⁽¹⁰³⁾.

En el caso de las comunidades menores parece razonable hablar de una capacidad relativa; es decir, de una capacidad que guarde relación con el tipo de costumbre introducida. Si la costumbre se introduce en el ámbito normativo propio de la comunidad (proporcionado y adecuado a ella), entonces la comunidad será sujeto capaz de introducir costumbre. Así por ejemplo, un cabildo respecto de los estatutos por los que se rige o una provincia religiosa respecto a las constituciones que establecen su ‘*ius proprium*’. El ámbito de introducción de costumbre es aquí adecuado. Pero si la costumbre se introduce en materia normativa que excede o trasciende el ámbito de actividad propio y adecuado de esa comunidad, entonces no estamos en el mismo caso. No podrían por tanto ese cabildo o esa comunidad religiosa introducir costumbre en materias que rebasaran su « fin, constitución, régimen y forma de actuar » (c. 94 § 1). Algunos autores⁽¹⁰⁴⁾ prefieren hablar de *observancia* más que de costumbre para hacer mención de los comportamientos introducidos en personas jurídicas como efecto de su propia autonomía, de su ‘*ius statuendi*’. Cuando ese estatuto se produce por vía tácita o de pura observancia no estaríamos ante una costumbre propiamente dicha. Esto sería es-

⁽¹⁰²⁾ P. LOMBARDÍA, *sub c. 25, CIC Pamplona*, p. 83.

⁽¹⁰³⁾ En sentido conforme, cfr. I. IBÁN, *Notas acerca de la costumbre*, cit., pp. 284-285.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. la opinión de Puchta, Sägmüller, Eichmann, Koeniger, Haring y Epler, citada por A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 6-7, nota 3.

tablecer como incapaces de costumbre 'in Ecclesia' a todas las comunidades cuyo superior no goza de potestad legislativa, lo cual nos parece excesivo.

10. *La comunidad de fieles como causa eficiente de la costumbre* ⁽¹⁰⁵⁾.

Tal vez el punto más representativo de la costumbre como fuente de derecho sea precisamente preguntarnos por la causa eficiente de la costumbre. ¿Hasta qué punto la comunidad es la causa eficiente de la introducción de la norma? Todos los puntos doctrinales avanzados se hacían eco de este problema. El 'consensus' comunitario era causa eficiente de la costumbre. Pero ¿qué posición le corresponde al legislador?

No se puede decir que en la redacción del c. 23 — que es la sede en la que el derecho positivo canónico afronta la causa eficiente de la costumbre — haya habido puro mimetismo con el canon paralelo del antiguo Código ⁽¹⁰⁶⁾. La Comisión de reforma introdujo cuatro variantes fundamentales: hizo referencia expresa a la comunidad de fieles como agente activo del comportamiento («a communitate fidelium introducta»); mitigó el carácter absoluto y exclusivo con que se expresaba antes la necesidad del consentimiento del superior («a consensu competentis Superioris unice obtinet»); sustituyó el concepto de consentimiento del superior por el de aprobación del legislador; y por último remitió a los cánones del Título para establecer los requisitos formales de aprobación.

La entraña del c. 23 se centra en ofrecer (intentarlo al menos) una solución a la dialéctica entre el factor comunitario y el factor de potestad. Es evidente que ambos actúan en la introducción de costumbre canónica. La versión antigua subrayaba sin mezcla de equívoco que la condición normativa obligante de la costumbre (su fuerza de ley) era producida exclusivamente («unice») por el consentimiento del superior eclesiástico. En la versión actual la necesidad de ese consentimiento no se pone en duda, pero se señala simultáneamente que la introducción corresponde a la comunidad. Consta

⁽¹⁰⁵⁾ Este epígrafe y el siguiente contienen textualmente muchos párrafos ya publicados en J. OTADUY, *sub can. 23*, en *Comentario exegético*, cit., pp. 427-430.

⁽¹⁰⁶⁾ Para documentar las líneas contenidas en la redacción del c. 23, cfr. «Comunicaciones» 17 (1985), pp. 35-36.

que este añadido textual obedecía a la voluntad de dar mayor protagonismo al factor comunitario⁽¹⁰⁷⁾. Aún más, obedecía al interés por evitar una ficción, porque resulta evidentemente un fingimiento no atribuir influjo jurídico alguno a la comunidad en la introducción de costumbre.

La comunidad es causa eficiente (con relieve jurídico) en la introducción de la costumbre. La exigencia de aprobación por parte del legislador, requisito constitucional insoslayable para obtener fuerza de ley en el ordenamiento canónico, no menoscaba la influencia comunitaria. En otras palabras, la conducta comunitaria no es un mero presupuesto neutro, puramente material, prejurídico, que obtiene su vigor jurídico esencial de la intervención potestativa. El comportamiento comunitario — el mismo derecho lo exige en el c. 25 — es un comportamiento jurídicamente connotado: se lleva a cabo con intención de introducir derecho. Sería gravemente contradictorio que se exigiera a la comunidad el ‘*animus iuris inducendi*’, y una vez manifestado se le negara cualquier participación activa en la normatividad así introducida⁽¹⁰⁸⁾.

11. *La intervención del legislador en la aprobación de la costumbre.*

Ha sido tradicional (al menos desde el siglo XVI, y especialmente desde la codificación de 1917), entender el consentimiento o la aprobación del legislador (antes ‘superior’) como «la verdadera, inmediata y única causa eficiente que constituye el elemento formal de la norma consuetudinaria»⁽¹⁰⁹⁾.

Esto situaría a la costumbre no como una fuente autónoma de derecho, sino como un simple modo, ciertamente característico, de actividad legislativa. Es decir, quien atribuye a la costumbre su ser específicamente jurídico (que en esta perspectiva de consideración se reduce fundamentalmente a obtener capacidad expedita para obligar) es el legislador. La costumbre sería un elemento compuesto de materia (el uso comunitario) y forma (el elemento jurídico, la fuerza

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. «*Communicationes*» 3 (1971), p. 86.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. en el mismo sentido T.I. JIMÉNEZ URRESTI, *sub c. 23*, en *CIC Salamanca*, p. 34. También parcialmente conforme J.A. FERNÁNDEZ ARRUTI, *La costumbre en la nueva codificación canónica*, en «*Le nouveau Code de Droit canonique. V Congrès International de Droit canonique. Ottawa, 1984*», I, Ottawa 1986, pp. 178-181.

⁽¹⁰⁹⁾ G. MICHELS, *Normae generales*, cit., p. 39.

de ley). Teniendo presente esta combinación, «se llama propiamente autor de los seres compuestos, no al que ofrece la materia, sino al que aplica la forma a la materia, que es el que da el ser específico a la cosa»⁽¹¹⁰⁾.

Esta interpretación se deducía con bastante facilidad de la expresión del antiguo c. 25. Pensamos sin embargo que no se puede decir exactamente lo mismo de la expresión actual⁽¹¹¹⁾. A la comunidad le pertenece la causa eficiente de la normatividad, aunque la intervención del legislador resulte un requisito ineludible añadido para la obligación de la costumbre. No todo lo jurídico se resuelve en vigencia actual, en exigencia imperativa, en fuerza inmediata de obligar. La normatividad es también introducción de conductas o modos de valoración racionales, de relieve social, con intención jurídica organizativa. Este segundo aspecto puede (debe) serle atribuido a la comunidad introductora.

La aprobación del legislador es una «colaboración cualificada»⁽¹¹²⁾. Resulta absolutamente necesaria para la constitución de la costumbre en norma jurídica y en ese sentido se inscribe en una función fundadora de derecho⁽¹¹³⁾. Pero la aprobación es externa a la costumbre misma. Es un control sucesivo insustituible, pero que supone ya la existencia de la costumbre con un determinado relieve en el ámbito de lo jurídico. La aprobación del legislador constituiría un elemento integrativo que hace eficaz y actual la eficacia jurídica de la norma consuetudinaria⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹⁰⁾ L. RODRIGO, *Tractatus de legibus*, Santander 1944, p. 469.

⁽¹¹¹⁾ Parcialmente en contra, H. SOCHA, en K. LÜDICKE (ed.), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen 1985 ss., 23/7, n. 8; 23/6, n. 7.

⁽¹¹²⁾ *Ibid.* 23/1, n. 1.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.* 23/3, n. 4.

⁽¹¹⁴⁾ «Se si vuole allora giungere ad una conclusione logica e naturale a proposito del problema concernente la natura e il carattere dell'approvazione del legislatore, in base al tenore del can. 23 del Codice giovanneo-paolino; se si vuole eliminare ogni equivoco e malinteso dal terreno su cui opera l'istituto fondamentale della consuetudine nel diritto della Chiesa, non si può non rilevare che a quell'elemento del consenso o a quella componente dell'adprobatio non altra natura giuridica può riconoscersi se non quella di elemento meramente integrativo dell'efficacia giuridica della consuetudine (...). Se il fondamento della consuetudine, fin dal momento della sua incoazione, non può che essere il consenso della comunità dei christifideles (...) la funzione connessa all'elemento del consenso o dell'approvazione non può che essere quella di integrare l'efficacia giuridica della regola consuetudinaria già potenzialmente idonea a produrre effetti giuridici» (P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»*, cit., p. 313).

El mismo término de «aprobación», que ha sustituido al anterior de «consentimiento», se incorpora fácilmente a esta misma línea argumental⁽¹¹⁵⁾. Las aprobaciones — frecuentemente indispensables para la perfección de los actos jurídicos y para la producción de sus efectos característicos — son trámites sucesivos que se añaden a los actos, cuyos elementos sustantivos han sido ya configurados. El consentimiento, por el contrario, suele constituir — en el ámbito de los negocios jurídicos — un elemento esencial y no sólo un requisito sucesivo para la perfección o para la eficacia.

A nuestro juicio existen al menos dos modos insuficientes de entender el alcance de la aprobación del legislador. El primero sería atribuir a la comunidad, y sólo a ella, el vigor jurídico de la costumbre, entendiendo que la aprobación del legislador es una realidad meramente presupuesta en el uso comunitario y por eso puramente nominal; o meramente declarativa de la fuerza obligante, pero sin participación ninguna en ella⁽¹¹⁶⁾. La comunidad, si obra en comunión con el legislador (es decir, si no actúa por desprecio, por rebeldía, por insolidaridad o por motivos incompatibles con el ejercicio de la potestad pastoral), introduce costumbres con vigor jurídico. Quien consiente es la comunidad, no el legislador.

Para sostener este planteamiento doctrinal, sobre todo en las costumbres que no eran 'contra canones', hay abundantes referencias de los primeros decretistas y decretalistas, hasta el siglo XV⁽¹¹⁷⁾. Fue la propia doctrina sin embargo («felizmente»⁽¹¹⁸⁾) emancipada de los principios de derecho romano) la que, reflexionando sobre las características propias de la norma canónica, enriqueció este desarrollo teórico⁽¹¹⁹⁾. La aprobación positiva (y no meramente presunta, interpretativa, o nominal) de la potestad eclesiás-

(115) En sentido contrario, R. BERTOLINO, *Spunti metodologici*, cit., p. 119.

(116) Cfr. P. PICOZZA, *Consuetudine (Diritto canonico)*, en «Enciclopedia giuridica Treccani», VIII, Roma 1988, p. 14. Para una crítica de esta posición, cfr. P. PELLEGRINO, *L'«animus communitatis»*, cit., pp. 310-311.

(117) Cfr. A. VAN HOVE, *De consuetudine*, cit., pp. 48-53. Milita con vigor en este planteamiento doctrinal, y lo extiende como paradigma a la teoría jurídica actual sobre la costumbre, J. ARIAS GÓMEZ, *El «consensus communitatis»*, cit., pp. 19-43, *passim*.

(118) G. MICHIELS, *Normae generales*, cit., p. 34.

(119) Según F.X. URRUTIA, *De consuetudine*, cit., pp. 70-71, no se produce emancipación alguna de los principios del derecho romano, sino que los nuevos cánones «De consuetudine», también en lo referente a la aprobación del legislador, presentan una institución plenamente inscrita en la 'secularización' del derecho.

tica es una necesidad para que la costumbre tenga fuerza de ley. De esa aprobación, que será habitualmente legal, dependen los efectos de obligación de las costumbres introducidas por las comunidades eclesiales. Las comunidades de fieles en cuanto tales carecen de potestad legislativa, es decir, de la potestad necesaria para imponer con fuerza de ley una determinada conducta: eso sería quebrar los presupuestos constitucionales de la potestad eclesiástica⁽¹²⁰⁾.

De ahí no debe deducirse inmediatamente (es el segundo de los puntos de vista incompletos) que la actividad comunitaria sea, como hemos dicho, irrelevante desde el punto de vista jurídico, al modo de una participación meramente material. Le corresponde por el contrario la función activa de la introducción, que en términos jurídicos supone la causalidad eficiente primaria de la norma. El comportamiento racional, con intención de introducir derecho, tiene ya una innegable dimensión jurídica. De tal modo que la actuación aprobatoria del legislador codetermina, coelabora, pero no constituye la costumbre canónica. Se ha llegado a decir que la intervención del legislador está comprometida, que existe «un dovere di ascolto», una obligación jurídica de acoger el comportamiento comunitario que esté pertrechado de las condiciones suficientes; y que en consecuencia «la scelta del legislatore di dare rilievo normativo alla consuetudine non può, peraltro, ritenersi in assoluto libera, ma, in un certo senso, vincolata»⁽¹²¹⁾. Sin la aprobación del legislador la costumbre no alcanza fuerza de ley, pero con ella la costumbre no modifica su naturaleza.

⁽¹²⁰⁾ Cfr., para una fuerte toma de postura sobre este punto, S. GHERRO, *Normazione canonica*, cit., pp. 96-97. También, G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., pp. 161-163.

⁽¹²¹⁾ G. COMOTTI, *La consuetudine*, cit., p. 167.

