

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

**LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO
CANÓNICO**

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La amplitud y vaguedad con que está redactado el canon 29 del Código de Derecho Canónico ha hecho sudar a los autores, como dice gráficamente el P. CORONATA (1), cuando han tratado de explicar la naturaleza jurídica de esa costumbre *según ley* a que el texto legal se refiere. Y no es tan grave el problema que plantea la escueta redacción del canon cuanto el que deriva de la misma naturaleza de esa costumbre interpretativa o *según ley*, cuya entraña a veces parece puede identificarse y otras veces no con la costumbre *contra* o *praeter ius* (2). De ahí que algunos autores, considerándola como especie distinta, hayan querido en cierto modo desconectar la costumbre interpretativa de aquellos otros dos tipos, *contra* y *praeter ius*, para no someter a la interpretativa a las normas generales que fijan la prescripción de toda costumbre «ut vim legis obtineat».

Si el Código hubiera precisado más la naturaleza jurídica de la costumbre interpretativa no haría falta ninguna alusión al plazo prescriptorio de la misma.

Y este es precisamente el problema en torno a la costumbre interpretativa: determinar su naturaleza jurídica. Y con este problema resuelto, resolver el del canon 29, es decir, si necesita prescripción, y qué plazo, la costumbre interpretativa.

EL DERECHO ANTIGUO QUE HA INSPIRADO LA NORMA DEL CANON 29

1. El Código anotado del Card. GASPARRI, en la cita de fuentes en que se basa el canon 29, menciona en primer lugar un texto de Inocencio III (año

(1) «In vi et natura consuetudinis secundum ius explicanda sudant canonistae...» *Institutiones iuris canonici*, vol. I, edit. IV, pág. 57.

(2) En un sentido literal, la costumbre *según ley* sería la misma observancia de la ley. Por eso se ha solido llamar a la costumbre *según ley*, *consuetudo cerebrina*. Vid. CORONATA, *ob. cit.*, pág. 53.

1208) recogido en las Decretales (3). En él se trata de dilucidar una cuestión surgida entre dos monasterios con motivo de una elección canónica. Eran éstos la iglesia Andrense y el monasterio Karofense (de Charroux). El monje Guillermo de aquélla pedía al Papa que confirmase la elección de Abad para dicha iglesia, llevada a cabo «concorditer» por los monjes de la misma; y, para ello, se basaba tanto en el derecho común como en un privilegio especial pontificio confirmado por el mismo Inocencio III, en el que se facultaba a los monjes del monasterio Andrense a elegir libremente a su abad. Por el contrario, el procurador del monasterio de Charroux pretendía la anulación de la elección, apoyándose en un estatuto episcopal y en una costumbre aclaratoria del mismo. Según el estatuto la elección abacial «penes fratres eiusdem loci (Andren.) et Capitulum Karofense penderet». Según la costumbre, los monjes del monasterio Andrense habían de elegir la persona del abad o prior precisamente del gremio o comunidad del monasterio Karofense (...et obtentu huiusmodi statuti sic fuerit longe retroactis temporibus observatum, ut monasterio Andren. vacante, Andren. fratres in Karofen. Capitulo aliquem de gremio monasterii Karofen. sibi eligerent in Abbatem.). El referido procurador invocaba la máxima «consuetudo est optima legum interpres» para justificar el valor aclaratorio de la costumbre alegada y: «electio praedict. G. tam contra statuti tenorem, quam etiam contra consuetudinem approbatam (quae optima est legum interpres) minus canonicè attentata, merito cassari debebat (proposuit) ...»

El Papa resuelve la contienda coordinando el derecho común y privilegio pontificio con el estatuto episcopal. Para ello, y sin tener en cuenta la costumbre alegada por el procurador del monasterio de Charroux, dispone el Papa que el estatuto pueda entenderse de forma que su interpretación no entrañe derogación del derecho común ni del privilegio especial; es decir, que la necesidad de que la elección «penes fratres loci Andren. et Capitulum Karofen, penderet» podía explicarse diciendo que la elección de abad la habían de hacer los frailes del monasterio Andrense, y la confirmación de dicha elección los del Karofense, con lo cual la designación de abad «penderet» de los miembros de ambos monasterios como exigía el estatuto episcopal. Pero, claro está, esta solución descartaba por completo la costumbre aducida, costumbre que, según el procurador del Karofense, tenía un claro

(3) C. 8, X (I, 4).

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO CANÓNICO

valor interpretativo según se deduce de sus alegaciones y de la mención que hace al Papa de la máxima romana.

El Papa sólo admite una posibilidad en orden a costumbre, y es la de que exista una costumbre «probata, quae iuri communi praeiudicet». La primera impresión que produce esta expresión de la decretal es la de que el Papa está refiriéndose a una costumbre «contra legem», como algún autor cree (4). Nosotros, sin embargo, no opinamos así. Creemos decididamente que se trata de una costumbre interpretativa, genéricamente interpretativa, aunque específicamente «praeiudicet» una norma legal. Y para demostrarlo basta considerar la oscuridad y ambigüedad del estatuto episcopal y la necesidad de una disposición o solución aclaratoria para entender la vaguedad de sus palabras: «electio... penes fratres eiusdem loci (Andren.) et Capitulum karofen. penderet». Luego es perfectamente correcto que llamemos interpretativa a una costumbre que, aun siendo en concreto contra ley, *interpreta* una norma oscura...

2. En segundo lugar, la cita de GASPARRI al canon 29 recoge una regla de derecho: «Inspicimus in obscuris, quod est verisimilius, vel quod plerumque fieri consuevit» (5). Es simplemente una expresión que consagra el valor interpretativo de la costumbre respecto de los puntos legales oscuros y dudosos. Cuando la norma no es clara y, al mismo tiempo, su redacción plantea una duda tal que no pueda ser resuelta por el común sentido (es decir, no se puede por éste deducir lo que en verdad haya querido decir el legislador, «quod est verisimilius»), entonces hay que recurrir a la costumbre interpretativa.

3. A continuación, y como tercera fuente del canon 29, inserta GASPARRI en su Código anotado las letras apostólicas de León XIII «Apostolicae curae» de 13 de septiembre de 1896 (6). Se trataba del supuesto valor sacramental de las sagradas ordenaciones conferidas con arreglo al nuevo rito introducido en Inglaterra bajo Eduardo VI (1547-1553). Fueron examinados para ello los documentos principales que a ruegos de la reina María Tudor (7) dieron los Papas para obtener la reconciliación de la iglesia anglicana.

(4) SARACENI: *Consuetudo est optima legum interpres*, en *Ephemerides iuris canonici*, an. IV, 1948, pág. 82.

(5) Reg. iuris in VIº, núm. 45.

(6) C. I. C., *Fontes*, vol. III, Romae, 1925, doc. núm. 631, págs. 494 y ss.

(7) Que había restablecido el catolicismo en Inglaterra.

El Pontífice Julio III designó, a fin de conseguir esta reconciliación, al Cardenal Reginaldo Polo, como legado suyo a *latere* (tamquam pacis et dilectionis angelum suum), concediéndole para ello facultades extraordinarias (8), que después confirmó el Papa Paulo IV. Pero como las facultades dadas al legado apostólico por estos Pontífices solamente afectaban a Inglaterra y al estado de la religión en la misma, tales normas de ningún modo podían aplicarse a una regulación genérica de las sagradas ordenaciones, sino que debían referirse propiamente a la provisión de las mismas en aquel reino según sus condiciones de tiempo y materia.

Todo esto, además de deducirse perfectamente de los documentos en cuestión, resultaba bien patente de la consideración obvia de que no hubiera sido prudente querer dar instrucciones en el documento, sobre lo que es necesario para la confección del sacramento del orden, a un varón tal como el legado, cuya doctrina había tenido tanto relieve en el Concilio de Trento.

En la carta de Julio III al Legado Apostólico, del 8 de marzo de 1554, se hace distinción entre aquellos que «rite et legitime promoti» habían de ser retenidos en sus órdenes, y aquellos otros que «non promoti ad sacros ordines» podían ser promovidos a ellas «si digni et idonei reperti fuissent». Los primeros recibieron verdaderamente la sagrada ordenación, bien porque la recibieron antes de la separación de Enrique VIII, bien porque, aunque la recibieran después, los ministros disidentes que confirieron esas órdenes observaron el rito católico acostumbrado. Los otros, en cambio, no recibieron la ordenación válidamente, al serles conferida según las prescripciones del Ordinal eduardiano. No otro fue el designio papal, según confirmó la carta del Legado de 29 de enero de 1555, confiando sus facultades al Obispo de Norwich.

Tengamos en cuenta además que las letras de Julio III se referían también a facultades pontificias que podían ser utilizadas libremente aun en favor de aquellos a quienes se confirió la consagración «minus rite et non servata forma Ecclesiae consueta», con cuya expresión se designaban ciertamente aquellos que habían sido consagrados según el rito eduardino. Fuera de la forma católica, toda otra era inválida en aquel tiempo en Inglaterra.

Por consejo del Cardenal Polo, Felipe II y María Tudor enviaron a Roma una legación en febrero de 1555, cuyos miembros habían de informar al Pon-

(8) Ello tuvo lugar en agosto de 1553, por las letras «Si ullo unquam tempore», «Post nuntium Nobis» y otras.

tífice acerca de la situación religiosa en Inglaterra y pedirle al mismo tiempo la ratificación y confirmación de todo lo que el Legado pontificio había hecho para obtener la reconciliación del reino con la Iglesia.

Paulo IV, recibida la legación regia y examinados sus propósitos, dio las letras «Praelara carissimi» (20 de junio de 1555) en las que aprobaba y daba fuerza a las gestiones de Polo, y en las que, referente a las sagradas ordenaciones, prescribía: «...qui ad ordines ecclesiasticos... ab alio quam ab episcopo rite et recte ordinato promoti fuerunt, eosdem ordines... de novo suscipere teneantur». Quiénes eran tales obispos «non rite recteque ordinati», lo decían claramente los documentos anteriores, así como las facultades concedidas al Legado papal. Mas, para disipar toda duda a este respecto, el Papa, en Breve de 30 de octubre de aquel año, dijo: «Nos, haesitationem huiusmodi tollere, et serenitati conscientiae eorum qui schismate durante ad ordines promoti fuerant, mentem et intentionem quam in eisdem litteris Nostris habuimos clarius exprimendo, opportune consulere volentes, declaramus eos tantum episcopos et archiepiscopos qui non in forma Ecclesiae ordinati et consecrati fuerunt, rite et recte ordinatos dici non posse».

Las autoridades citadas de Julio III y Paulo IV, como dice León XIII en las referidas letras apostólicas, muestran claramente el comienzo de esta disciplina («aperte ostendunt initia eius disciplinae»), a saber, que eran nulas las ordenaciones administradas según el rito eduardiano. Tal disciplina fue observada durante más de tres siglos, y en Roma fueron iteradas absolutamente estas ordenaciones con arreglo al rito católico. En este sentido, y teniendo en cuenta el principio teológico inderogable de que la sagrada ordenación no puede renovarse lícitamente, era en absoluto imposible que la Santa Sede tolerase una costumbre tal que establecía la repetición de las ordenaciones conferidas según el rito eduardiano, de no haber sido nulas aquellas ordenaciones. Pero la Santa Sede no solamente toleró esta costumbre, sino que la aprobó y sancionó cuantas veces se presentó el caso («quotiescúmque in eadem re peculiare aliquod factum incidit iudicandum»), lo cual claramente indica que esas ordenaciones eran nulas y consideradas como tales por la Iglesia, pues de lo contrario ésta no hubiera permitido ni tolerado esta renovación.

En la observancia de esta disciplina —afirma León XIII— la fuerza oportuna reside en la norma. Ello es evidente, pues se trata de situaciones en que la disposición disciplinar que las regula no hace sino aplicar el derecho divino positivo. Mas —sigue diciendo el Papa— si hubiere acaso alguna duda acerca del verdadero sentido de los documentos pontificios, téngase en cuenta

el valor de la máxima «*Consuetudo optima legum interpres*». Es decir, que en la duda sobre la norma, acúdase a la costumbre que es la mejor intérprete de aquélla (9).

El Papa León XIII reconoce y consagra, en este documento, el valor de una costumbre que ratifica y aplica unos documentos pontificios cuyo sentido está perfectamente claro, pero que la costumbre reitera, viniendo a constituir un elemento corroborante de la disposición pontificia para el caso de que ésta pudiera abrigar tal vez alguna duda en su interpretación.

4. Por último consideremos también las palabras de una Instrucción de la S. Cong. de Propaganda Fide dirigida al Vicariato Apostólico de Siam, el 23 de junio de 1830 (10). Después de recordar la Instrucción, con palabras del Tridentino, la no iterabilidad del Sacramento del Bautismo por cuanto imprime carácter en el alma (11), y la culpa grave que contraen los que lo administran por segunda vez en sujeto que ya lo haya recibido, recuerda la S. Cong. la decretal de Alejandro III (12), por la que el ayudante del que rebautiza incurre en irregularidad. Pero la Instrucción añade que, aunque la decretal hable del asistente del ministro que rebautiza, con mayor razón se ha de decir de este último que incurre en la irregularidad, pues así lo establece el uso y la costumbre, que es «*optima legum interpres*» (13). He aquí una costumbre interpretativa que amplía el alcance de la ley interpretada y que por tanto se incluye en la categoría de las *praeter legem*.

5. Siguiendo las normas del derecho antiguo, impreciso y vacilante en materia de costumbre, es natural que los autores que lo glosaron no vieran la necesidad de la prescripción tratándose de la costumbre interpretativa, y, en este sentido, así se expresaba Fagnanus: «*Huiusmodi enim consuetudo*

(9) «*In huius igitur disciplinae observantia vis inest opportuna proposito. Nam si cui forte quidquam dubitationis resideat in quamnam vere sententiam ea Pontificum diplomata sint accipienda, recte illud valet: Consuetudo optima legum interpres*». *C. I. C. Fontes*, vol. III, Romae, 1925, doc. núm. 631, pág. 498.

(10) *C. I. C. Fontes*, vol. VII. Curia Romana, Typis Polyglottis Vaticanis, 1935, núm. 4.748, pág. 270.

(11) «*Si quis dixerit in tribus Sacramentis, Baptismo scilicet..... non imprimi characterem in anima, hoc est signum quoddam spirituale et indelebile, unde ea iterari non possunt, anathema sit*». Ses. VII, can. 9.

(12) C. 2, X (V, 9).

(13) «*...quae decretalis, tametsi loquatur de ministrante ei qui rebaptizat, multo magis locum habet in rebaptizante, quia usus et consuetudo, quae est optima legum interpres eam poenam etiam de rebaptizante intelligit...*»

interpretativa seu iuris praeeistentis declarativa, favorabilior est, quam consuetudo dispositiva; ideoque in ea sufficit probare observantiam sine praescriptione» (14).

Ahora bien, tratándose del derecho actual y de la interpretación del canon 29, no puede decirse lo mismo, ni recurrirse al derecho anterior, pretendiendo deducir del mismo que, puesto que entonces no se exigía plazo prescriptorio determinado a la costumbre interpretativa, tampoco ahora se exija dicho plazo. Expliquemos por qué.

En ningún texto canónico del derecho anterior que trate expresamente de las distintas clases de costumbre, se determina el plazo prescriptorio con palabras claras e indudables (15). Por tanto, es evidente el contraste entre el derecho vigente, minuciosamente claro en este punto, y el derecho anterior, confuso y abandonado a la solución vacilante de la doctrina (16). No sólo la costumbre que llamamos interpretativa, sino la *praeter* y *contra ius*, estaban vírgenes de regulación en el Derecho de las Decretales en lo referente a plazo prescriptorio. Cada autor daba una solución doctrinal al problema. Había incluso autores como SOTO (y entre los más recientes como GURY y SCHULTE) que negaban la necesidad de un plazo prescriptorio determinado a toda clase de costumbre.

Respecto a la costumbre *praeter legem*, el P. WERNZ, al querer presentar una norma concreta, parece vacilar entre los diez y los cuarenta años de plazo requerido. En cambio, por lo que afecta a la *contra legem*, se decide con más seguridad por el plazo de cuarenta años; mas hace constar expresamente cómo algunos autores se contentan con el de diez años, cuya opinión —dice—, aunque no se apoye en argumentos del todo perentorios, sin embargo, no puede decirse que sea improbable (17).

El derecho actual y el canon 29 hay que mirarlos bajo otras perspectivas más claras, más legales y menos doctrinales. En definitiva, además de las normas que han inspirado el canon 29 hay que tener en cuenta, para la interpretación del mismo, el conjunto de los cánones que tratan de la costumbre,

(14) *Commentarium in primum Decretalium*, Venetis, 1764, pág. 192.

(15) «...nullo textu canonico, qui de iure legali consuetudinis expresse agit, tempus disertis verbis accurate definitur», WERNZ, *Ius Decretalium*, t. I, Romae, 1905, pág. 286.

(16) Vid. BERTOLA, *Notte sulla dottrina canonistica della consuetudine*, en *Rivista ital. per le scienze giuridice*, 1930, pág. 518, nota 2.

(17) WERNZ: *Ob. cit.*, págs. 286 y 287.

en los cuales aparece una nueva regulación (la del plazo prescriptorio) que afecta igualmente, como demostraremos, al mismo canon 29.

LA CUESTION EN LA JURISPRUDENCIA ROTAL

Si analizamos las pocas sentencias que, tanto antes como después de la entrada en vigor del Codex, se refieren al punto de la costumbre interpretativa, notaremos una perfecta congruencia de las mismas con las normas legales en vigor acerca de la costumbre en general y sus requisitos. Y hablamos realmente de la costumbre en general, es decir, abarcando en su concepto las distintas especies, pues la interpretativa, como tal, se identifica con alguno de los dos tipos: *praeter* o *contra ius*.

Muy claramente se atisba esto último en la costumbre interpretativa si nos fijamos en las palabras de una sentencia del año 1911 (18): «*Revera optima legum interpretatio adinventur in subsecuta observantia quae declarat statum antecedentem, etiamsi contraria intelligentia esset de iure verior...*» En ellas aparece bien patente la identificación posible de la costumbre interpretativa y la *contra legem*. El texto, en efecto, se está refiriendo a la costumbre interpretativa, al declarar que la observancia posterior es la mejor intérprete de las leyes, pero además pone de relieve que esa observancia prevalece, aunque una interpretación contraria parezca ser más conforme a derecho.

Por lo que afecta al plazo prescriptorio de la costumbre interpretativa tenemos, en el período anterior a la vigencia del Codex, bastantes sentencias en las que se consigna claramente la no necesidad de plazo determinado de prescripción, lo cual está en perfecta consonancia con la imprecisión imperante en aquella legislación. Dice así una sentencia del año 1916 (19): «*Atque observantia interpretativa non requirit prescriptionem, nec longi temporis spatium, solumque exigit ut probetur id aliquando gestum fuisse, ut pluries docuit Rota*». Otras sentencias, sin embargo, hacen referencia a un determinado plazo, al menos para indicar la seguridad con que debe aceptarse el arraigo de tal cual costumbre, y así una sentencia del año 1913 hace alusión al plazo transcurrido de cincuenta años o más («*observantia continua et pa-*

(18) «*S. R. Rotae Dec. Seu Sententiae*», vol. III, Dec. 14, 23 marzo 1911. pág. 139

(19) *S. R. R. Dec. seu Sen.*, vol. VIII, Dec. 25, 11, agosto 1916, pág. 273.

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO CANÓNICO

cífica longissimi temporis»). Dice su texto: «Cum ergo in nos.ro casu militet observantia continua et pacifica non tantum longi, sed et longissimi temporis, scilicet quinquaginta annorum et amplius, certo certius sufficit ad determinandum verum intellectum Concordiae et Bullarum, de quibus agitur» (20).

Después del Código, y esto es lo que pretendemos demostrar en este trabajo, la costumbre interpretativa, como cualquiera otra, necesita «ut vim legis obtineat» el transcurso del plazo prescriptorio que establecen los cánones 27 y 28; plazo que, junto con los demás requisitos legales, es expresión del consentimiento del superior inserto en la ley.

En una sentencia de 1919, dada año y medio después de la entrada en vigor del C. I. C. (21), se dice que la «saecularis observantia... interpretatio regina ab omnibus merito retinetur». Se trataba de la interpretación de una cláusula del patronato contenido en el testamento de un tal Nicolás Stortiglione, de fecha 25 de septiembre de 1476. De toda observancia legal, aun la que no es secular, se dice también en varias sentencias anteriores al Código, que es «regina interpretationum». Por ejemplo, en una del año 1913 se lee: «Unde etiam in iurisprudencia canonica et praesertim in S. Rota dictum est observantiam esse optimam et fidelem cuiuscumque dispositionis interpretationem, imo eam esse *reginam interpretationum...*» (22). Y en otra de 1926: «Observantia enim est optima quorumlibet actuum, decretorum, et dispositionum interpres, *imo regina interpretationum*, prout asserit Barbosa...» (23).

En lo relativo concretamente al plazo normal y ordinario de cuarenta años para la costumbre interpretativa, no hemos hallado después de entrado en vigor el Codex ninguna sentencia que acoja o no expresamente la tesis que impone dicho plazo. Puede verse, sin embargo, la del 17 de marzo de 1945 (24), que parece seguir la primera doctrina. De todos modos, aunque la Rota hubiese silenciado un punto tan interesante, es obvio que no sería ello prueba de que su jurisprudencia no considerase imprescindible el plazo prescriptorio cuarentenal de la costumbre interpretativa.

(20) S. R. R. Dec. seu Sen., vol. V. Dec. 32, 7 junio 1913, pág. 373.

(21) S. R. R. Dec. seu Sen., vol. X, Dec. 18, 14 noviembre 1919, pág. 158.

(22) S. R. R. Dec. seu Sen., vol V. Dec. 32, 7 junio 1913, pág. 372.

(23) S. R. R. Dec. seu Sen., vol. VIII, Dec. 8, 5 abril 1916, pág. 88.

(24) S. R. R. Dec. seu Sen., vol. XXXVII, Dec. XX, pág. 200.

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN EL DERECHO CANONICO
VIGENTE: DUDAS QUE SUSCITA LA INTERPRETACION
DEL CANON 29

Es natural que el canon 29 suscite dudas al intérprete. Redactado en unos términos vagos y generales y limitado a reproducir, trasplantándola simplemente, una norma romana (25), había de quedar desvitalizado en el conjunto estructural de los cánones que tratan de la costumbre, y, al pretender darle el intérprete vitalidad con su interpretación, había de ser dispar y desigual la explicación. En definitiva, que las especiales circunstancias y consideraciones que concurren en dicho canon, lo hacen de difícil explicación y blanco de positivas dudas. Veamos tres que resaltan al más leve examen del canon:

1. El legislador eclesiástico, al decir escuetamente que la costumbre es la mejor intérprete de las leyes, ¿se ha referido a la costumbre previa y anterior a la ley o, por el contrario, ha querido indicar con ello la costumbre surgida después de la promulgación de la ley?, ¿o acaso el legislador habrá querido tener en cuenta ambas: la anterior y la posterior?

A este problema hemos de responder que el legislador se ha referido directamente a una costumbre posterior a la ley interpretada. Para sostener esta tesis podemos apoyarnos en dos razones, una histórica y otra de autoridad. La histórica es la prescripción de un texto de las Decretales que, en este sentido, habla de la «subsequens consuetudo... optima legum interpres» (26). La razón de las autoridades estriba en la opinión constante de la doctrina en ese mismo sentido (27). Algún autor, como JONE, opina, sin embargo, que dándose el caso de que alguna norma consuetudinaria se transforme después en ley escrita por disposición del superior competente, esta ley habría de ser inter-

(25) Es el final de un texto de PAULO que dice: «Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo», D. I. 3, 37.

(26) C. 25, X (III, 7).

(27) Valgan por todas estas palabras de MICHIELS: «In genere vero, ut patet ex ipsa rei natura et ex doctrina comuni Auctorum, adagium canonicum 29 directe intelligitur de consuetudine post promulgationem legis exorta, seu de interpretatione usuali legis a communitate per observantiam subsequentem demonstrata». *Normae generales iuris can.*, ed., II, vol. II, 1949, pág. 194.

pretada con arreglo a la costumbre anterior, aunque las palabras de la ley —dice— hubiesen alguna vez de ser tomadas en sentido impropio (28). Como ejemplos de este tipo de costumbres que posteriormente fueron plasmadas en leyes escritas, podemos citar la del recitar, y con convencimiento de estar a ello obligado, el clero mayor no beneficiado las horas canónicas; la de que asista al matrimonio, y como requisito para la licitud del mismo, el párroco de la esposa, etc. (29).

2. ¿Cuál es el significado jurídico del calificativo «optima» en el canon?

A la consideración de este problema nos hemos de referir más adelante. Por tanto, estudiemos ahora el problema capital o núcleo del presente trabajo y que resumimos bajo este interrogante: ¿Necesita prescripción la costumbre interpretativa?

Los autores distinguen en toda costumbre dos elementos, uno material y otro formal. El elemento material o básico de la costumbre consiste en la repetición de actos. El elemento formal, como su calificativo indica, es el que informa, vivifica y da a la costumbre fuerza obligatoria. Sin él el elemento material no es más que una repetición uniforme, frecuente y externa de actos de la comunidad. Esencialmente el elemento formal consiste en el plazo prescriptorio exigido por el legislador.

Siendo el elemento formal algo que se añade al elemento material, éste es previo a aquél. Cuando a dicho elemento material no ha sido añadido todavía el formal, se dice que la costumbre (materialiter considerata) está aún informe, no prescrita, y se cifra en un mero hecho (*factum*). Cuando se añade el elemento formal la costumbre adquiere su estabilidad (formaliter considerada) y se dice que ha prescrito; de mero hecho que era se ha convertido en derecho (*ius*).

Pues bien, esta distinción, entre lo material y lo formal de la costumbre, es fundamental por lo que afecta a la costumbre interpretativa de la norma legal, ya que precisamente en ella descansa el problema clave que nos hemos

(28) «Consuetudo, de qua hic agitur, optima legis interpretatio potest esse in variis adiunctis. Hoc evenire potest in casu, in quo ius consuetudinarium per subsequentem Superioris competentis ordinationem mutata est in legem. Quo in casu lex interpretanda est secundum consuetudinem antea vigentem, etiamsi verba legis in sensu improprio aliquando essent sumenda...» *Commentarium in Codicem iuris can.*, 1950, I, pág. 49 y 50.

(29) Cc. 135; 1097, p. 2.º

planteado: si necesita o no plazo de prescripción esta costumbre interpretativa o, con otras palabras, si en la costumbre interpretativa basta o no para su obligatoriedad el elemento material tan solo.

La generalidad de los autores convienen en que la costumbre interpretativa requiere para su obligatoriedad el mismo plazo prescriptorio que la *praeter* o *contra legem*, ya que se resuelve en una de estas dos, y a esta cuestión nos hemos de referir con más atención un poco más adelante.

Antes de transcurrir el plazo la costumbre informe, si reúne las demás condiciones legales, tiene tan sólo un valor doctrinal. Ha de ser considerada —dice MICHIELS— doctrinal o conjeturalmente óptima, de suerte que constituya una regla prudencial, teórica y presuntivamente verdadera, y prácticamente segura (30). Lo mismo sostienen JONE (31) y WERNZ-VIDAL (32).

CONTE A CORONATA equipara la costumbre interpretativa, o «*secundum ius*» como también él la llama, a la interpretación auténtica sólo en el caso de que esa costumbre uniforme y prescrita no añada algo nuevo a la ley. Si añade algo nuevo a la ley, la asimila a la *praeter ius*, y entonces, según él, la costumbre *secundum ius* no parece que tenga fuerza de interpretación auténtica, aun en el caso de que haya prescrito (33).

No estamos de acuerdo con esta tesis y propugnamos, con la generalidad de los autores, que la costumbre interpretativa o según ley tiene valor auténtico y obligatorio en el instante ha prescrito por trascurso del plazo legal (34). Este plazo no es otro que el de cuarenta años, que es el que fijan

(30) *Ob. cit.*, pág. 194.

(31) «*Primis quidem annis huiusmodi observatio legis aequivalet interpretationi doctrinali*», *Ob. cit.*, pág. 50.

(32) «*At consuetudo secundum legem, si est consuetudo facti, sese habet tantum ad instar signi vel testis de vero sensu legis atque de mente legislatoris. Qua ratione optimum est medium interpretationis doctrinalis*», *Ius canonicum*, t. I, Romae, 1952, pág. 353.

(33) «*In vi et natura consuetudinis secundum ius explicanda sudant canonistae. Eius natura in hoc consistere videtur quod, si sit uniformis et praescripta interpretationi authenticae aequiparetur, quin tamen aliquid novi legi addat. Si quid vero novi legi addere dicatur, ita ut alteram prae altera interpretatione probabili necessariam reddat, in consuetudinem praeter ius recidit. Licet igitur magna esse dicatur vis consuetudinis secundum ius in legum interpretatione, tamen authenticae interpretationis vim, licet praescripta sit, habere non videtur...*», *Ob. cit.*, pág. 57.

(34) «*Quando autem consuetudo observandi legem dubiam iuxta certum et definitum sensum, etiam extensivum aut coarctivum, iam sub omni respectu*

los cánones 27 y 28 para la costumbre *contra* y *praeter legem* respectivamente. Es de notar a este respecto cómo el P. CABREROS, que en la edición del Código de la B. A. C de 1945 decía que actualmente podía seguirse la antigua prescripción de los diez años (35), en la edición de 1952 y siguiente dice resueltamente que «actualmente se requieren cuarenta años, que es la norma general fijada por el Código para la costumbre *contra* y fuera de derecho».

CRITICA DE UNA OPINION DOCTRINAL

I. Se trata de la posición que un autor italiano, SARACENI, toma respecto al problema. Este autor, que recoge determinadas muestras de la doctrina jurisprudencial anterior al Código y hace valer además en apoyo de la suya la tesis de SUÁREZ, supone que si se da a la costumbre interpretativa la vestidura necesaria y suficiente para que se constituya fuente autónoma de producción de normas jurídicas, se viene a establecer un dañoso dualismo entre dos fuentes de derecho paralelas y autónomas (36). Y sigue diciendo: «Todo ordenamiento jurídico debe preocuparse de la claridad de las fuentes de producción...» «¿Es deseable —dice terminando este pensamiento— que la misma relación de vida venga contemporáneamente disciplinada por dos normas distintas y que tienen la misma fuerza?»

A esta razón podemos dar contestación contundente. No se trata en absoluto de que la costumbre interpretativa venga a ser una segunda norma

iuridice perfecta est, seu propter adimpletionem omnium conditionum ad consuetudinem iuris efficiendam requisitarum iuridica efficacia munita, vis interpretativa consuetudinis vere authentica est, et quidem per modum legis imposita, quae ab omnibus, etiam iudicibus, obligatorie sequenda est, quin ullus requiratur specialis Superioris actus huius interpretationis approbativus», MICHIELS, *Ob. cit.*, pág. 195. E igualmente JONE: «Verificatis vero decursu temporum omnibus conditionibus, quae ad inducendam consuetudinem requiruntur, haec consuetudo (interpretativa) aequivalet interpretationi authenticae, quae obligationem legis citra naturalem sensum verborum extendere aut coarctare potest», *Ob.*, y *lugar cit.*

(35) Decía en la nota al canon 29: «Para la prescripción de esta costumbre, bastaban en el antiguo derecho diez años, y actualmente puede seguirse la misma norma.»

(36) «*Consuetudo est optima legum interpres*», en *Ephemerides iuris canonici*, an. IV, 1948, pág. 91.

superflua e innecesariamente añadida a la norma principal interpretada. Esta última es incompleta en cuanto que está necesitada de una interpretación. Y es la costumbre posterior la que, naciendo a la vida jurídica, se añade completando a la ley en aquellos elementos en que ésta necesita el complemento, de suerte que la costumbre no sea una nueva norma paralela y equivalente a la ley, y por tanto superflua, sino un nuevo elemento añadido a la ley y, subsistente en virtud de la ley misma, de manera que, como algo accesorio a la ley, pierda su significado y eficacia al ser derogada la ley que es la cosa principal.

La costumbre interpretativa no es un doble de la ley. Sólo tiene valor en aquellos elementos en que añade o quita algo a la ley interpretada. Lo restante de ella, aunque haya prescrito, no es verdadera costumbre o fuente normativa, pues carece de sentido una costumbre posterior e idéntica a la ley. En efecto, si este tipo de costumbre pudiera admitirse, derogada legítimamente la ley por el legislador, tendría que quedar subsistente la costumbre, lo cual iría contra la voluntad particular expresa del mismo legislador.

Si la *diuturnitas temporis* en la observancia popular de una ley hubiese de engendrar una *consuetudo* independiente de la ley misma observada, todo el ordenamiento jurídico quedaría «tractu temporis» consolidado de tal modo, es decir, reproducido doblemente en la costumbre, que el legislador que quisiese derogar o modificar algo del mismo habría de referirse, en la norma derogatoria, no sólo a la ley existente, sino también a la costumbre creada a su lado, pues de otro modo quedaría sin eficacia la derogación. Además de esta razón, es ilusorio pensar en una costumbre de esta índole, porque en ella habría de faltar necesariamente el «animus se obligandi» (a que se refiere el canon 28) en la comunidad que la introdujera y que ya estaría obligada a cumplir la ley. Esa comunidad tendría sencillamente «intención» de cumplir la ley y no de «obligarse» por costumbre a lo que ya la ley manda.

Lo único que hace la llamada costumbre interpretativa, impropriamente dicha «secundum legem», es modificar algún elemento de la ley, y en este sentido es cuando encuentra viabilidad tal costumbre que, en cuanto adherida a la ley (como elemento *prater* o *contra legem*), tendrá el mismo valor y subsistencia que la ley; como si la ley y el elemento consuetudinario añadido a ella fueran una misma cosa. Al ser derogada la ley (cosa principal) quedaría automáticamente derogado el elemento consuetudinario (elemento accesorio), por cuanto lo accesorio no puede subsistir sin lo principal.

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO CANÓNICO

En este carácter de accesoriadad creemos estriba la diferencia de la costumbre interpretativa respecto de las otras dos clases de costumbre (*praeter* y *contra ius*) que tienen valor jurídico propio e independiente de cualquier otra norma.

2. Pregunta SARACENI qué necesidad hay de dar fuerza de ley a la costumbre interpretativa que no tiene otra misión fuera de la de descubrir la voluntad del legislador, e interroga: «¿Acaso para dar el carácter de obligatoriedad a una tal interpretación?»

Hemos de contestar que sí que hay necesidad de dar fuerza de ley («vim legis», como dice el canon 25) a la costumbre interpretativa, pues de otro modo no podría interpretar la ley.

Por medio de la promulgación el legislador, después de haber elaborado la ley, interviene, por así decirlo, de nuevo, y esta vez ante sus súbditos y como fedatario de su propio acto legislativo anterior, para que éstos conozcan la ley que él ha dado y puedan cumplirla. Por medio de aquélla la ley es absorbida al fuero exterior, y de ahí su obligatoriedad (después de la *vacatio*, como es lógico).

Pues bien, un papel equivalente al de la promulgación desempeña en la costumbre el consentimiento del legislador, del cual es constitutivo normal el plazo prescriptorio, requisito legal que valora la costumbre como norma consentida, es decir, admitida por el legislador como obligatoria (considérense atentamente las palabras del canon 25). De ello resulta evidente que si la ley intérprete necesita para su obligatoriedad la intervención del superior en la promulgación, también la costumbre intérprete la necesitará en la «prescriptio temporis» en la cual va implícita esa intervención.

Si la interpretación auténtica sólo proviene del legislador (cuando es «per modum legis exhibita») o a lo sumo de la autoridad judicial o administrativa de la Iglesia (cuando se da por medio de sentencia o rescripto), ¿cómo puede concebirse una interpretación auténtica basada en una costumbre de hecho, es decir, en una costumbre no consentida ni por el legislador ni por otra autoridad, sino sólo por el pueblo? ¿Cómo puede darse cabida a una interpretación general (cual es la que pretende indagar el sentido de una ley en su aplicación a todos los casos) que, sin embargo, no tuviera el aval del legislador, la «vis legis» del canon 25? Ello sería pretender para la norma consuetudinaria interpretativa un rango que no tendría la misma ley intérprete que necesariamente como tal ha de proceder del legislador.

Hay que reconocer la necesidad de que prescriba la costumbre interpretativa, a fin de que pueda adquirir fuerza obligatoria; pues toda costumbre interpretativa no hace otra cosa que quitar o añadir algo a la ley que interpreta, y no se podría conseguir realmente dicho efecto sino cuando la costumbre en cuestión fuera real y efectivamente *contra o praeter legem*. Pero para esto no bastaría el mero uso o costumbre fáctica, sino que sería precisa la prescripción que la elevara al rango de costumbre legal obligatoria. Estas razones son las que SARACENI no parece tener en cuenta.

Ciertamente —como dice este autor— la costumbre interpretativa no tiene otra misión que la de descubrir la voluntad del legislador («altro compito non ha all'infuori di scoprire la volontà del legislatore»). Ahora bien, este «scoprire la volontà del legislatore» no es otra cosa, al menos a nuestro entender, que añadir o quitar a la letra de la ley lo que la interpretación atribuye a la voluntad del legislador. Y si esta voluntad del legislador, que no aparece en el texto legal, ha de imponerse en la vida jurídica cuando la ley interpretada se haya de aplicar, entonces es preciso que el legislador manifieste dicha voluntad, bien por medio de una ley (interpretación legal auténtica), bien por medio de una costumbre que, dada su misión específica respecto de la ley, llamamos interpretativa de esa ley. Pero, repetimos, esta misión intérprete de la costumbre no releva a ésta de que haya de ser prescrita como las demás costumbres.

3. Sostiene SARACENI que no es necesario dar fuerza legal a la costumbre interpretativa, pues esto ya lo ha hecho el legislador en el canon 29 (37). Mas esta opinión creemos que está desprovista de base. El legislador, en dicho canon, no concede o da, sino *reconoce* (es decir, da por supuesta) fuerza legal a la costumbre interpretativa; fuerza legal que viene dada con arreglo a la norma de los cánones precedentes. El canon 29 sólo afirma que la costumbre, la que ha prescrito según lo dispuesto en los cánones 27 y 28, es la mejor intérprete de las leyes. Por tanto el canon 29 no consagra un nuevo tipo o especie de *consuetudo* propiamente, y sí sólo sienta un principio, recogido en el famoso axioma romano, según el cual la costumbre en general tiene además un valor intérprete, y óptimo, de la ley.

Ello además es perfectamente lógico, pues este valor interpretativo de la ley lo tiene la costumbre en el punto en que sea más explícita que aquélla. Si

(37) *Trab. cit.*, pág. 91.

la costumbre dice algo más que la ley, ya positiva (*praeter*) ya negativamente (*contra legem*) tiene que ser prescrita. Si la costumbre no quitase o pusiese algo, no constituiría verdadera interpretación, pues se habría limitado a decir lo mismo que la ley. Pero el requisito de la prescripción no es necesario que lo consigne otra vez el canon 29, después de expuesto en los cánones 27 y 28.

También, por último, es evidente y lógico que esa costumbre, debidamente prescrita, sea la mejor intérprete de la ley anterior, ya que aquí la costumbre «*vim legis obtinens*» constituye una especie de ley, una especie equiparada a la interpretación auténtica «*per modum legis exhibita*», y no hay duda que la interpretación auténtica, la que procede del legislador (aunque en el caso de la costumbre sólo se trate de una procedencia que llamaríamos indirecta) es la mejor de las interpretaciones...

Aunque al traducir la palabra «*óptima*» del canon suela usarse la castellana «*mejor*», que puede inducir a creer que se trata de un comparativo, en realidad no se trata de comparativo, sino de superlativo. «*Optimus*» quiere decir *óptimo*, perfecto, excelente, y éste es el sentido que la palabra tiene así en el canon como en el diccionario. De otra suerte, entendiendo «*óptima*» en sentido comparativo estrictamente, podríamos creer (y a este equívoco se presta la traducción «*mejor*») que la costumbre interpretativa es aún mejor intérprete que la ley (interpretación legal auténtica), lo cual no es exacto.

En este sentido no compartimos la opinión de VERMEERSCH-CREUSEN, para el cual la interpretación proporcionada por la costumbre es preferible a cualquier otra, no sólo a la privada, sino incluso a la auténtica, llegando a calificar a aquélla de «*prima inter pares, propter claritatem et suavem efficaciam suam*» (38).

4. Se ha dicho por nuestro autor que el canon 29 repite la palabra *consuetudo* de la vieja máxima, y el término, en el sistema y en la técnica del Código, no quiere siempre significar fuente formal de normas consuetudinarias, llamándose a menudo «*consuetudo*» al hecho que da lugar a la norma (39).

Digamos algo sobre la distinción entre «*consuetudo iuris*» y «*consuetudo facti*» antes de abordar esta cuestión.

(38) *Epitome iuris canonice*, Romae, 1937, I, pág. 133.

(39) SARACENI, *trab. cit.*, pág. 94.

Esta distinción entre una y otra no la juzgamos ilógica, cual suponía Alasia (40), antes bien, creemos factible en buena lógica la discriminación mental de los dos conceptos, uno de los cuales es presupuesto indispensable para la existencia del otro. Por eso no nos parece acertada la técnica del Código que opta por la univocidad de ambos conceptos.

Sostenemos la distinción entre la *consuetudo* fáctica (que, haya o no prescrito, siempre es la sucesión frecuente de actos semejantes de la comunidad eclesiástica) y la *consuetudo iuris* o norma vinculante que resulta de aquella sucesión (41), y en consecuencia creemos se debiera dar a cada una un nombre distinto. En este sentido hubiera sido conveniente, para evitar confusiones, que el legislador hubiera llamado a la primera «usus» y a la segunda «consuetudo».

Pero ya que el Código llama «consuetudo» indistintamente a una y a otra, puestos en la duda acerca de si el canon 29 se está o no refiriendo a la costumbre de hecho, es más lógico pensar, por el lugar en que está colocado el canon, que el legislador se refiere en él no a ésta, sino a la costumbre legal y debidamente prescrita. Y ello resulta fácil de ver. Después de precisar en los cánones 27 y 28 los requisitos de la costumbre contra ley y fuera de ley respectivamente, proclama en el 29 su óptimo valor interpretativo. Pero, lógicamente, sobreentendiendo que la costumbre reúna aquellos requisitos. Puesto que el canon 29 no consagra una especie más de costumbre, sino que establece una aplicación de las dos clases de costumbre antes tratadas, es obvio que el legislador no tenga que repetir los requisitos y, de hecho, no los repita.

Por otra parte no cabe suponer que una costumbre pueda tener fuerza interpretativa, es decir, valor auténtico para interpretar una ley, si el legislador no le reconoce carácter de fuente formal. Y este carácter no puede tenerlo una costumbre fáctica. Luego, de los dos sentidos que el Códex da indistin-

(40) Vid. su obra *De legibus*, 1783, pág. 322, donde dice: «Ex his colligitur primo non esse ad logicae regulas compositam divisionem consuetudinis in consuetudinem facti, quae nil aliud est quam frequentia actuum, et consuetudinem iuris, quae est ius ex illa frequentia ortum.»

(41) Decimos «haya o no prescrito» al definir la costumbre fáctica, porque consideramos que cabe perfectamente discriminar *in mente*, aun en la misma costumbre prescrita, lo que es elemento fáctico de lo que es elemento jurídico; aunque precisamente en la costumbre prescrita, ambos elementos constituyan en apariencia un «*totum unicum*».

tamente a la palabra «consuetudo», sólo el de «consuetudo iuris» puede aplicarse a la costumbre de que trata el canon 29.

Además, ¿cómo es posible que el legislador quiera abandonar a los vaivenes de la doctrina la determinación del momento en que esa interpretación consuetudinaria obligue? Y si ese momento, ese plazo, no lo ha fijado en el canon 29, es porque ya lo determinó en los cánones 27 y 28, de los cuales el 29 es una aplicación.

5. Por último, SARACENI exige, o al menos desea para la costumbre interpretativa, un rango especial: la científicidad. «La masa —dice— no está preparada para una labor que ha sido siempre honor y gloria de electos ingenios» (42). Y más adelante: «nos parece que si se puede hablar de costumbre interpretativa, la misma debe sobre todo buscarse en la interpretación constante de los jurisconsultos... ¿Por qué escandalizarse? ¿Quién no sabe cuán grande sea la fuerza de una constante interpretación jurisprudencial, por la que, una vez encontrada, el jurisconsulto práctico tiene la casi certeza de poder cantar victoria?»

Mas el canon 29 no dice, ni expresa ni tácitamente, que la costumbre interpretativa haya de elaborarse en los medios técnicos o científicos, ni que haya de identificarse con la jurisprudencia. Ciertamente la ciencia y la jurisprudencia tienen un alto valor al crear derecho consuetudinario, mas no son medios exclusivos en la interpretación consuetudinaria de la ley, antes bien, el Código no las menciona con ocasión de la costumbre interpretativa, sino al exponer en el canon 20 los medios supletorios en las lagunas legales. El mismo SARACENI, al afirmar que la costumbre interpretativa «debba *soprattutto* ricercarsi nella interpretazione costante dei giureconsulti», parece da a entender con el «*soprattutto*» que el derecho científico, sobre tener una preeminencia y una garantía indiscutibles, no es medio exclusivo, sino concomitante con otros en la interpretación basada en el canon 29.

Es lógico por otra parte que el autor (que se inclina por la teoría de que el legislador se refiere en el canon 29 a la «consuetudo facti») exija como necesaria, o al menos subraye como muy conveniente, para la elaboración de la costumbre interprete la intervención del elemento culto, pues sólo el elemento culto podría dar, en un corto plazo de vida de la costumbre que introdujera, garantía sólida de razonabilidad a la misma. Ahora bien, si

(42) Trab. cit., pág. 92.

suponemos (y ello lo creemos más lógico según dijimos más arriba) que la costumbre del canon 29 ha de ser prescrita por *cierto* plazo, poco importa entonces quién sea el que introduzca esa costumbre, pues antes de expirar el plazo legal, podría la autoridad eclesiástica competente cortar el uso introducido en el caso que éste no fuese natural y canónicamente viable.

6. El tema propuesto constituye un problema de insegura solución si se la queremos dar a base del texto legal escueto. Por eso, y para dársela verdaderamente, propugnaríamos se diera una mayor explicitud al canon 29; por ejemplo, que indicase claramente que la costumbre «optima legum interpretis» fuese precisamente la referida en los dos cánones anteriores, para, de este modo, tener la seguridad de que ha de ser prescrita.

Creemos sinceramente, y además lo avala la casi unánime doctrina, que el legislador tuvo intención de decir esto último. No obstante, si hubiéramos de ser rigoristas, habríamos de dudar, o quedar perplejos al menos, ante la escueta redacción del canon. Por ello sabemos respetar y reconocer cierta lógica a la opinión sostenida por SARACENI. Por otra parte, este autor tampoco se muestra concluyente en su aserto. «L'opinione da noi difesa —dice— presta il fianco, è vero, ad una spontanea obiezione; si dirà che non è piccolo inconveniente l'aver lasciato imprecisato il periodo di tempo necessario o il numero degli atti necessario per poter ravvisare praticamente una consuetudine interpretativa.» Y a tal posible objeción responde quizá un tanto vagamente: «Noi risponderemo che la scienza del diritto regna sovraneamente difficile sulle altre scienze, appunto perchè non ha un'unità di misura. Se questa ci fosse, attingere giustizia sarebbe un fatto banale, non il tormento eterno delle generazioni!» (43).

CONCLUSION

Es insostenible, según hemos demostrado, la opinión que propugna que la costumbre interpretativa no necesite plazo prescriptorio concreto. Esta costumbre, que en definitiva se resuelve en la *praeter* o en la *contra legem* (aunque se diferencia de ellas en cuanto a su peculiar carácter de accesorie-

(43) SARACENI, trab. cit., pág. 94.

dad respecto de la ley que interpreta), requiere necesariamente por este motivo el mismo plazo de cuarenta años que la ley exige para la prescripción de aquellas dos.

Sin embargo, ante la duda que origina la lacónica redacción del canon 29, nos atrevemos a insinuar respetuosamente, como «optandum» ante la anunciada reforma del Codex, el que el canon 29 pudiera redactarse así: «Consuetudo admissa in canonibus 27 et 28 est optima legum interpres», con lo cual quedaría resuelto el problema a base de una explicación lógica y también legal.