

Terráneo, Sebastián

La costumbre en el Derecho Canónico Indiano

Anuario Argentino de Derecho Canónico Vol. XX, 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Terráneo, S. (2014). La costumbre en el Derecho Canónico Indiano [en línea], *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 20. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/costumbre-derecho-canónico-indiano.pdf> [Fecha de consulta:.....]

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CANÓNICO INDIANO

SEBASTIÁN TERRÁNEO

SUMARIO: Introducción. I. La costumbre en la tradición canónica. I.1. La costumbre en Derecho Canónico Indiano. I.1.1 La costumbre en la doctrina canónica indiana. I.1.2 Prueba de la costumbre. I.1.3 Extinción de la costumbre. II. Aplicaciones de la costumbre canónica indiana. II.1 Culto y disciplina de los sacramentos. II.2 Protección y derechos de los indios. II.3 Relación ley-costumbre. II.4 Relaciones con la autoridad secular. III. Conclusiones.

RESUMEN: El artículo estudia la vigencia de la costumbre en el mundo canónico indiano. Luego de presentar su evolución y desarrollo en el derecho universal analiza la doctrina sobre la materia a partir de autores indianos. Se expone la vigencia del derecho consuetudinario en diversos ámbitos de la vida eclesiástica americana concluyendo en afirmar el amplio imperio de este derecho en la Iglesia de Indias y, señalando que entorno al siglo XVIII se comienza a percibir cierta desconfianza hacia esta fuente del derecho canónico con normas que tienden a otorgar mayor control al legislador.

PALABRAS CLAVES: Derecho canónico indiano; costumbre; ley canónica; autores.

ABSTRACT: The text studies the costum's applicability in the canonic indian world. After presenting its evolution and development in the universal law, it analyzes the doctrine upon the subject through indian authors. The article exposes the applicability of the common law in different areas of the american ecclesiastic life, cloncluding with the afirmation of the rule of this law in the Indian Church, and pointing the fact that in the surroundings of the XVIIIth century a certain mistrust towards this source of canonic law is perceived, with regulations that tends to bestow a major control to the legislator.

KEYBOARDS: Indian canon law; custom; canon law; authors.

INTRODUCCIÓN

La vigencia de la costumbre en el mundo jurídico indiano, tanto en su vertiente secular como eclesiástica, es amplísima. La novedad que implicó el descubrimiento del Nuevo Mundo favoreció el nacimiento y vigor de nuevas costumbres adaptadas a las peculiares condiciones de América¹. Objeto de estudio detenido ha sido la costumbre indiana seglar². No puede sostenerse la misma afirmación para el Derecho Canónico Indiano; el presente trabajo pretende ser una aportación, necesariamente incompleta y parcial, al estudio de esta fuente del derecho que a diferencia de los ordenamientos jurídicos estatales aún es contemplada como tal por la legislación eclesiástica vigente.

I. LA COSTUMBRE EN LA TRADICIÓN CANÓNICA

El general renacimiento de los estudios romanísticos que caracterizó el período histórico en donde la ciencia canónica comienza a superar claramente, con construcciones teóricas más elaboradas, los fines especialmente prácticos de las compilaciones del primer milenio cristiano influye en la reflexión canónica sobre la costumbre. Al punto que, al menos hasta el tardo Medioevo, puede hablarse de una doctrina romano-canónica de la costumbre. Posteriormente, con la profundización de fundamentales cuestiones teológicas y la reflexión canónica sobre el fenómeno consuetudinario se acercarán aportes originales en la materia³.

Sin perjuicio de la influencia del derecho romano desde la antigüedad la Iglesia ha reconocido a la costumbre una grandísima importancia en la disciplina eclesiástica, sobre todo, para suplir lagunas legales⁴. Los Padres y los autores eclesiásticos reconocen su valor vinculante. Sus escritos contendrán muchos elementos esenciales que serán utilizados en la elaboración de las futuras teorías. El ejemplo más significativo es Tertuliano. En *De corana militis* se propone demostrar como el cristiano encuentra normas de conducta no solo en la Escritura sino también en la tradición. En el *Liber de virginibus velandis*, del período monta-

1. Cf. A. DE ÁVILA MARTEL – B. BRAVO LIRA, *Aportes sobre la costumbre en el derecho indiano*, 10 (1984) Revista Chilena de Historia del Derecho, 44, J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del Derecho indiano*, Roma 2000, pág. 384.

2. Cf. V. TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América Hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires 2001.

3. Cf. G. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Padua 1993, págs. 13 - 14.

4. Cf. R. NAZ, *Dictionnaire de Droit Canonique*, Paris 1949, Tom. IV, voz: *Coutume*, pág. 734.

nista, previene del peligro que la costumbre se convierta en vehículo del error⁵. Isidoro de Sevilla a mediados del siglo VII, siguiendo expresiones del derecho romano, sostenía que todo el derecho surge de la ley o del uso, es decir, de una costumbre probada por su antigüedad⁶.

Durante el primer milenio, serán numerosas las disposiciones normativas tanto de los Pontífices como de los concilios y de los obispos afirmando el valor de la costumbre procurando valorarla de acuerdo con la doctrina cristiana. Esta impostación también se encuentra en las diversas iniciativas elaboradas hasta el siglo XI para ordenar, sistemáticamente, la opinión de los diversos autores eclesiásticos, los escritos de los Padres y las decisiones conciliares acompañando las soluciones canónicas con las propias del derecho romano.

Una verdadera construcción teórica de la costumbre canónica aún no es posible encontrar en el Decreto de Graciano aunque esta obra reserve algunos títulos a la materia. El *Decretum* solo admite sin restricciones las costumbre *præter legem* y niega toda eficacia a la costumbre contradictoria de la ley. Los decretistas seguirán estos mismos postulados. Será en las Decretales de Gregorio IX donde se encontrarán todos los elementos que en lo sucesivo caracterizaran al derecho consuetudinario. En esta colección se reconoce un amplísimo ámbito de aplicación al derecho no escrito que va desde la liturgia hasta los sacramentos y sacramentales con particular consideración del matrimonio, de la colación de beneficios hasta la actividad judicial afirmado, definitivamente, el valor jurídico de la costumbre⁷. Al mismo tiempo, el vocabulario se vuelve más preciso revistiendo al término *consuetudo* de valor jurídico y diferenciándolo del *usus* que permanecerá como una práctica y de la *traditio* referida a la transmisión de la fe⁸.

En el desarrollo posterior de la doctrina canónica hasta el Concilio de Trento son fundamentales para los siglos XIII, XIV y XV respectivamente el Hostiense, Juan de Andrea y el Panormitanus pero el momento definitivo en la evolución de la doctrina canónica sobre esta fuente del derecho tendrá lugar con Francisco Suárez (1548-1617) cuyas tesis en este tema serán repetidamente referidas por la doctrina posterior, incluyendo, los autores indios, como más adelante se verá⁹.

5. Cf. G. COMOTTI, *La consuetudine ...*, págs. 27 – 28.

6. Cf. J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Milán 1998, pág. 442.

7. Cf. G. COMOTTI, *La consuetudine ...*, págs. 31- 32.

8. Cf. J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico...*, pág. 442.

9. Cf. G. COMOTTI, *La consuetudine...*, págs. 34 -47.

I.1. La costumbre en Derecho Canónico Indiano

En Indias la costumbre, en particular la costumbre *contra ius scriptum*, rigió amplios sectores de la vida eclesiástica. Los motivos de este reinado del derecho consuetudinario son muchos: dificultades por la falta de ministros, el hecho que los primeros misioneros fueran religiosos y ejercieran funciones del clero secular conservando sus privilegios, la falta de comunicación con la Sede Apostólica, de visitas episcopales, el desconocimiento de la legislación pontificia, el uso de las facultades *solitas* tomándose como regla general una excepción o dispensa a la ley, prácticas que procedían de la epiqueya deduciéndose derechos y facultades no reconocidas por norma escrita alguna, la continua y universal intervención de la Corona española y el uso de recurrir a ella y no a Roma en la mayor parte de las controversias y dificultades. En materia cultural, la ignorancia y descuido de las rúbricas litúrgicas, la carga de ocupaciones de los obispos que impidieron, en diócesis tan extensas, la vigilancia y corrección de los abusos entre otros motivos facilitaron usos y prácticas contrarios a la disciplina eclesiástica general. De todas estas costumbres unas se legitimaron por su antigüedad, uniformidad y universalidad y por permitirlo la materia involucrada y otras, aunque muchas veces observadas, eran consideradas corruptelas¹⁰.

En consonancia con régimen universal el Derecho Canónico Indiano reconoce en multiplicidad de lugares la importancia de la costumbre. En 1687 las Constituciones sinodales del obispado de Venezuela y Santiago de León de Caracas afirman que “Las costumbres aprobadas por la República son en parte verdaderas Leyes mejores, y de más eficacia que las escritas; porque estas, promulgadas por el Supremo Legislador, de ordinario se suelen recibir con alguna repugnancia; y aquellas siempre tienen de su parte el consentimiento de todo el pueblo junto pues persuaden con blandura, y llevan a sí los ánimos sin contradicción”¹¹.

I.1. 1. La costumbre en la doctrina canónica indiana

Al parecer, los canonistas indianos que más estudiaron el tema son el obispo de Santiago de Chile fray Gaspar de Villarroel (1587 – 1665) y el jesuita Pedro Murillo Velarde (1696-1753) ambos muy influidos por las Leyes de las Siete

10. Cf. B. ARRILLAGA, en *Concilio III Provincial Mexicano ilustrado con muchas notas del R. P. Basilio Arrillaga*, México 1859, nota 121, págs. 496 - 497.

11. CONSTITUCIONES SYNODALES DEL OBISPADO DE VENEZUELA, Y SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. I, Tit. IX. De la costumbre y su fuerza*, 122.

Partidas, la glosa gregoriana y el *De Legibus ac de Deo legislatore* de Suarez¹². Estos autores como la legislación canónica indiana que se ocupa de la materia expondrán el régimen de la costumbre sin variaciones sustanciales con relación a los tratados europeos.

Murillo Velarde enseña que el derecho está constituido por la ley escrita y la no escrita. Procede de la ley no escrita el derecho que el uso ha aprobado, ya que, las costumbres constantes aprobadas por el consentimiento de los usuarios son equiparables a la ley escrita¹³. Indica que la costumbre se distingue de la ley porque esta última es escrita y no la costumbre, al menos, en su introducción aunque posteriormente se vuelque por escrito. La ley surge de la expresa voluntad del príncipe y obtiene su vigencia por un único acto no así la costumbre que también se distingue del llamado estilo de curia. En efecto, el estilo de curia es una especie de costumbre que solo tiene lugar en sede judicial. Asimismo, señala que la costumbre requiere, en principio, mala fe dado que es menester el consenso del pueblo y la intención de abrogar una ley siendo entonces necesario el conocimiento de la norma contraria¹⁴.

La costumbre, según la tradicional clasificación, se distingue entre aquella que es conforme al derecho y es la mejor intérprete de la ley. Por esta costumbre, ejemplifica, se interpreta la ley cuaresmal del ayuno que no se viola por beber agua o tomar un mínimo alimento, los contratos, los juicios, etc. También, rige para el derecho divino cuando indica la mente del Legislador como se observa en varias tradiciones de la Iglesia para los sacramentos haciendo la salvedad que para este caso es necesaria la tradición universal de la Iglesia o la aprobación pontificia. Si la costumbre *secundum legem* es auténtica y ha regido por diez años tiene fuerza de ley. Reconoce, además, otras dos clases de costumbre; aquella que establece un derecho o una obligación para un supuesto no contemplado por la legislación escrita (*praeter legem*) y, finalmente, la costumbre *contra legem*, es decir, aquella por la que se suprime o aniquila un derecho o una obligación precedente¹⁵. Villarroel recuerda que para que la costumbre prevalezca contra la ley es necesario el trascurso de cierto lapso de tiempo. Algunos, indica, entendieron siguiendo la normativa secular que eran suficientes diez años, sin embargo, este autor subraya que es una cuestión pacífica que la costumbre en la Iglesia para abrogar una norma escrita debe prescribir por cuarenta años. Asimismo, reco-

12. Cf. J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del Derecho...*, pág. 383.

13. Cf. P. MURILLO VELARDE, *Curso de derecho canónico hispano e indiano*, México 2004, Lib. I Tít. IV, 112.

14. Cf. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 115.

15. Cf. *Ibid.*, 113 - 114.

noce que una ley universal de la Iglesia puede ser abrogada por una costumbre particular¹⁶.

En el siglo XIX, Arrillaga señala que en Indias hubo tres especies de costumbre. Por un lado, la costumbre de la Iglesia universal, por ejemplo, la que autoriza a los párrocos a dispensar en los preceptos vinculados a la santificación de las fiestas o el ayuno. Otro grupo constituido por las costumbres recibidas de la Iglesia peninsular tales como, al menos para el arzobispado de México, las costumbres relacionadas con la forma de votar en los cabildos, las vestiduras de los capitulares, el modo de provisión de las canonjías de oficio, la costumbre de conferir las órdenes menores por la tarde aun cuando estaba expresamente prohibido por el Pontifical Romano, en fin, también vendría de España la costumbre de consignar la llave del sepulcro del Señor a laicos el Jueves Santo y la ceremonia del Estandarte y Bandera de la Santa Cruz, *ostensio sacri vexilli*, observada también en la diócesis de Chiapas¹⁷. El último grupo de costumbres corresponden al derecho consuetudinario particular. Alguna de ellas, para el área novohispana, sería la interpretación hecha de la facultad *solita sexta*¹⁸ en orden de hacerla extensiva aún a los católicos y cristianos viejos, si bien, estaba en principio circunscripta a los infieles y herejes recién convertidos¹⁹.

Para que la costumbre tenga fuerza de ley son necesarios los siguientes presupuestos: 1) la razonabilidad, 2) la prescripción por el tiempo legal, 3) su introducción por medio de actos voluntarios con la intención de establecer derecho, y 4) el consentimiento de la autoridad.

1) La razonabilidad

La costumbre debe ser positivamente racional o, al menos, negativamente. Nunca será razonable una costumbre contra la ley divina (p. ej. La que rechaza la religión o atenta contra el culto divino) o la ley natural (p. ej. Contra el deber de piedad debido a los padres). Tampoco tendrá valor legal un uso que infiera molestias a la Iglesia o en perjuicio de la disciplina eclesiástica (p. ej. Desprecio a las censuras, a un lugar exento, a la inmunidad de los bienes eclesiásticos, que

16. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico - pacífico y union de los dos cuchillos pontificio y regio*, Madrid 1738, Tom. I, Par. I, Cuest. III, Art. II, 15 - 17.

17. Cf. CONSTITUCIONES DIOCESANAS DEL OBISPADO DE CHIAPA DE 1692, *apéndice primero*.

18. Esta facultad autorizaba a dispensar en el tercer y cuarto grado de consanguinidad y afinidad simple y mixto solamente, y en el segundo, tercero y cuarto mixtos pero no en el segundo simple o puro en cuanto a los matrimonios futuros y en los matrimonios celebrados en el segundo grado simple solo respecto de los que se convierten al catolicismo de la herejía o el paganismo y declarar legítima la prole de estos matrimonios.

19. Cf. B. ARRILLAGA, en *Concilio III Provincial Mexicano...*, nota 121, págs. 497-498.

un simple sacerdote puede administrar el sacramento de la confirmación o que un abad exento pueda ser trasladado a otra abadía sin la licencia papal)

Es irracional, asimismo, la costumbre por la cual el cabildo eclesiástico pretendiera cambiar, sin el consentimiento del ordinario, costumbres antiguas y aprobadas. Es ineficaz, por último, toda costumbre que indujera a pecar, conceda impunidad para delinquir, autorizara a un sujeto prescindiendo de dispensa pontificia a ser titular de varios oficios o reconociera una manifestación popular como sentencia en la resolución de causas eclesiásticas²⁰. El II Concilio Provincial de La Plata (1774-1778) sancionará una constitución en dónde enumera estas y otras costumbres prohibidas declarando que no pueden prescribir aunque se hayan observado desde tiempo inmemorial²¹. En resumen: no puede constituirse en costumbre con fuerza de ley una práctica contraria al bien común, a las buenas costumbres o a la Iglesia. Faltando este requisito de la razonabilidad no se puede hablar de costumbre sino de corruptela²².

En caso de duda sobre la razonabilidad será necesario recurrir al juez en el fuero externo, al confesor para el fuero interno y, según el caso, al dictamen del doctor. Cuando se reprueba una costumbre contraria a la ley canónica se entiende que la misma es irracional o ilegítima, ya que, si solo fuera contraria a la norma positiva no debe ser reprobada porque la misma costumbre puede abrogar normas de esa naturaleza incluso en lo que se refiere a los sacramentales y ceremonias no sustanciales ni establecidas por Cristo en tanto se tratan de disposiciones de derecho eclesiástico²³.

2) *La prescripción por el tiempo legal*

Como ya se ha señalado es suficiente el plazo de un decenio para introducir una costumbre eclesiástica no contemplada por la ley y cuarenta años para la costumbre *contra legem*.

20. Cf. II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, Lib. I, Tít. V, *Const. III. De la calidad de razonable que debe tener la costumbre para los efectos que se expresan en la Constitución I de este Título*.

21. Cf. *Ibid.*, *Const. V. Que señala algunas costumbres especialmente reprobadas en derecho*.

22. Cf. II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, Lib. I, Tít. V, *Const. III. De la calidad de razonable que debe tener la costumbre para los efectos que se expresen en la Constitución I de este Título*, CONSTITUCIONES SYNODALES DEL OBISPADO DE VENEZUELA Y SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. I, Tít. IX. De la costumbre y su fuerza*, 123, G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. I, Par. I, Cuest. III, Art. II, 19 – 22, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 118. En este mismo apartado Murillo Velarde admite, probada su utilidad, la validez legal de una costumbre irracional en el ámbito del derecho de gentes.

23. Cf. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 119.

El número de actos necesarios para la constitución de la costumbre no está establecido por el derecho y queda sujeto a la determinación judicial. Por otra parte, si la autoridad castiga, aunque sea en una sola ocasión, los actos a través de los cuales se pretenden introducir una costumbre el plazo legal queda interrumpido.

Como una ley posterior puede derogar una antecedente del mismo modo una costumbre universal es abrogada por otra costumbre contraria legítimamente establecida. Una costumbre particular solo puede ser suprimida por una nueva ley que expresamente lo disponga, sin embargo, una ley universal no puede suprimir una costumbre particular. El IV Concilio de México de 1771 declara que ante un rescripto contrario a una costumbre legítima del arzobispado o de la provincia eclesiástica se suspenderá la ejecución del mismo y se dará cuenta al Consejo de Indias para que presente la correspondiente suplicación consultando el prelado a Su Santidad²⁴. Además del trascurso del tiempo es necesario para la validez de la costumbre un título de lo contrario se requiere un tiempo inmemorial²⁵. Con relación a la costumbre inmemorial aunque algunos autores establecen como regla general que por medio de esta pueden adquirirse todo tipo de derechos que podría otorgar el príncipe por privilegio ese principio no debe aplicarse al supuesto en que el sujeto es incapaz de obtener un derecho independientemente del privilegio que se le concede. Así, un laico no podría por virtud de la costumbre adquirir el derecho de percibir diezmos. Sin embargo, la situación de hecho funda un privilegio que puede ser ejercido hasta que se pruebe lo contrario²⁶.

3) Introducción por medio de actos voluntarios con la intención de establecer derecho

La costumbre se introduce por medio de actos voluntarios dado que ella es eficaz en la medida que goza del asentimiento común manifestado en el obrar de la comunidad. Los actos involuntarios no fundan costumbre alguna. Los actos producidos por ignorancia o error, es decir, no voluntarios impiden la formación de una costumbre que tenga virtualidad legal. La costumbre toma fuerza y eficacia de la tácita convención del pueblo y esta última no existe sin no median actos libres con la intención de crear derecho²⁷. Estos actos deben ser producidos por todo el pueblo o por la mayor parte, debe tratarse de actos públicos y notorios eje-

24. Cf. IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. I, Tít. III, § 3*.

25. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. I, Par. I, Cuest. III, Art. II, 23-34, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 121.

26. Cf. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 124.

27. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. I, Par. I, Cuest. III, Art. II, 41-42.

cutados de manera uniforme con conocimiento de la existencia de la ley contraria o con la intención de generar una obligación si se trata de actos no previstos por el derecho o bien con la intención de derogar la ley en el caso de una costumbre que busque abrogar una norma. Los actos que se repiten por fines devocionales (aperción de agua al inicio de la cuaresma, el uso de palmas el Domingo de Ramos, el Ángel al tañido de las campanas, etc.) no implican una costumbre con fuerza de ley²⁸.

Si en algún caso el pueblo cree con error que una práctica que observa es aquello que la ley dispone no existe, en tal supuesto, advertencia, consentimiento, ni voluntad de crear derecho, por tanto, una vez descubierto y manifiesto el error se debe restablecer la verdad cesando todo efecto de semejante comportamiento²⁹.

4) *El consentimiento de la autoridad*

Además de los requisitos recién enunciados para que la costumbre tenga fuerza de ley debe contar, sostiene Murillo Velarde, con el consentimiento del príncipe, en este caso, eclesiástico. No es necesario un asentimiento personal de la autoridad de forma tal que ignorante de la novedad consuetudinaria esta pueda introducirse dado que, de otro modo, raramente o nunca podría establecerse una costumbre y, por otra parte, si la autoridad consintiera en ella este consentimiento generará fuerza legal; antes que frente a una costumbre se estará ante una ley³⁰. Algunos autores, como Villarroel, exigían que la autoridad debía tener noticia de la costumbre para que tácitamente se generé su consentimiento³¹. El II Concilio Provincial de La Plata declaró que en algunas ocasiones la autoridad, para evitar escándalos y daños mayores, suele tolerar ciertas prácticas que en realidad desea impedir. Tal comportamiento del superior no debe entenderse como aprobación o legitimación de una costumbre sino que es necesario, para obtener tal efecto, su consentimiento “espontáneo, libre y con perfecta ciencia de la cosa”³². Por su parte, y, en el mismo siglo, el obispo de Buenos Aires Manuel Azamor y Ramírez entendié que sería suficiente la tolerancia o aceptación tácita de la autoridad como, por ejemplo, en el caso de la costumbre observada por la Iglesia porteña sobre el lugar del asistente real en los concursos. Diferente es el caso de las costumbres

28. Cf. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 117.

29. Cf. II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, *Lib. I, Tít. V, Const. IV. Que la costumbre introducida por error no vale, y queda sin fuerza luego que se manifiesta la verdad.*

30. Cf. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 122.

31. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. I, Par. I, Cuest. III, Art. II, 35-40.

32. II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, *Lib. I, Tít. V, Const. II. En que se explica cuál ha de ser el consentimiento del superior que se requiere para la legitimidad de la costumbre.*

contra la ley. Practicadas con la tolerancia del príncipe tal actitud se suele interpretar como tácito consentimiento; pero, en sentido estricto, la práctica basada en la costumbre *contra legem* es un abuso de hecho y será necesario el reconocimiento de la autoridad, en particular, si tales costumbres se dan en América³³.

I.1.2 Prueba de la costumbre

La costumbre es un hecho que no se presume sino que tiene que probarse. Quien la alega, si la costumbre no es notoria “ni toca al orden judicial” debe probarla, al menos, con dos testigos no siendo suficientes que conste en los escritos de algún doctor “porque aquellas cosas que son de hecho muchas veces engañan aun a los más prudentes...”³⁴. En sede judicial el tribunal determinará la obligatoriedad de la costumbre considerando el hecho que la misma sea de gravoso y de difícil cumplimiento y, no obstante, fuera observada pacíficamente por el pueblo o bien que la autoridad castigue al transgresor, también el juzgador puede valorar para su aprobación la utilidad en orden al bien común o si los varones sabios y prudentes juzgan mal a los infractores, o bien, si el pueblo se escandaliza frente al incumplimiento. Murillo Velarde entiende que no es necesaria la aprobación de la costumbre en juicio contradictorio sin desconocer la utilidad que ese extremo significa³⁵. Por su parte, en el obispado de Venezuela y Santiago de León de Caracas se estableció, tratándose de una cuestión judicial, que corresponde también la carga de la prueba a quien invoca el derecho consuetudinario. Dado que la cantidad de circunstancias necesarias para la averiguación son tan numerosas que resulta difícil su concurrencia simultánea y que es frecuente por parte de los litigantes que aquello que de por sí es pecado, abuso o error se pretenda hacer valer como antigua costumbre para evitar los daños que puedan surgir de este proceder y, que por esto mismo se dilaten y obstaculicen las causas judiciales se dispuso no se alegue ninguna costumbre que no reúna los requisitos canónicos o bien que haya sido reconocida en juicio contradictorio con sentencia pasada a autoridad de cosa juzgada o estuviera justificada por el paso del tiempo en las condiciones establecidas en el Liber VI, o bien, haya sido aprobada por un sínodo diocesano. Asimismo, el sínodo declara nulas todas las costumbres contrarias o fuera de la

33. Cf. D. RÍPODAS ARDANAZ, *El obispo Azamor y Ramírez. Tradición cristiana y modernidad*, Buenos Aires 1982, pág. 186.

34. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 124.

35. Cf. *Ibid.*, 117.

ley que no contengan los elementos mencionados y que hayan sido introducidas cuarenta años antes de la sanción de la constitución que así lo establece³⁶.

I.1.3 Extinción de la costumbre

Las costumbres universales se derogan por una nueva ley universal que le sea contraria aunque no haga referencia a ellas. Las costumbres particulares si no son inmemoriales se derogan con la cláusula general *non obstante quacunque consuetudine*. Si la expresión se refiere a costumbres vigentes, en principio, no prohíbe una costumbre en el futuro en tanto que solo reprueba la costumbre que se opone a la ley presente y una costumbre futura no es contraria a esa ley en cuanto que aún no existe. En cambio, si la cláusula es de carácter general, dado que la ley por su naturaleza se ordena al futuro, la prohibición se extiende también a las costumbres que en el futuro se establezcan.

La cláusula en cuestión no es suficiente si las costumbres particulares son inmemoriales, en tal caso, es necesario la mención expresa o las palabras *etiam immemorialis* o la indicación que se trata de abusos o corruptelas³⁷.

II. APLICACIONES DE LA COSTUMBRE CANÓNICA INDIANA

Como en el régimen del derecho universal en Indias, como por otra parte ya se ha afirmado, el imperio de la costumbre se extendió en todos los ámbitos de la vida eclesiástica americana. Son frecuentes las referencias al derecho consuetudinario que declara, por ejemplo, a quienes corresponde asistir y quienes tienen derecho a voto deliberativo en las asambleas eclesiásticas³⁸, asimismo en la costumbre se funda el derecho de los representantes de los cabildos eclesiásticos a participar en los concilios con voto deliberativo³⁹, el derecho en la limosna de

36. Cf. CONSTITUCIONES SYNODALES DEL OBISPADO DE VENEZUELA Y SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. I, Tít. IX. De la costumbre y su fuerza*, 124.

37. Cf. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 123, B. ARRILLAGA, en *Concilio III Provincial Mexicano...*, nota 121, págs. 499.

38. Entre otros cf. SÍNODO DE SANTIAGO DE YAMBRASBAMBA DE 1586, *Convocatoria para el sínodo venidero*, SÍNODO DE CRISTÓBAL DE HUAÑEC DE 1588, *Convocatoria para el sínodo venidero*, SÍNODO DE SAN JUAN DE PUERTO RICO DE 1645, *Convocatoria*, SÍNODO DE BUENOS AIRES DE 1655, *Edicto convocatorio*, SÍNODO DE SANTIAGO DE CHILE DE 1688, *Carta pastoral convocatoria*.

39. Cf. *Carta o memorial de los delegados de las Catedrales para el Concilio de 1567*, en R., VARGAS UGARTE, *Concilios Limenses (1551 – 1772)*, Lima 1952, Tom. II, pág. 153.

una Misa particular⁴⁰, el elenco de casos reservados⁴¹, el uso del arancel eclesiástico⁴², la sepultura eclesiástica⁴³, etc. Sería extenso enumerar los diversos sectores del mundo canónico en donde regía la costumbre. A continuación, se expondrán diversas situaciones o relaciones canónicas donde se ha acreditado el uso de la costumbre como fuente del derecho regulando la vida de los fieles en concurrencia con la ley o bien abrogando o prescindiendo del derecho escrito.

II.1. Culto y disciplina de los sacramentos

Una costumbre tratada ya por los doctores indianos⁴⁴ en su época y posteriormente recogida por autores modernos⁴⁵ es la cuestión del uso de lactinios durante el tiempo de cuaresma. Por tales se entendían no solo la leche y el queso sino también los huevos y se discutía si la grasa se incluía o no en los mismos. En Indias la costumbre autorizaba los días de abstinencia al uso de leche, queso, huevos y también de grasa para condimentar la comida⁴⁶. G. de Villarreal trató en extenso la cuestión llegando a la conclusión, en consonancia con la doctrina

40. Cf. SÍNODO DE TUCUMÁN DE 1597, *Tercera Parte, Const. 22. De la limosna de las misas de cofradías*.

41. Cf. SÍNODO DE CONCEPCIÓN DE 1744, *Cap. XII. De los casos reservados en la confesión, Const. Única*.

42. Cf. SÍNODO DE SANTAFÉ DE 1606, *Cap. 15. De los curas de españoles y de indios*, SÍNODO DE CONCEPCIÓN DE 1744, *Cap. XII. De los aranceles de obvenciones, Const. Única*. También, S.R. FRÍAS, *Aranceles eclesiásticos, norma y costumbre*, Investigaciones y Ensayos 56 (Enero – Diciembre 2006/2007) 133 – 162.

43. Cf. CONCILIO PROVINCIAL DE SANTO DOMINGO DE 1622 – 1623, *Ses. Quinta, Tít. IV, Cap. III. De los difuntos y sus sepulturas, § III*, CONSTITUCIONES SYNODALES DEL OBISPADO DE VENEZUELA, Y SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. IV, Tit. XI, 88*.

44. Cf. D. DE AVENDAÑO, *Thesaurus Indicus, seu instructor pro regimine conscientiae, in iis quae ad Indias spectant.*, Antuerpiæ 1668, Tom. I, Tit. V, Cap. XXVIII, 226 – 230, G. DE VILLARREAL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. I, Par. I, Cuest. III, Art. II, A. DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, Lib. IV, V, Trat. 4, Secc. 5 – 7, Madrid 1771, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. III, Tít. XLVI, 423, S. MARQUES, *Brasilia Pontificia*, Ulyssipone 1744, Lib. IV, Sec. IV, 413, C. MORELLI, *Fasti Novi Orbis et Ordinationum Apostolicarum*, Venetiis 1776, *Ordinatio LXVII*.

45. Cf. D. ARACENA, *America Pontificia o tratado completo de los privilegios de la América latina*, Santiago de Chile 1868, Lib. IV, Cap. VI, 1091, F. HERNAEZ, *Colección de bulas, breves y otros documentos relativos a la Iglesia de América y Filipinas*, Bruselas 1879, Tom. I, pág. 884-902, J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del Derecho indiano...*, págs. 387 - 388; V. TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre...*, págs. 73-76.

46. Cf. F. HERNAEZ, *Colección...*, Tom. I, pág. 885.

canónica indiana, que la costumbre de comer el tipo de alimentos en cuestión fue lo suficientemente poderosa para abrogar la ley eclesiástica de la prohibición en cuanto que reúne todos los requisitos del derecho. La costumbre se observó también en Brasil⁴⁷. Tan arraigado estaba este derecho que en 1763 de una consulta a los prelados indianos surge que la gran mayoría de las Iglesias particulares indianas la observan⁴⁸ a tal punto que fue reconocida por el VI Concilio de Lima de 1772, y el virrey Manuel de Amat y Junyent en su informe a la corona sobre la asamblea conciliar explicaba que dicha decisión se había fundado en “la inalterada costumbre que había intervenido en esta América con justo título...”⁴⁹.

No obstante la pacífica doctrina, si bien Morelli⁵⁰ cita que como costumbre general se observa también en México, tanto el III Concilio Provincial Mexicano de 1585⁵¹ como el IV Concilio Provincial de México de 1771 prohíben la ingesta de lactiginios los días de ayuno dejando a salvo esta última asamblea que en el “uso del lardo y falta de aceite en esta provincia, no se perjudique a la costumbre”⁵². Las actas de la asamblea eclesiástica de 1771 dan testimonio de lo controvertido de la solución adoptada. Afirman que el tema se discutió por más de hora y media y aunque reconocida como costumbre extendida por toda América “observada por todas las religiones como lo asintieron sus prelados, aprobadas por hombres doctos y timoratos, defendida por el ilustrísimo Villarroel...nada bastó a suspender la determinación o moderar la del canon sostenida por el arzobispo y el obispo de la Puebla”⁵³. Similar disposición prohibitiva adoptó el Sínodo de Caracas de 1687⁵⁴.

Otra costumbre constatada en América consistía en la facultad asumida por los obispos de conceder licencias para celebrar en oratorios privados o domésticos. La cuestión central versaba si los prelados podían otorgar este privilegio en favor personas particulares sin que mediara una grave necesidad. La encíclica *Magno cum animi* (1751) de Benedicto XIV dirigida al primado y a los obispos

47. Cf. D. ARACENA, *América Pontificia...*, Lib. IV, Cap. VI, 1091, nota q.

48. Cf. V. TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre...*, nota 80 pág. 76.

49. *Memoria del Virrey Amat*, en R. VARGAS UGARTE, *Concilios Limenses...*, Tom. II pág. 222.

50. Cf. C. MORELLI, *Fasti...*, Ordinatio LXVII, pág. 142.

51. Cf. III CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. III, Tít. XXI, § V.- Obsérvese la abstinencia de los lactiginios.*

52. IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. III, Tít. XXIV, § 4.*

53. *Diario del Cuarto Concilio Mexicano compuesto por el doctor don Vicente Antonio de los Ríos, sesión del 27 de febrero*, en *El Cardenal Lorenzana y el IV Concilio Provincial Mexicano*. L. Z. PEÑARFORT (RECOP.), México 1999, pág. 612.

54. Cf. CONSTITUCIONES SYNODALES DEL OBISPADO DE VENEZUELA, Y SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. IV, Tít. XIX, 227.*

de Polonia reconoce que desde la antigüedad los obispos gozaron de la prerrogativa de conceder este tipo de licencias. Pero que el Concilio de Trento (Ses. XXII, Decreto sobre lo que se ha de observar y evitar en la celebración de la Misa) ante los abusos y dificultades surgidas por la ligera concesión de esta autorización privó a los obispos de conceder licencia para celebrar la Santa Misa en oratorios privados, facultad que en el año 1615 la Sagrada Congregación del Concilio declaró, expresamente, estar reservada al Romano Pontífice. Sin embargo, no obstante esta clara normativa universal, en Indias los obispos conceden licencia para celebrar en oratorios particulares⁵⁵. El peso de esta costumbre contra la legislación universal es afirmada en la sesión del 15 de junio de 1771 del IV Concilio Provincial de México en donde los consultores alegan que a pesar de la normativa pontificia expresa esta no suprime la costumbre introducida “por tiempo bastante” en tanto no contiene clausula especial que la suprima⁵⁶.

Siguiendo en el ámbito específicamente litúrgico también es de notar que a pesar de la prohibición expresa del Concilio de Trento de conferir dos órdenes sagradas en el mismo día⁵⁷ la costumbre era contraria en Lima y Charcas donde en un día se ordenaba de las cuatro menores y la epístola⁵⁸.

Un interesante caso de derecho consuetudinario que se pretende hacer valer judicialmente ante una reunión conciliar es el que surge de los manuscritos del III Concilio Provincial de México (1585) donde figura una apelación de un grupo de beatas⁵⁹ contra el decreto aprobado por la asamblea que, bajo pena de excomunión *latæ sententiæ*, prohíbe a las llamadas beatas utilizar hábitos de órdenes religiosas aprobadas⁶⁰. Se trata de un supuesto en donde una costumbre de tipo devocional surge al margen de la ley y termina imponiéndose a los intentos por suprimirla. El grupo de beatas apela ante la asamblea el decreto en cuestión

55. Cf. III CONCILIO PROVINCIAL DE MÉXICO, *Lib. III, Tít. XV, §. - XI, SÍNODO DE LIMA DE 1636, Tít. De celebratione Missarum, Cap. I. Que no se celebre el santo Sacrificio de la Misa en capillas, ni casas particulares si no fuere en oratorio aprobado*, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. III Tít. XLI, 360, J. DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, Paris 1856, págs. 92 – 93, F. HERNÁEZ, *Colección...*, Tom. I, págs. 910 -927.

56. Cf. *Diario del Cuarto Concilio Mexicano compuesto por el doctor don Vicente Antonio de los Ríos, sesión del 15 de junio*, en *El Cardenal Lorenzana...*, pág. 651.

57. Cf. CONCILIO DE TRENTO, *Ses. XXIII, Cap. XIII. Condiciones de los que se han de ordenar de subdiáconos y diáconos: no se confieran a uno mismo dos órdenes sagradas en un mismo día*.

58. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiastico – pacífico...*, Tom. I, Cuest. VI, Art. VII, 4 – 5.

59. Cf. *Manuscritos del concilio tercero provincial mexicano (1585). Edición, estudio introductorio, notas, versión paleográfica y traducción de textos latinos por Alberto Carrillo Cázares*, Tom. III, págs. 495 – 502-

60. Cf. III CONCILIO PROVINCIAL DE MÉXICO, *Lib. III, Tít. XIII, § XVI.- Ninguna Mujer use el hábito de religión aprobada fuera de los monasterios de las monjas*.

alegando “estar acostumbradas ha traerlos y aviendo hecho la vida que conforme a ellos se requería, de más de treinta y quarenta años...”. Los obispos se excusan de resolver el recurso por haber cesado como jueces y estar cerrado y clausurado el concilio, sin perjuicio, del derecho invocado. No han quedado testimonios de la continuación o no de las actuaciones por parte de estas piadosas mujeres pero sí consta que la costumbre de utilizar hábito permaneció viva a pesar de la ley conciliar. Prueba de ello son las constituciones del IV Concilio de México de 1771 donde no solo se reitera la prohibición del uso del hábito por parte de las beatas sino que con amenaza de excomunión mayor se suprime tal tipo de institución que no tenga aprobación de la Sede Apostólica⁶¹. Esfuerzo legal también inútil: a mediados del siglo XIX se afirma que el uso estuvo vigente hasta hace pocos años en la ciudad de México y que en otras ciudades aún regía⁶².

Otro ámbito donde reinó decididamente la costumbre canónica fue en el cabildo eclesiástico. La norma que establece su estatuto, la consuetud, es expresión de ello y técnicamente estas disposiciones han de incluirse en el derecho consuetudinario. Los usos y costumbres constituyen un fundamento importante de esta normativa, los mismos estando vigentes al tiempo de la redacción de la norma influían decididamente en el texto aprobado dado que aunque no existieran estatutos escritos las catedrales gozaban de una organización propia que derivaba de la bula de erección y de la práctica cotidiana. Hubo, luego, reglas consuetas que se cristalizaron en la escritura y otras solo conocidas por tradición oral⁶³. Por tanto, los textos de las consuetas de las catedrales indianas son expresión escrita de una costumbre, de diversos orígenes, que ha recibido el ropaje de ley escrita pero antes de su formalización constituía ya un derecho vigente y como tal observado.

G. de Villarroel ofrece un ejemplo de costumbre litúrgica contraria, en este caso, al Pontifical Romano y a la consuetud de Lima. Comenta que desde que sirve al obispado de Santiago de Chile sin contradicción siempre ha sido incensado por el deán quien, en su momento, le exhibió la consuetud limense que manda que estando en el coro el arzobispo debe ser incensado por el canónigo más antiguo. En su comentario el prelado señala que previamente había hecho información sumaria de que se trataba de una antiquísima costumbre de su diócesis incensar los deanes al obispo en el coro o fuera de él y constando que se trata de una cos-

61. Cf. IV CONCILIO PROVINCIAL DE MÉXICO, *Lib. III, Tít. XVI, §15*.

62. Cf. B. ARRIAGA, en *Concilio III Provincial Mexicano...*, México 1859, nota 162.

63. Cf. S. TERRÁNEO, *El llamado “III Concilio Provincial Mexicano” y los Estatutos de la Santa Iglesia de México o “Reglas consuetas de la catedral de México”*, *Revista de Estudios histórico-jurídicos* 33 (2011) 615-616.

tumbre racional y prescripta se deberá observar aunque disponga lo contrario el Pontifical⁶⁴.

En el contexto de los frecuentes conflictos entre el clero y los regulares las actas del cabildo eclesiástico de Tucumán ofrecen otro testimonio del poder de la costumbre. En la sesión del 28 de octubre de 1635 el obispo, Melchor Maldonado de Saavedra, con los capitulares mandan observar la inmemorial costumbre vigente en esa Iglesia, y que los religiosos pretendían incumplir, que tanto en las celebraciones en la catedral como en los conventos establece la preeminencia del cabildo y sus miembros por sobre los regulares⁶⁵.

II.2. Protección y derechos de los indios

Si bien en los textos consultados no he constatado costumbres canónicas que positivamente protejan derechos de los indios sí es frecuente, en cambio, la preocupación de la ley escrita y de los autores indianos para excluir del ámbito del derecho corruptelas que presentadas como costumbres constituyen abusos contra los nativos. Esta preocupación en negar valor canónico a este tipo de prácticas y usos puede explicarse en razón de que el carácter normativo del hecho consuetudinario y su connatural tendencia en convertirse en derecho escrito está presente en la conciencia popular y es fácilmente recogido en comportamientos de la autoridad eclesiástica⁶⁶. Esta predisposición hace necesaria declaraciones legislativas y doctrinales para evitar que se tengan por costumbres conductas que en realidad constituyen corruptelas. A continuación se exponen algunos sugestivos ejemplos al respecto.

El Directorio para confesores y penitentes aprobado por el III Concilio de México ofrece la resolución de una serie de casos de conciencia destinados a aplicarse al administrar el sacramento de la confesión. En dos de ellos se contempla la protección de los nativos desaprobando dos costumbres introducidas que conculcan sus derechos.

En un primer caso se señala que los indios de diversos pueblos “tienen por granjería, de que se sustentan, traer en sus canoas zacate o cargado” y se ha introducido la costumbre entre “los que gobiernan y justicias seglares, oidores, alcaldes y oficiales del rey, secretarios y otros ministros que tienen oficios pú-

64. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. I, Cuest. VII, Art. IX, 15 - 16.

65. Cf. *Actas del cabildo eclesiástico. Obispado del Tucumán con sede en Santiago del Estero 1592-1667*. S. PALOMEQUE (DIR.), Córdoba 2005, págs. 318-319.

66. Cf. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 2010⁵, pág. 90.

blicos, les dan por medida particular el zacate para sus casas”, pero dicha media y cuenta supera al precio general “en gran exceso”. A un ministro de justicia lo venden por un real mientras que otra persona lo hacen por no menos de tres o cuatro reales. Lo mismo ocurre con otros servicios y materias que exigen a los indios justificando este proceder en que los ministros de justicia son criados y se ha de proveer a su sustento. El Directorio declara que tal proceder es injusto. No puede llevarse cosas de los indios por menos precio del que comúnmente se paga y los que han obrado de esa forma están obligados a restituir. Tal tipo de tasa no puede ser puesta por la autoridad ya que eso sería injusto. Ningún ministro podría justificar tal normativa: “ni el mismo rey para sí lo puede hacer”⁶⁷.

El apartado dedicado a los abusos cometidos contra los indios nos presenta una costumbre presente, plenamente, en el ámbito estrictamente canónico que el Directorio declara como injusta. Es frecuente la queja de los indios contra personas eclesiásticas que utilizan sus servicios y “no les pagan cosa alguna por su trabajo más que si fuesen sus esclavos”. Se declara la ilicitud de tal costumbre afirmando la obligación de los ministros sagrados de “pagar a los indios su trabajo y servicio cuando le sirven en lo que toca a sus personas y casas” y se reprocha a los franciscanos que “deberían tomar el salario del rey y pagar a los indios su trabajo, porque no es justa cosa dejar ellos libremente el salario del rey y servirse de los indios sin pagarles, a título de que ellos no llevan” dicha asignación⁶⁸.

Avendaño afirma que los indios no deben pagar diezmos y aunque en esta materia tiene un amplio dominio la costumbre ello no rige respecto a los indios ya que “con ellos suele actuarse no según derecho sino según injuria y no puede pensarse que el Pontífice accediera a esto donde la violencia oprime a los pequeños y débiles para que se considerara costumbre legítimamente constituida según las cualidades santamente prescriptas por el Derecho;...”⁶⁹ concluyendo que en estos casos lo que es irracional no debe entenderse como obligación “aunque parezca introducido por la costumbre”⁷⁰.

Similares normas, impidiendo la introducción de costumbres que lesionen derechos de los indios, se encuentran en el Sínodo de Santafé de Bogotá de 1606 declarando ilegítima toda costumbre que autorice a los curas de indios percibir algún beneficio económico de sus feligreses⁷¹ y, en el IV Concilio Provincial de México de 1771 prohibiendo la costumbre llamada faena por la cual se hace

67. *Manuscritos del concilio tercero provincial mexicano (1585)*..., Tom. V, págs. 271 – 272.

68. *Ibid.*, pág. 274.

69. D. DE AVENDAÑO, *Thesaurus Indicus*..., Tom. I, Tit. XII, Cap. XIX, 448 – 449.

70. *Ibid.*, 451.

71. Cf. SÍNODO DE SANTAFÉ DE 1606, *Cap. 3. De sacramentos en común*.

trabajar a los sirvientes los días de fiestas⁷² y, en general, toda costumbre que transforme en una carga onerosa la fe cristiana que los nativos acaban de recibir⁷³.

II.3. Relación ley-costumbre

La división de la costumbre en *secundum legem*, *præter legem* o *contra legem*, ha sido observada como insatisfactoria en sede secular señalando que si bien en este esquema pueden incluirse la mayor parte de las posibilidades existentes en la relación ley-costumbre no deja de ser un encierro dentro de los parámetros de la ley y no es enteramente comprensiva de todas las conexiones además de incluir el riesgo de presentar aspectos deformados de la relación⁷⁴. Sin embargo, tal impostación metodológica es aceptada sin mayores cuestionamientos por la doctrina canónica y, en base a esta clasificación pueden reconocerse algunas manifestaciones consuetudinarias del mundo eclesiástico indiano a partir de su vinculación con derecho escrito.

El principio de las Decretales según el cual la costumbre es *optima interpret legum*⁷⁵ aparece aplicado en la obra de Juan de Paz. El autor manifiesta que frente a la disposición del Papa Clemente VIII confirmada por Urbano VIII prohibiendo a todo religioso hacer donaciones acto que, por otra parte, también resulta prohibido por el derecho común, constata que en las Islas Filipinas existe la costumbre de enviar como regalo a las personas de autoridad, en ocasión de las pascuas, unas docena de gallinas que valen en esa tierra tres pesos o una ternera o dos que valen, cada una, unos doce reales. Entiende que estas donaciones no producen ningún daño a la comunidad religiosa y para el funcionario que las recibe no implican una cantidad importante juzgando que se trata de una costumbre segura y lícita. Igualmente, dictamina no existir obligación de descontar del quinto de la masa hereditaria las pequeñas y modestas donaciones hechas durante la vida del causante dado que “es cosa certísima, que las leyes humanas obligan en la forma, y sentido que están recibidas, y del modo que las tiene explicadas y admitidas la costumbre”⁷⁶.

La norma consuetudinaria puede transformarse en derecho escrito cuando es investida como tal por la autoridad como consta en las Constituciones Diocesanas del Obispado de Chiapa de Francisco Núñez de la Vega del año 1692. En ellas se reconoce la costumbre inmemorial, cuasi centenaria, según la cual los indios

72. Cf. IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. II, Tít. VIII, § 7*.

73. Cf. *Ibid.*, *Lib. III, Tít. III, § 20*.

74. Cf. V. TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre...*, pág. 63.

75. X, 1, 4, 8.

76. Cf. J. DE PAZ, *Consultas y resoluciones varias teológicas, jurídicas, regulares y morales*, Amberes 1745, clase 2, nro. 108.

satisfacen la prestación de diezmos y primicias con la cota moderada de sustentos que las comunidades indígenas dan a los ministros asistiéndolos también con los servicios personales que fueran necesarios junto con los elementos que pudieran acercar para el culto divino. La constitución diocesana establece, ordena y manda que en materia decimal, en cuanto a los nativos se refiere, se deberá observar la costumbre inmemorial de satisfacer esa obligación con la cota de asistencia y servicio que se brinda a los clérigos, costumbre que es aprobada expresamente “para que contra ella no se introduzca novedad alguna”⁷⁷.

Como ya se ha señalado y se han brindado ejemplos en otros apartados, en Indias, la costumbre contra la ley fue una de las formas más frecuentes asumida por el derecho consuetudinario. Así, una norma conciliar mexicana del año 1585 prohibía a los barberos ejercer su oficio los días de fiestas⁷⁸. Gonzalo de Ocampo, arzobispo de Lima entre 1625 y 1626, también prohibió bajo apercibimiento de penas el trabajo de los barberos durante las fiestas pero no pudo torcer la costumbre⁷⁹. Para el caso novohispano un comentarista del siglo XIX indica que contra el decreto conciliar referido ha prevalecido la costumbre señalando que si bien se discute si se trata de una costumbre universal o particular los autores concuerdan en su licitud⁸⁰. Por su parte, el Concilio Provincial de Santo Domingo de 1622-1623 recuerda a todos los fieles cristianos la obligación de pagar a los ministros de la Iglesia, para su congrua sustentación, los diezmos y primicias sobre toda clase de frutos pero, al mismo tiempo, frente a este gravísimo deber constantemente reiterado por la legislación eclesiástica reconoce el poder de la costumbre contraria que haya prescripto por cuarenta años⁸¹.

El Sínodo de Santiago de Chile de 1763 trae un supuesto interesante de aprobación de una costumbre que privilegió una práctica que restringe un proceder autorizado por el Concilio de Trento y la Sagrada Congregación del Concilio en cuanto que para la válida celebración del matrimonio es competente el párroco de cualquiera de los contrayentes. En efecto, en una de sus constituciones reconoce la costumbre por la cual las diligencias y la asistencia del matrimonio deberán realizarse por el párroco del domicilio de la novia autorizando qué, cuando la

77. CONSTITUCIONES DIOCESANAS DEL OBISPADO DE CHIAPA DE 1692, Tít. XXI, Nro. 211 § IX.

78. Cf. III CONCILIO PROVINCIAL DE MÉXICO, *Lib. II, Tít. III. De los días festivos. § VIII.- Ventas de cosas de comer.*

79. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. I, Par. I, Cuest. VI, Art. IV, 43.

80. Cf. B. ARRIAGA, en *Concilio III Provincial Mexicano...*, nota 97.

81. Cf. CONCILIO PROVINCIAL DE SANTO DOMINGO DE 1622 – 1623, *Ses. Tercera, Tít. II, Cap. V. De las décimas y primicias. I.- Páguense las décimas y las primicias según la costumbre de cuarenta años.*

futura esposa se encuentre en el domicilio del novio, el matrimonio pueda celebrarlo el párroco del lugar habiéndose publicado proclamas en ambos domicilios⁸². El interés de la norma conciliar reside que como en otros casos estudiados (lactiginios, oratorios domésticos) una costumbre particular modifica o precisa una ley universal de la Iglesia.

Una costumbre podía ser suprimida por una ley pero también podía ser solo modificada en parte como es el caso del uso consuetudinario observado en Tucumán por el cual toda la cera de las hachas y candelas de los entierros y honras fúnebres debía quedar en las iglesias para ser repartidas entre los ministros que celebraban el oficio. El Sínodo diocesano celebrado en esa diócesis en 1597 ordena que las candelas corresponderán a los ministros y las hachas que sobrasen podrían ser retiradas por los seglares⁸³.

La certeza que brinda un derecho sostenido en la costumbre fundamenta la oposición a una disposición del Sínodo del obispo Mercadillo de 1700 que prohíbe a los sacerdotes revestidos con los ornamentos sagrados quitarse el bonete o hacer inclinación salvo al obispo. Según los recurrentes se trata de una antiquísima costumbre de Córdoba y otras ciudades de la gobernación donde el sacerdote al salir del altar y volver a él hace reverencia sin quitarse el bonete ante el gobernador y cabildo. Se sostiene que no debe privarse a estos de su derecho⁸⁴. Lamentablemente, no se conoce la resolución de la oposición pero se trata de un testimonio útil como prueba del valor de la costumbre y su uso jurisdiccional frente al derecho escrito.

II.4. Relaciones con la autoridad secular

Diverso tipo de costumbres regulan las relaciones con el poder real y, en particular, se orientan a proteger los derechos de la Iglesia. Por ejemplo, se declara que los

82. Cf. SÍNODO DE SANTIAGO DE CHILE DE 1763, *Tít. VIII, Const. XI. Se aprueba la costumbre de este obispado de que el párroco asistente al matrimonio de los contrayentes de distintas parroquias sea el de la esposa; aunque cuando esta se haya en la del esposo puede serlo el párroco de este, habiéndose publicado las proclamas en ambas.*

83. Cf. SÍNODO DE TUCUMÁN DE 1597, *Tercera Parte, Const. 21. Que la cera de los entierros y honras se dé a sus dueños.* Esta norma dio lugar a un uso abusivo por parte de los seglares por el cual llevaban a los entierros muchas hachas y pocas candelas. Fue, entonces, necesario disponer que en todos los funerales se divida la cera por mitades entre los deudos y la iglesia. Cf. SÍNODO DE TUCUMÁN DE 1606, *Const. 16. Que la cera de los funerales se parta entre el cura y el que la manda hacer.*

84. Cf. J. ARANCIBIA - N. DELLAFERRERA, N., *El sínodo del obispo Mercadillo: Córdoba 1700.* Teología 34 (1979) 116.

ministros laicos no tienen facultad para juzgar como un abuso la contribución que los fieles dan para el sustento de los ministros sagrados tratándose, en el caso, de una costumbre razonable y legítimamente prescripta de acuerdo con la obligación universal de pagar diezmos y primicias⁸⁵. También, se protestaba contra la introducción de una costumbre contra la inmunidad eclesiástica por la cual los corregidores de los pueblos de indios hacen averiguaciones sobre las deudas de los curas y sobre sus ausencias encargando a los vicarios y jueces eclesiásticos que no consientan tal práctica⁸⁶.

Con relación al derecho de patronato se sostiene que por el transcurso del tiempo la costumbre se convirtió en un nuevo título de esta prerrogativa de la Corona prescripta por tiempo bastante desde el descubrimiento⁸⁷. Inversamente, no se podrá oponer la costumbre contra este patronato aunque la prescripción sea de tiempo inmemorial⁸⁸.

En este mismo campo pero en el ámbito simbólico G. de Villarroel relata como dejó sin efecto una costumbre vigente en su diócesis. Según este autor el ceremonial de los obispos prevé la posibilidad de incensar al gobernador rúbrica, que en muchas partes de Indias “se la han querido quitar”. En la diócesis de Santiago de Chile su predecesor no reconoció esta prerrogativa a la autoridad secular al punto que fue intimado a hacerlo por real cédula salvo costumbre en contra pero el prelado hizo información de la existencia de la costumbre de no incensar al gobernador y mandó que la misma se continúe observando. Producida la sede vacante se volvió a tratar el tema pero al estar empatados los votos la cuestión quedó sin resolver. Al tomar posesión Villarroel dispuso revocar la costumbre e incensar al gobernador⁸⁹.

III. CONCLUSIONES

En fácil apreciar a partir del desarrollo precedente como la costumbre no solo es una fuente más entre otras sino que se erige como un instituto de primer orden en el mundo canónico de las Indias. Al mismo tiempo puede observarse como entorno al siglo XVIII, al menos de los textos de derecho escrito que tratan

85. Cf. CONSTITUCIONES DIOCESANAS DEL OBISPADO DE CHIAPA DE 1692, *Tít. XXI, Nro. 212*, § X.

86. Cf. SÍNODO DE SANTIAGO DE SANTO DOMINGO DE YUNGAY DE 1585, *Cap. 35º. Que los vicarios y jueces eclesiásticos no consientan que los clérigos ni otros jueces seculares hagan informaciones ni averiguaciones de las deudas y ausencia de los curas de indios.*

87. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. II, Cuest. XIX, Art. I, 9.

88. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. II, Cuest. XIX, Art. I, 12, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I Tít. IV, 123.

89. Cf. G. DE VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico – pacífico...*, Tom. II, Cuest. XIX, Art. VI, 17.

de modo general y sistemático esta fuente, en consonancia con los vientos que soplan en el derecho secular sin llegar a suprimir la costumbre como fuente, sí se advierte cierta desconfianza hacia ella. En efecto, tanto el Sínodo de Caracas de 1687 como el Concilio Provincial de La Plata de 1774-1778 al exponer los principios generales en la materia presentan reparos para admitir sin más a la costumbre como creadora de derecho, actitud que no se observa en textos conciliares y sinodales indianos precedentes donde la referencia al derecho consuetudinario es constante y lisamente mencionada. Estos textos tienden a conceder un mayor contralor al superior para determinar la validez de una costumbre. La Junta venezolana se lamenta que, principalmente, quienes litigan en los tribunales eclesiásticos pretenden hacer valer como antigua costumbre “lo que es por sí pecaminoso, abuso, y envejecido error,...como bastantemente lo tenemos experimentado”, convirtiéndose esto en un motivo por el cual se complican y dilatan innecesariamente las causas judiciales⁹⁰. Por su parte, el II Concilio de La Plata manifiesta que se ha visto en la necesidad de dedicar un Título al derecho consuetudinario indicando “las condiciones y distinguir los casos con los efectos que según son ellos produce la costumbre” para evitar los fraudes y engaños que al parecer se han cometido en esa Provincia eclesiástica e impedir “con color o pretexto de costumbre honestar algunos hechos a los que ella no favorece”⁹¹. Otra prueba de este recelo legal hacia la costumbre se manifiesta en la exigencia de esta Asamblea para que el consentimiento del superior sea “espontáneo, libre, y con perfecta ciencia de la cosa” apartándose de la opinión canónica general⁹².

Al principio de estas páginas se hizo referencia al carácter provisional de esta contribución centrada en la legislación conciliar y sinodal y complementada con los principales autores que estudiaron la cuestión. Investigaciones futuras tendrán que superar el marco colegial de los concilios y sínodos para examinar otros sectores de la vida eclesiástica. Por lo pronto, será interesante indagar en las sentencias judiciales y estudiar el modo en que la costumbre era invocada, la actitud del tribunal eclesiástico frente a ella y la evolución jurisprudencial. Asimismo, será revelador del imperio de la costumbre canónica indiana la conducta observada en las curias eclesiásticas y en las parroquias donde el derecho consuetudinario, muchas veces, tiene su génesis aún en nuestros días.

90. Cf. CONSTITUCIONES SYNODALES DEL OBISPADO DE VENEZUELA, Y SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. I, Tít. IX. De la costumbre y su fuerza*, 124.

91. II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, *Lib. I, Tít. V, Const. I. Se refieren las condiciones que se necesitan para la legitimidad de la costumbre, y los efectos que esta produce*

92. Cf. *Ibid.*, *Const. II. En que se explica cuál ha de ser el consentimiento del superior que se requiere para la legitimidad de la costumbre*.