

# EL DERECHO CONSUETUDINARIO EN SUAREZ

## SU DOCTRINA E INFLUJO

### Estudio histórico-jurídico-comparativo

#### S U M A R I O

Capítulo I.—Definición y división de la costumbre. 1. Costumbre según la ley humana. 2. Efectos de esta clase de costumbre. 3. Costumbre interpretativa doctrinal y auténtica. 4. Suárez y el Código de Derecho Canónico.

Capítulo II.—Consentimiento del legislador: A) Necesidad: a) En el Derecho romano y canónico presuareziano. b) En Suárez. c) Después de Suárez.—B) Naturaleza: a) División del consentimiento. b) Algo de historia. c) Proposiciones de Suárez. d) Después del Eximio.—C) Concepto: a) Hasta principios del siglo xvii. b) Santo Tomás y los summistas. c) Concepto suareziano. d) Concepto posterior.

Capítulo III.—Sujeto de la costumbre: a) Doctrina comúnmente admitida hasta principios del siglo xvii. b) Comunidad perfecta e imperfecta. c) Suárez exige una comunidad "capax saltem legis recipiendae". d) Inlujo de esta doctrina. e) Comunidad capaz de recibir ley: sus condiciones. f) Observancia de la costumbre.

Capítulo IV.—Racionabilidad de la costumbre: a) Su necesidad en general. b) Doctrina suareziana. c) Costumbre abrogativa e inductiva. d) Costumbre reprobada: doble clase de reprobación. e) La doctrina del Eximio a través de los canonistas posteriores.

Capítulo V.—Prescripción de la costumbre: a) La costumbre prescrita exige tiempo determinado. b) Costumbre prescrita contra la ley. c) Costumbre prescrita en defecto de ley. d) Costumbre según la ley. e) Costumbre contra una ley no recibida por el uso. f) Abrogación de una costumbre por otra.

Capítulo VI.—Condiciones de los actos de la comunidad: a) Frecuencia de actos. b) Publicidad de los actos.—a) Del ánimo de introducir costumbre. b) Del error en la costumbre. c) La buena y mala fe en la costumbre. d) La libertad de los actos.

Conclusión y resumen.

INTRODUCCIÓN

En todas las legislaciones antiguas figuró siempre la costumbre como fuente de derecho (1).

En los tiempos modernos, mientras que muchos Códigos rechazan expresamente el derecho consuetudinario o lo coartan más de lo debido (2), la Iglesia lo admite y, dentro de los límites definidos por la misma naturaleza de las cosas y su índole especial, lo consagra expresamente en el título II del libro I del nuevo Código e implícitamente en otros cánones esparcidos por los cuatro libros restantes. Todo esto, al par que prueba su importancia, prueba aún más, si cabe, su legitimidad y reconoce, en cierto modo, su necesidad (3).

Por otra parte, sabido es el lugar preeminente que no sólo como teólogo y filósofo, sino como canonista le corresponde al P. FRANCISCO SUÁREZ. Suficiente sería para inmortalizarle como tal el monumental tratado "*De legibus*", considerado por todos como la obra más completa sobre esta materia. Por ella ha merecido la honra de ser tenido como *sapientísimo jurista* en el sentido amplio de la palabra (4).

Está distribuido el mencionado tratado en diez libros. De ellos, el libro VII lo titula: *De lege non scripta quae consuetudo appellatur*, el cual será el objeto de nuestro estudio. Llama a la costumbre *ley no escrita*, no porque no sepa que la ley en sentido estricto puede también ser oral, sin que se escriba (5), sino porque la ley no escrita, como por antonomasia, es la costumbre (6), reservándose el nombre de ley escrita, o simplemente ley, para significar la dada expresamente por el legislador (7).

Trata el EXIMIO DOCTOR de la costumbre como fuente de derecho, después que en los seis primeros libros lo había hecho de la ley escrita, porque, "aunque la costumbre es más antigua, dice, que el derecho escrito, sin

(1) *Dig.* I, 3, 32-35; *Cod.* VIII, 52 (53), 1-2. (KRUEGER, P.; MOMMSEN, TH.; SCHOELL, R.; KRÖLL, G.: *Corpus Iuris Civilis*, 3 vols., Berolini, 1887-1904.)

C. 2, 4-6, D. 1; C. 7, D. VIII; C. 6-7, D. XI; etc. *Comp.* I, III, V, *De cons.*, I, 3; *Dec. Greg.* IX, I, 4. (ED. FRIEDBERG, E.; RICHTER, E. L.: *Corpus Iuris Canonici*, 2 vols., Lipsiae, 1879-1881; *Quinque Compilationes antiquae*, Lipsiae, 1882.)

(2) Cf. S. D'ANGELO, *Ius Digestorum* (Romae, 1927), I, n. 128, p. 88; VAN HOVE, *Commentarium Lovanense in C. I. C.*, vol. I, tom. III (Mechliniae-Romae, 1933), *De consuetudine*, n. 47; CIGOGNANI-STAFFA, *Commentarium ad Librum Primum C. I. C.*, II (Romae, 1942), p. 8-9; MICHELS, *Normae generales I. C.*, vol. II (Lublin-Polonia, 1929), p. 22.

(3) Cfr. MICHELS, *Normae generales*, II, p. 12-14; CIGOGNANI-STAFFA, *Commentarium ad Librum Primum C. I. C.*, II, p. 9-10. Exponen esta necesidad, al menos relativa, y por lo que a la Iglesia se refiere.

(4) Entre las demás obras de SUÁREZ, interesan especialmente al canonista: *De censuris* (Coimbra, 1603); *De virtute et statu religionis* (tom. I, II, Coimbra, 1608-9; III, IV, 1624-5); *Defensio fidei catholicae* (Coimbra, 1613).

(5) Cf. SUÁREZ, *De legibus ac de Deo Legislatore* (Ed. Vivès, Parisiis, 1856), I, 3, c. 15.

(6) SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 3, n. 5.

(7) SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 1, n. 9; c. 2, n. 2; c. 5, n. 11; c. 9, n. 12; etc.

embargo, éste es más cierto y conocido”, más importante y de él depende, en gran parte, la fuerza de la costumbre y su inteligencia (8).

En veinte sólidos y extensos capítulos expone la doctrina completa acerca de la costumbre jurídica.

Veremos los puntos principales de su doctrina, indicando lo que es propio y característico de SUÁREZ con respecto a los escritores que le precedieron y su influjo en la doctrina posterior, tanto antes como después del Código, en puntos que todavía después de su promulgación son de libre discusión, y su aprobación o desaprobación por parte de éste.

## CAPITULO I

### DEFINICIÓN Y DIVISIÓN DE LA COSTUMBRE

#### A) Definición

Empieza por distinguir, ante todo, dos clases de costumbre: *iuris et facti*. Es necesario saber en qué sentido se toma, escribe, pues de distinta manera se ha de definir (9).

La costumbre de hecho (*facti*), en general, es “la frecuencia de obrar libremente de la misma manera”; mas, en orden a la costumbre jurídica, a aquélla que es apta para establecer derecho es necesario añadir que es una frecuencia legítima de actos conforme a algún derecho, o que tiene todas las condiciones requeridas por él, o algo semejante (10), sin entrar todavía en la categoría de derecho consuetudinario.

A la costumbre de derecho (*iuris*), jurídica, es a la que conviene, según SUÁREZ, la definición de S. ISIDORO, de la cual no son sino un comentario en toda regla los dos primeros capítulos del aludido libro VII, y que define así: “Ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur cum deficit lex” (11).

(8) “Certius est et notius”, escribe SUÁREZ. *De legibus*, l. 7, c. 1, n. 1.

(9) *De legibus*, l. 7, c. 1, n. 4-5.

(10) *De legibus*, l. 7, c. 1, n. 5.

(11) Cf. S. ISIDORO, *Etymologiarum seu Originum*, Lib. II, c. 10, n. 2 (PL., 82, 130, C-D) y Lib. V, c. 3, n. 3 (PL., 82, 199, A-B); SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 1, n. 1. Fue tomada, según parece, de TERTULIANO (*De corona militis*, c. 4-PL., 2, 101, A), consignada por GRACIANO en su *Decreto* (C. 5, D. I.) y repetida como la mejor por un gran número de legistas y canonistas antes y después de SUÁREZ. Anteriores, pueden verse, por ej., BARTOLO DE SAXOFERRATO, *Comentaria in primam Digesti Veteris partem* (Venetiis, 1570), D. I. 3, 32, Lectura, n. 6, y principalmte, *Repetitione*, n. 1.; y ROQUE CURCIO, *De consuetudine*, Praef. n. 9-16 (in *Tractatus illustrum in utraque iuris facultate iurisconsultorum*, Venetiis, 1548-1585, tom. II, p. 345-380). Prueba nuestro aserto el insigne P. MAROTO, *Institutiones Iuris Can.*, I, n. 248 (Madrid, 1918).

Después de defenderla de algunas dificultades que contra ella solían proponerse y otras que oportunamente se le ocurren, termina por hacerla suya, aunque atribuyéndole a veces un sentido que parece haber estado lejos de la mente de S. ISIDORO, v. gr., en cuanto la aplica también a la costumbre contra la ley.

El sentido propio de esta expresión, "cum deficit lex", parece ser que el derecho consuetudinario se introduce en defecto de la ley, escrita u oral, pues cuando ésta existe, no es necesario aquél y ni siquiera parece posible (12). Este sentido obvio no impide que el P. SUÁREZ, discutiendo sobre esta cláusula, aplique también a la costumbre contra la ley la mencionada definición.

Razona de este modo: no es contra la razón de la costumbre el que suponga una ley cualquiera, sino tan sólo una ley que establezca lo mismo que es introducido por la costumbre. Ahora bien, la costumbre que abroga o deroga la ley existente, no supone ley acerca de lo mismo, sino acerca de lo contrario. La costumbre hace que sea lícito aquello que la ley prohíbe, o viceversa (13). Existe ley, es verdad, pero no en la dirección de la costumbre, no que mande o prohíba aquello que manda o prohíbe la costumbre.

Este sentido sencillo cree SUÁREZ haber sido el de S. ISIDORO (14).

Quizá no sea así, sino que S. ISIDORO, TERTULIANO (15) y GRACIANO (16) dieron la definición de la costumbre en defecto de ley, simplemente (17).

De los dos primeros capítulos, pletóricos, por otra parte, de doctrina, apenas haremos más que mencionar, por carecer de interés práctico, la cuestión, de actualidad palpitante entonces, de si la escritura repugna de tal manera a la costumbre jurídica, que, si una vez introducida se escribe, deja de tener valor como tal. El EXIMIO opina por la sentencia afirmativa, a no ser que el legislador le quite *expresamente* dicha fuerza (18). Posteriormente son pocos los autores que mencionan esta cuestión. Los que la tocan, opinan más comúnmente, al menos después del Código, que el legislador en este caso retira su consentimiento al derecho consuetudinario y cambia su índole, aunque secunde la costumbre al dar la ley (19).

(12) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 2, n. 2.

(13) *De legibus*, l. 7, c. 2, n. 5.

(14) *De legibus*, l. 7, c. 2, n. 5.

(15) *De corona militis*, c. 4 (P.L., 2, 101, A).

(16) C. 5, D. I.

(17) Decimos esto, porque *históricamente* parece indudable que, hasta fines del siglo XII, la doctrina de la Iglesia negó a la costumbre toda fuerza abrogatoria o derogatoria de la ley. Cf. MICHELIS, *Normae generales*, II, p. 18-22; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 30-34.

(18) *De legibus*, l. 7, c. 2, n. 1-4. Fundamenta su opinión en algunos escritores antiguos y en razones muy dignas de tener en cuenta, al menos entonces.

(19) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 3; MICHELIS, *Normae generales*, II, p. 8-9.

B) *División*

Al tratar de la división de la costumbre, indica el Maestro de Coimbra, al mismo tiempo, las condiciones de cada una de las clases para que puedan llegar a tener fuerza legal (20).

Sólo nos ocuparemos de algunas; de las más importantes.

a) POR RAZÓN DE LA EXTENSIÓN, o de la comunidad, sujeto de la costumbre, divide ésta en comunísima o universal, común o pública, particular o privada (21).

Pone bajo el primer miembro las costumbres constitutivas del *ius gentium* y las tradiciones eclesiásticas de toda la Iglesia, cuyo principio y autor se desconoce; aunque distingue perfectamente la tradición en sentido propio. S'iendo la costumbre fuente de derecho positivo humano, y habiendo el peligro de confundirse este primer miembro con el derecho natural y el divino positivo, lo omite (22).

No puede establecer costumbre jurídica la costumbre particular o privada, que es, según la mente de SUÁREZ, la observada por una sola persona o por una comunidad imperfecta, como es una casa particular o una familia (23).

La costumbre común o pública, que es como media entre las otras dos, es la única introductiva de derecho positivo humano. Ella sola se conoce con el nombre de costumbre en la presente materia (24).

Mas una nueva subdivisión cabe dentro de este último miembro, según la extensión de las diversas comunidades, a saber, la de *universal* o *general*, *particular* o *especial*, cuyo significado no aparece del todo fijo. Así, llama costumbre *universal* a la de toda la Iglesia (25) y a la de un reino (26). *General*, a la de toda una diócesis (27), mientras que en otro lugar afirma que una ley universal dada para toda la Iglesia no revoca las costumbres particulares de las diócesis (aun de toda), si no añade una cláusula revocatoria (28). La *especial* la opone únicamente al derecho general (29). El Código nos habla de costumbre universal y particular, según esté vigente

(20) *De legibus*, l. 7, c. 3-8.

(21) *De legibus*, l. 7, c. 3, n. 7. Antes de SUÁREZ era más común la terminología de *generatissima*, *general*, *especial* y *especialísima*. Cf. HOSTIENSE (HENRICUS DE SEGUSIO), *Summa aurea* (Lugduni, 1568), L. 1, t. 4, n. 11-12.

(22) *De legibus*, l. 7, c. 3, n. 7; c. 4, n. 9-12.

(23) *De legibus*, l. 7, c. 3, n. 8.

(24) *De legibus*, l. 7, c. 3, n. 10.

(25) *De legibus*, l. 7, c. 3, n. 11; c. 20, n. 7, 9.

(26) *De legibus*, l. 7, c. 20, n. 8.

(27) *De legibus*, l. 7, c. 20, n. 8.

(28) *De legibus*, l. 7, c. 20, n. 9.

(29) *De legibus*, l. 7, c. 20, n. 9-10.

en toda la Iglesia o en una de sus partes, sin excluir los términos de general y especial (30).

b) POR SUS DEFECTOS, o lo que es lo mismo, por su posición con respecto a la ley, puede ser la costumbre, contra, en defecto o conforme a la ley (31).

Reduce a cuatro el P. SUÁREZ los efectos que suelen atribuirse a la costumbre, a saber, "legem inducere, interpretari, confirmare et abrogare, ad quos omnes alii qui cogitari possunt revocantur". De ellos, el primero es propio de la costumbre en defecto de la ley; el segundo y tercero, de la costumbre según la ley, y el último, de la costumbre contra la ley. Sin embargo, como veremos en seguida, el confirmar la ley es más bien algo de hecho que de derecho, y el interpretarla, "ut ad ius pertinere potest", está contenido en el "legem inducere" (32).

Hace el Profesor de Coimbra una triple comparación de estas especies de costumbre con la ley natural, divino-positiva y humana (33).

Puede introducir derecho obligatorio la costumbre contra una ley humana, cualquiera que ésta sea, aun contra una ley penal, "poenam ipso facto imponens" (34), contra la doctrina de muchos Decretalistas (35).

Por ofrecer muy poco de especial por lo que toca a la costumbre contra y en defecto de ley, tan sólo insistiremos en la costumbre según la ley humana.

1. COSTUMBRE SEGÚN LA LEY HUMANA.—Es claro, escribe, que se dan costumbres de hecho conforme a la ley humana, como es la costumbre de oír misa los días festivos o de confesarse en Cuaresma, lo mismo que según la ley divina o natural (36), pues en todas se puede dar frecuencia de actos conformes con la ley. Dice esto intentando conciliar dos opiniones al parecer opuestas entre sí; mas cuya oposición no es real, según cree, porque unos hablan de la costumbre de hecho y otros de derecho (37).

(30) Cf. *Cán.* 5 y 30.

(31) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 1.

(32) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 1; c. 14, n. 1; c. 17, n. 1.

(33) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 1-14.

(34) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 14; c. 19, n. 1-12; contra las leyes irritantes e inhabilitantes (c. 19, n. 13-17); contra una ley prohibitiva (c. 19, n. 18-23); no contra la reprobativa, "nisi tanta sit in rebus facta mutatio, ut certo constet ipsam etiam consuetudinem illam conditionem mutasse" (c. 19, n. 24); se entiende de la reprobación dispositiva (c. 7, n. 9-10); y contra las leyes en materia sacramental (c. 19, n. 25-26). Esto siempre que la costumbre sea razonable y con las debidas condiciones.

(35) Cf., además de SUÁREZ en los lugares indicados, PANORMITANO, *Commentaria in Decretales Gregorii IX* (Lugduni, 1524, 8 vols.), L. 1, t. 4, c. 1, n. 4, el cual expone las diversas opiniones.

(36) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 14-17. Con alguna diferencia en cuanto al efecto de interpretar la ley, pues la costumbre según la ley humana puede interpretarla aun disminuyéndola o aumentándola ("minuyendo vel augendo"), mientras que la divina únicamente la interpreta indicando la mente del legislador (*De legibus*, l. 7, c. 17, n. 6).

(37) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 14.

Y a renglón seguido, prueba cómo por esta costumbre no puede establecerse nuevo derecho no escrito o consuetudinario. Dicha costumbre sólo es la observancia de la ley preexistente y, por tanto, no hay intención de introducir nuevo vínculo, por no haber sido empezada ni continuada con ese ánimo, sino con el de cumplir la ley, ni el príncipe tiene voluntad de introducirlo, sino simplemente de que sea guardada la ley. Esta costumbre no es *dispositiva*, sino *imitativa* del derecho (38), *ejecutiva*, y, abrogada la ley, es también abrogada la costumbre, aunque no se haga mención de ella, pues no añade nuevo vínculo, ni se juzga sino como aneja a la ley y fundada en ella y, por tanto, no queda obligación alguna, quitado el fundamento (39).

No sabemos cómo responderán a estas razones los que impugnan esta doctrina de SUÁREZ, por considerarla en contradicción con el nuevo Código, que afirma en el canon 29: "Consuetudo est optima legum interpretres."

2. EFECTOS DE ESTA CLASE DE COSTUMBRE.—Estos efectos son principalmente dos: *confirmar* e *interpretar* la ley.

La *confirma* no en cuanto que de suyo y positivamente le dé fuerza alguna nueva de obligar, sino como impidiendo la costumbre contraria y consiguientemente su abrogación, conforme a aquello de GRACIANO: "Leges instituuntur cum promulgantur; firmantur autem, cum moribus utentium approbantur" (40); pero no puede introducir nueva obligación, no puede pasar de una costumbre *facti* (41).

El segundo efecto de esta clase de costumbre es *interpretar* la ley.

Se llamaba ya en el derecho presuareziano "optima legum interpretres" (42).

Veamos cómo entiende este efecto y en qué sentido puede o no establecer derecho. Para ello empezamos por exponer las diversas clases de costumbre interpretativa y el concepto que de cada una tiene. Magistralmente explica esta materia.

Costumbre *interpretativa en sentido estricto* es aquella que contiene la mente del legislador. De esta manera se entiende que diga que "la costumbre según la ley es muy buena intérprete de la misma porque indica en qué

(38) Cf. BALDO DE UBALDIS, in *Cod.* VIII, 52 (53), 3 (SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 15).

(39) Así, antes ya de SUÁREZ: *Glossa in Sextum Decretalium*, ad c. 1, in VI, I, 4; PANORMITANO, *Commentaria*, l. 1, t. 4, c. 11, n. 21 (SUÁREZ, l. u. c.).

(40) C. 3, D. IV. Cf. etiam, *Cod.* VIII, 52 (53), 3; SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 16: "Quia et faciliorem reddit observantiam elus, et quodammodo facit illam magis immutabilem." Véase también c. 14, n. 1.

(41) En el can. 29 ni siquiera se menciona este efecto. Según CIOGNANI-STAFFA (*Comment.*, II, p. 173), "de hac statuit legislator: est optima legum interpretres". Véase también VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 2 y n. 240.

(42) C. 8. X, 1, 4; D. I, 3, 37.

sentido fué al principio dada la ley y recibida" (43), y que "la costumbre acerca de la observancia de la ley indica y atestigua que ésa ha sido la mente del legislador" (44). Creemos que en este sentido no puede hablarse de que la costumbre interpretativa introduzca derecho nuevo, aunque sí de que interprete auténticamente el existente.

Mas el P. SUÁREZ admite, además, otras clases de costumbre interpretativa: la *restrictiva* y *extensiva*, aquellas que hacen una interpretación tal de la ley, que introduce en ella algún cambio de su primera institución. No es una mera interpretación. De ella se ha de decir lo que de la costumbre contra la ley (45).

La extensión, con todo, se puede hacer de dos modos: uno, cuando, v. gr., una ley dada únicamente para los laicos es observada también por los clérigos, y, por costumbre, puede llegar a obligarles. En este caso no es propiamente una extensión de la primera ley, sino la introducción de otra nueva, imitativa de aquélla, y que se reduce a una costumbre en defecto de ley. Otra manera de extender la ley es mediante la interpretación "quae cadere possit in verba eius", o interpretación extensiva, que podemos llamar verbal. Tampoco en este caso puede la costumbre, como tal costumbre interpretativa, establecer derecho nuevo.

¿Cómo lo prueba? Un ejemplo nos lo aclara. Tenemos una ley dada para los clérigos en general. La costumbre la extiende también a los Obispos, que en rigor son clérigos, pero que en muchos casos no se consideran sometidos a las leyes dadas para éstos. Pues bien: si la mente del legislador, al dar la ley, fué incluir a los Obispos, la observancia por parte de éstos es una costumbre de hecho que no establece derecho nuevo; por el contrario, si su mente fué el no incluirlos, dicha observancia será una costumbre en defecto de ley en toda regla, pero para cuya obligación serán necesarias todas las condiciones de tiempo y demás requeridas para ella. Será a lo sumo una costumbre *imitativa* de una ley extraña (46).

3. COSTUMBRE INTERPRETATIVA DOCTRINAL Y AUTÉNTICA.—Por razón de su *eficacia* distingue en la costumbre *interpretativa* dos clases: *con-*

(43) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 16.

(44) *De legibus*, l. 7, c. 17, n. 2.

(45) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 16.

(46) *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 17. Con respecto a la ley dudosa, no considera sino el caso de que se dude, por las palabras o materia de la ley, si ésta contiene un precepto que obligue bajo grave o no; al que contesta que así como puede la costumbre introducir una ley y abrogarla, también interpretarla *rigurosa* o *benignamente*. La costumbre interpretativa de una *ley dudosa*, al menos después del Código, es opinión más común que establece derecho nuevo por aquello del can. 17, § 2, de que la interpretación auténtica de una ley dudosa no tiene efectos retroactivos y debe ser promulgada. Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 239; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 174.—"Lex dubia, lex nulla."

*jetural o doctrinal*, una, y *auténtica*, otra. Distinción que parece haber sido desconocida a los escritores anteriores a JUAN DE SALAS y SUÁREZ, aunque comúnmente adoptada después (47).

El primer modo cómo puede la costumbre tener fuerza para interpretar la ley es “in ratione signi vel testis, quia, quando talis est. consuetudo circa observationem legis indicat et testificatur illam fuisse mentem legislatoris, et ita fuisse receptam et non alio modo, quia leges moribus coalescunt”. En este sentido no puede la costumbre dar una interpretación cierta e infalible, por no ser más que *una conjetura*. Es, con todo, muy probable y ayuda mucho a la interpretación doctrinal, y cuanto fuere mayor y más d'uturna la costumbre, más probable será la conjetura. A entender el sentido de la ley ayudará, tanto la costumbre que sigue a ella como la que precedió (48).

El segundo modo cómo puede la costumbre interpretar una ley es “tamquam causa concurrans ad introducendam et stabiliendam talem interpretationem et legis obligationem in tali sensu”. Para esta interpretación se requieren en la misma “*omnia quae necessaria sunt in consuetudine ut legis vim habeat*”, porque así como una ley interpreta auténticamente otra, del mismo modo lo puede hacer la costumbre (49).

Esta distinción parece aplicarla SUÁREZ a toda clase de costumbre interpretativa, sin excluir aquélla que encierra únicamente la mente del legislador, aunque creemos que en este caso no debe exigirse el ánimo, porque, de lo contrario, raras veces se daría la costumbre interpretativa auténtica.

4. SUÁREZ Y EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO.—El Código, después que en los cánones 27 y 28 trata, respectivamente, de las condiciones necesarias para la costumbre contra y en defecto de la ley, afirma simplemente en el canon 28 que la costumbre es muy buena intérprete de la ley. Parece, pues, que la costumbre según la ley debe figurar al lado de las otras dos clases de costumbre, como especie de un mismo género y, por lo tanto, como costumbre jurídica (50).

No niega el P. SUÁREZ que la costumbre interpretativa de una ley, efecto propio de la costumbre según la ley, pueda llegar a tener fuerza jurídica. Más aún, lo supone, como hemos visto. Lo único que niega es que la costumbre interpretativa, de la cual puede decirse que es verdaderamente se-

(47) JUAN DE SALAS, *Tractatus de legibus* (Lugduni, 1611), disp. XIX, n. 101; SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 17, n. 2-3.—Cf. VAN HOVE, *De consuet.*, n. 237.

(48) *De legibus*, l. 7, c. 17, n. 2.

(49) *De legibus*, l. 7, c. 17, n. 3.

(50) JANSENS, *La Coutume source formelle de droit d'après S. Thomas d'Aquin et d'après Suarez*, en “*Revue Thomiste*”, t. 14, 1931, pp. 709-710 y 724-725.

gún la ley en sentido propio (no simplemente “ad instar et similitudinem seu imitationem eius”, sino “ex vi legis et imperio eius”), pueda establecer derecho nuevo (51).

Pero en sentido lato, o sea *la extensiva y restrictiva*, pueden introducir nueva obligación.

Ahora bien, ¿a qué clase de interpretación se refiere el canon 29?

Escribe VAN HOVE que el Código no nombra para nada la costumbre *secundum ius* como fuente de derecho canónico, sino que simplemente declara que la costumbre es “optima legum interpres” (52); y en otra parte afirma que se ha de notar también que el Código emplea promiscuamente el nombre de costumbre tanto para la costumbre de hecho como para la de derecho (53).

Pues bien, tampoco SUÁREZ ha negado que en la interpretación se dé la costumbre, como hemos visto era la costumbre según la ley *confirmativa e interpretativa en sentido estricto*, la que es conforme con la mente del legislador. Mas la introducción de un nuevo vínculo acerca de lo mismo mandado por la ley sería *inútil* y para su ruptura no se necesitaría más que si se trata de uno solo, el de la ley.

En el sentido suareziano se puede decir con toda razón que la costumbre es “optima legum interpres”, pues la que introduce una obligación nueva no tiene por qué serlo más que otra cualquiera. Idéntica a la doctrina de SUÁREZ es la de su contemporáneo JUAN DE SALAS (54).

Esencialmente, tampoco difieren de ella la mayoría de los comentadores del Código que se ocupan de esta cuestión, puesto que, según ellos, ni la costumbre confirmativa o ejecutiva de una ley ni la interpretativa clara establecen obligación o derecho nuevo.

Con relación a la costumbre *interpretativa, extensiva y restrictiva*, la reducen, como él, a una costumbre en defecto y contra la ley, respectivamente, cuyas condiciones son necesarias para que obtenga fuerza de ley. La interpretativa de una ley dudosa, al menos después del Código, ya dijimos que establece derecho nuevo, porque se reduce a una costumbre en defecto de ley (55).

(51) *De legibus*, I, 7, c. 4, n. 17; c. 17, n. 3.

(52) VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 11, p. 14, nota 4.—Cf. etiam CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 23, nota 4.

(53) *De consuetudine*, n. 240, p. 211, nota 5.

(54) JUAN DE SALAS, *Tractatus de legibus*, disp. XIX, n. 15.—La sección 2.ª, n. 12-15, tiene mucho de semejanza con el cap. 4 de SUÁREZ; pero principalmente lo que se refiere a la costumbre según la ley. SALAS es más breve.

(55) Cf., v. gr., CH. AUGUSTINE, *Commentary on the new Code of Canon Law*, I, 5 (London, 1926), p. 108, nota 6; J. CHELODI, *Ius de Personis* (Tridentini, 1922), n. 73; CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici* (Romae, 1940), I, n. 110; CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici* (Taurini-Romae, 1939),

c) OTRA DIVISIÓN DE LA COSTUMBRE ES EN BUENA Y MALA, RAZONABLE Y NO RAZONABLE. No coinciden exactamente. La bondad y la malicia se toman de los objetos o de la ley que prohíbe hacer una cosa o no. La razonabilidad e irrazonabilidad se han de tomar de la proporción o aptitud que tienen para el bien común y para establecer derecho consuetudinario (56). Con lo cual tenemos ya la norma de la razonabilidad de la costumbre.

## C A P I T U L O   I I

### CONSENTIMIENTO DEL LEGISLADOR

#### A) Necesidad

Incluye SUÁREZ todos los *elementos constitutivos* de la costumbre dentro de las *cuatro causas* comúnmente admitidas por los escolásticos, a saber: causa *eficiente, material, formal y final*.

La causa *eficiente* de la costumbre de derecho es la voluntad o consentimiento del príncipe; causa eficiente, primaria y principal, inmediata "immediatione virtutis" (1).

a) EN EL DERECHO ROMANO Y CANONICO PRESUAREZIANO.—La fuerza de obligar de la costumbre era atribuida en el Derecho Romano a la voluntad y consentimiento, generalmente tácito, de los ciudadanos, del pueblo, pues la costumbre era considerada como una ley establecida tácitamente por su consentimiento declarado por las mismas cosas y hechos (2).

Algunos de los más antiguos *glosadores* opinaban ya que en algunas materias era necesario el consentimiento del príncipe, el cual explicaban de varios modos (3).

Antes de los primeros *decretistas* no consta *ciertamente* (4), que sepamos, de canonista alguno que haya exigido el consentimiento del legislador como necesario para que toda costumbre tuviese valor. Esto no quiere

1, n. 36; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 11, 240; L. RODRIGO, *Praelectiones Theologico-Morales Comiltenses*, tom. II, *De legibus* (Santander-Burgos, 1944), n. 643, 2.º; 683, 696; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, pp. 23, 173-175.

(56) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 12.

(1) *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 2; c. 13, n. 1.

(2) JULIANO, *Dig.*, I, 3, 32: "... Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur." Véase también HERMOGENIANO, *Dig.*, I, 3, 35; *Inst.*, I, 2, 9.—Cf. SUÁREZ, *De leg.*, l. 7, c. 13, nn. 4-5.

(3) Cf. ACURSIO, *Glossa in Cod.*, VIII, 52 (53), 2; BAROLO, *Commentarium ad Cod.*, VIII, 52 (53), 2, nn. 11-12, 32-34, 37; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 28, 47.

(4) Decimos *ciertamente*, a causa de algunas dudas existentes acerca de algunos textos de S. AGUSTÍN (*Epist.* 55, *ad Inquisitiones Ianuarii*, n. 35. PL., 33, 221., y de IVON CARNUTENSE (DE CHARTRES), *Decretum*, Lovanii, 1561, pars IV, c. 194, o también PL., 161, 308.—Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 24, y *De requisito consensu legislatoris in iure consuetudinario*, en *Ius Pontificium*, an. XII, 1932, fasc. I, pp. 19-20, entre otros.

decir que el legislador no tuviese autoridad para impedir las costumbres contra la ley. Claramente los Romanos Pontífices vindicaron para sí el derecho de resistir a ellas y de extirpar las malas (5).

Los canonistas y comentadores posteriores a las Decretales enseñaron comúnmente que sin el consentimiento del legislador no podía darse en la Iglesia costumbre alguna, al menos contra los cánones (6). De la necesidad del consentimiento del legislador para la costumbre introductiva de ley no tratan expresamente, mas tampoco lo excluyen. En esta clase de costumbre tiene fácil explicación: la potestad de dar estatutos y la de introducir costumbre procedían al unísono, de modo que quienes podían hacer lo primero podían, asimismo, introducir costumbre (7).

b) EN SUÁREZ.—En este estado de la doctrina acerca de la necesidad del consentimiento del legislador hace su aparición el jurista español, dedicando todo un capítulo a tratar de dicho consentimiento. Podría no parecer necesaria tanta importancia como SUÁREZ le da. Si bien es verdad que, en general, no se dudaba de su necesidad, tampoco aparece, con todo, un estudio serio y sistemático acerca de este punto, como él lo hace. Esta necesidad la aplica a toda costumbre, sin restricción de ningún género, ni siquiera en cuanto a la costumbre inductiva de ley (8), tanto a las leyes canónicas como a las civiles (9).

Ya es testigo SUÁREZ de la existencia de algunos autores, aunque pocos, que, admitiendo esta doctrina en las leyes canónicas, la niegan en las civiles. La razón que dan de esta diferencia es que la potestad de dar leyes canónicas nunca estuvo en los pueblos, sino en los Prelados, mientras que el poder de dar leyes civiles primariamente estuvo en el pueblo (10). No le agrada ni le parece pueda subsistir esta distinción. Una vez que la pasó al príncipe, ya no la tiene. Ni vale decir que se reservase el poder de establecer costumbres (11). Dicha reserva no consta en derecho alguno, ni costumbre, ni puede mostrarse de otro modo en una monarquía perfecta.

(5) Cf., v. gr., NICOLÁS I (858-867), c. 3, D. XII; c. 3, D. VIII; y LEÓN IX (1049-1054), en el mismo c. 3, D. XII.

(6) Cf. PANORMITANO, *Commentaria*, l. 1, t. 4, c. 11, n. 8; JUAN DE ANDRÉS, *Commentaria Novella*, ad., c. 11, X, 1, n. 47; y ANTONIO DE BUTRIO, *Repet.*, n. 53.

(7) Cf. ANTONIO DE BUTRIO, *Super Primo Decretalium*, l. 1, t. 4, c. 9, n. 5; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 52.

(8) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 9.

(9) *De legibus*, l. 7, c. 13, nn. 5-6.

(10) Entre estos autores cita SUÁREZ, l. 7, c. 13, n. 5: a SAN ANTONINO, *Summa Theologiae Moralia* (Venetiis, 1582), pars 1.<sup>a</sup>, tit. 16, § 3; DRIEDON, *De libertate christiana* (Lovanii, 1546, 1547?), lib. I, fol. 36, 2, A-B.

(11) Defendían esta opinión algunos glosadores y posglosadores del Derecho romano. Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 13, nn. 4-5.

Todo indica, en una palabra, que el poder legislativo, de cualquier modo que sea, está en el príncipe (12).

De aquí se puede deducir ya la razón principal por la cual se prueba *eficazmente, escribe* (13), la necesidad del consentimiento del legislador en la costumbre, tanto en las sociedades civiles como en la Iglesia; porque, siendo el poder legislativo no menos necesario para establecer derecho no escrito, o consuetudinario, que expreso, y no existiendo dicho poder ni en unas ni en otra, es necesario que aquél en el cual resida ese poder dé a la costumbre fuerza legal mediante su voluntad o consentimiento (14).

c) DESPUÉS DE SUÁREZ.—Los civilistas se han ido poco a poco independizando de la necesidad de este consentimiento mediante diversos sistemas, que en los tiempos más recientes convienen en negarla (15).

Los canonistas posteriores al P. SUÁREZ no dudan de esta necesidad. La exigen a diestra y siniestra con la misma claridad. Del consentimiento del legislador hacen depender, como de causa principal, la fuerza de la costumbre, por ser ella una especie de derecho que tiene fuerza de ley (16).

Se podrá poner en duda si el consentimiento ha de ser especial, por no bastar o haber sido el legal, pero no la necesidad. Y si SCHULTE y otros (17) intentan traer al campo eclesiástico la teoría de la persuasión u opinión común, a su refutación se lanzan la mayoría de los autores (18).

Después del Código, no hay duda de esta necesidad. Establece en el canon 25 que la costumbre en la Iglesia obtiene fuerza de ley *únicamente* del consentimiento del legislador, del superior eclesiástico *competente*. Toda la fuerza de cualquier costumbre depende de él. Lo que es a la letra la doctrina de SUÁREZ no sólo en el capítulo 13, sino en todo su sistema de la costumbre jurídica.

Le es, pues, el Código en extremo favorable. Así lo debió reconocer JANSSENS, y por eso escribe, queriendo de algún modo quitarle parte de su fuerza a aquella palabra "*unice*" del canon 25, que este canon no implica que el superior sea el autor exclusivo de la costumbre en defecto de toda

(12) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 5.

(13) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 6.

(14) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 4.

(15) Cf. F. GENY, *Methode d'interpretation* (París, 1932), I<sup>a</sup>, nn. 113-123, pp. 332 ss.

(16) Cf. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 136; BOUIX, *Tractatus de principis iuris Canonici* (París, 1882), pars 2.<sup>a</sup>, sectio VI, cap. II, § 3, pp. 369 y ss.; B. DOLHAGARAY, D. T. C., tom. 3, part. II (París, 1923), pal. "coutume", 1997, expone, expresa y brevemente, la doctrina de SUÁREZ; WERNZ, *Ius Decretalium*, I<sup>a</sup>, n. 188.

(17) J. F. SCHULTE, *Das katholische Kirchenrechts* (Giessen, 1860), I, pp. 209-214; P. C. A. KREUTZWALD, *De canonica iuris consuetudinarii praescriptione* (Friburgi Br., 1873), pp. 71-72.

(18) Cf., v. gr. WERNZ, *Ius Decretalium*, I<sup>a</sup>, n. 188; MICHIELS, *Normae generales*, II, pp. 28-30; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 64.

colaboración de la multitud (19). La parte que corresponde a la multitud no puede él suplirla, es verdad; pero el aspecto jurídico, la fuerza obligatoria, procede íntegramente de su consentimiento.

## B) *Naturaleza*

a) **DIVISIÓN DEL CONSENTIMIENTO.** — Dos clases fundamentales de consentimiento distingue el P. SUÁREZ con los canonistas anteriores: uno que llama *personal*, porque es dado por la persona del príncipe, y otro *legal* o *jurídico*, dado por el mismo derecho (20).

Acerca del primero, no sabemos que haya sido conocido antes con ese nombre. Se hablaba de consentimiento tácito y expreso, “de scientia et patientia vel tolerantia principis”, o simplemente “de scientia principis”, por ser necesario preceda el conocimiento de la costumbre por parte del legislador (21).

Todos estos nombres y el de “voluntas personalis”, “peculiaris”, “specialis scientia”, etc., los emplea también SUÁREZ (22). Posteriormente es más conocido con el nombre de consentimiento especial, sobre todo después del Código (23).

El consentimiento *personal* lo divide en *expreso* y *tácito* (24). Su explicación es como sigue: “Unum voco personalem, quia datur a persona principis, vel expresse consentientis, vel antecederet dando licentiam ad introducendam consuetudinem, vel consequenter aut concomitanter approbando illam, aut expresse (*consentimiento expreso*), aut videndo et non impediendo” (*cons. tácito*) (25).

b) **ALGO DE HISTORIA** acerca de la clase de consentimiento necesario para la costumbre nos la da ya SUÁREZ (26). Antes de las Decretales, los glosadores de uno y otro derecho y los decretistas exigían el consentimiento *personal* o conocimiento de la costumbre por parte del legislador (27).

(19) JANSSENS, *La Coutume source formelle de droit d'après S. Thomas d'Aquin et d'après Suárez*, en “Revue Thomiste”, t. 14, 1931, pp. 723-724.

(20) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 6.

(21) Cf., v. gr., JUAN TEUTÓNICO, *Glossa ordinaria ad Decretum Gratiani*, ad c. 7, D. VIII v. “consuetudinem”; ad dictum Gratiani, ante c. 4, D. IV, v. “abrogatae”; BERNARDQ DE PARMA, *Glossa ordinaria ad Decretales*, ad c. 11, X, l. 4, v. “legumne sit praescripta”.

(22) *De legibus*, l. 7, c. 13, nn. 3, 7, 11, 12; c. 8, n. 16; c. 18, n. 16; etc.

(23) Cf. HEIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, L. 1, t. 4, n. 138; MICHELS, *Normae generales*, II, pp. 31 y ss.

(24) El nombre de *interpretativo* que emplea por única vez en el cap. 13, n. 12, significa lo mismo que *tácito*. “Quia scit et tolerat”, dice de él.

(25) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 6.

(26) *De legibus*, l. 7, c. 13, nn. 3, 7.

(27) Cf. JUAN TEUTÓNICO, *Glossa*, ad c. 7, D. VIII, v. “consuetudinem”; ad dictum Gratiani, ante c. 4, D. IV, v. “abrogatae”; JUAN Y AZÓN, (ACCURSIO, *Glossa ad Cod.* VIII, 52 (53), 2.

Después del célebre capítulo "Cum tanto" se ha obrado un gran cambio acerca de la naturaleza del consentimiento requerido.

Sin rechazar en modo alguno la eficacia del consentimiento especial ni ponerla en duda siquiera, y aun exigiéndolo muchos autores (28), la opinión más común de los juristas fué ser suficiente el consentimiento *general*, el cual había sido dado por dicho capítulo a toda costumbre contra derecho *razonable y prescrita* (29).

c) PROPOSICIONES DE SUÁREZ.—Es "per se notum" que *basta el consentimiento personal*, cualquiera que éste sea, propone en primer término. Lo que se necesita es que conste moralmente que la tolerancia no es sólo *permisiva*, sino *operativa o aprobativa*, lo que fácilmente podrá constatar por las circunstancias o el uso, principalmente cuando es razonable la aprobación o por sola la permisión no se provee suficientemente a la salvación y bienestar de los súbditos (30).

Mas este consentimiento *no siempre es necesario*, afirma en segundo lugar, *puesto que el legal es posible, suficiente, convenientísimo y existe realmente* (31).

Es *posible*, porque no repugna que el príncipe pueda dar una ley general aprobando antecedentemente toda costumbre que tenga las condiciones prescritas por él y establecer que tenga fuerza de ley sin su nuevo consentimiento y conocimiento. Esto no excede, en modo alguno, su potestad.

Es *suficiente*, porque si el legislador establece una ley diciendo que la costumbre que reúna estas y aquellas condiciones tenga valor jurídico, desde entonces consiente; y este consentimiento se aplica en virtud de aquella ley general, al ser introducida cada una de dichas costumbres en particular, pues la ley, mientras no es abrogada, habla siempre ("semper loquitur"), y no es menos eficaz la voluntad del príncipe que habla por boca de la ley que cuando por sí manda o quiere algo directa o inmediatamente.

Es *convenientísimo*, negativa y positivamente, por ser moralmente imposible que todas las costumbres lleguen a conocimiento del legislador; y, por otra parte, conveniente que las costumbres razonables se observen y tengan fuerza jurídica.

Este consentimiento legal *existe en realidad* dado por el capítulo "Cum tanto", ley general que aprueba toda costumbre que sea razonable y prescrita, haciendo así que tenga fuerza de ley sin nuevo conocimiento y consentimiento.

(28) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 3.

(29) "Cum tanto", C. 11, X, 1, 4.

(30) *De legibus*, l. 7, c. 13, nn. 6, 12.

(31) *De legibus*, l. 7, c. 13, nn. 6-8, 13.

Confirma esto con un argumento de analogía de la costumbre con la prescripción en sentido propio, a cuya imitación se dice prescrita, porque así como en la prescripción no se requiere conocimiento de aquel contra el cual se prescribe, así tampoco en ésta se pide el conocimiento del legislador contra quien, en cierto modo, se dice prescrita.

Todo lo dicho lo aplica tanto a la costumbre contra como en defecto de ley. De ésta escribe que "a fortiori" estará comprendida, porque parece ir menos contra la voluntad y autoridad del príncipe. Doctrina, que sepamos, no propuesta antes de SUÁREZ y comúnmente admitida posteriormente, aunque con más frecuencia atienden los autores a la costumbre contra la ley (32).

Aunque nos interesa menos, también en el derecho civil cree encontrar virtualmente el consentimiento legal, al no exigir, para que una costumbre se tenga como derecho consuetudinario, sino que, supuesta la razonabilidad, sea "diuturna et longa", "per annos plurimos observata", "perpetua" (33).

Se requiere y basta el consentimiento legal cuando la costumbre procede "ex vi praescriptionis". De lo contrario, o sea para que tenga valor antes del tiempo necesario para la prescripción, se requiere el personal o especial de legislador. La razón es que, siendo necesario en toda costumbre algún consentimiento y no habiendo ley alguna que lo dé para esta clase, debe ser dicho consentimiento personal o especial, al cual ha de preceder el conocimiento de la misma (34).

d) DESPUÉS DEL EXIMIO.—1) *Legal*.—Al probar éste la posibilidad, suficiencia, conveniencia y existencia del consentimiento legal da solución a las dificultades que antes y después salen al paso de dicho consentimiento. Así, por unos es considerado como *insuficiente* (35) y por otros como *ineficaz e imposible* (36), etc.

En defensa de este consentimiento son empleados por los autores los mismos argumentos de SUÁREZ. Después de lo establecido en los cánones 27 y 28 con respecto a la costumbre contra y en defecto de ley, ya nadie puso en duda la *suficiencia* del consentimiento legal ni *su conveniencia* (37).

(32) Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 9; MICHELIS, *Normae generales*, II, pp. 14 y ss.; VAN HOVE, *De consuetudine*, nn. 57-58; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, pp. 33-34.

(33) *Dig.*, I, 3, 33, 35, 38, respectivamente.—Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 10.

(34) *De legibus*, l. 7, c. 13, nn. 7, 11; c. 8, n. 16; c. 15, n. 8; c. 18, n. 16; etc.

(35) V. gr., PONCE DE LEÓN, *De Matrimonio* (Lugduni, 1640), l. 6, c. 6, n. 5; DIANA, *Resolutiones morales* (Lugduni, 1646-1659), part. VI, tract. V, resol. 13; FAGNANO, *Commentaria in quinque libros decretalium* (Vesuntione, 1740), L. 1, t. 14, c. 1, n. 18.

(36) Cf. WERNZ, *Ius Decretalium*, I<sup>o</sup>, n. 188, II.

(37) Véase, por ej., modernamente, VAN HOVE, *De cons.*, n. 68, p. 66.—Con todo, véase lo que en la nota 1 dice de R. WEHRLE, *De la coutume*, p. 414.

2) *Especial*.—Quizá nad'e como SUÁREZ haga tanto hincapié sobre el consentimiento especial y la no necesidad de la prescripción en este caso.

Muy pocos dicen lo contrario (38).

Este consentimiento especial parece reconocerse en el canon 25 al afirmar que la costumbre en la Iglesia obtiene fuerza de ley únicamente del consentimiento del competente superior eclesiástico. Ahora bien, admitido el consentimiento legal para toda costumbre dado por los cánones 27 y 28, la palabra "*competentis*" sería inútil si no implicara la legitimidad del consentimiento especial (39).

### C) *Concepto*

a) HASTA PRINCIPIOS DEL SIGLO XVII.—1) Los decretalistas concebían este consentimiento como una *permisión* del Papa o del príncipe a la comunidad o al pueblo para que estableciese derecho (40) y, consiguientemente, excluían todas aquellas personas que eran incapaces de dar leyes, como los menores, locos y mujeres (41); exigían en la comunidad tantos actos como fuesen necesarios para que constase del consentimiento del pueblo, al cual atribuían la fuerza de la costumbre (42). Y por esto únicamente reconocían capacidad de introducir costumbre a aquellas comunidades que tuviesen poder de dar leyes, según veremos más adelante.

Esta concepción no era exclusiva del consentimiento legal.

b) SANTO TOMÁS Y LOS SUMMISTAS.—SANTO TOMÁS habla ya de que "en aquellas comunidades o multitudes que no tienen poder libre de dar leyes para sí ni de remover la puesta por el superior, la costumbre que en ellas prevalece obtiene fuerza de ley *en cuanto es tolerada* por aquellos a quienes pertenece imponer ley a la multitud, pues por esto parece que *aprueban* lo que la costumbre introdujo" (43). Este texto, como se ve, concibe de otro modo el consentimiento del legislador. No es que la multitud misma con su consentimiento dé fuerza de ley a la costumbre, sino que el legislador la *aprueba*.

(38) Entre otros, JANSSENS, *La coutume source formelle de droit*, en "Revue Thomiste", t. 14 (1931), pp. 720-724.

(39) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, nn. 67, 195; RODRIGO, *Praelectiones Theologico-Morales Comillenses*, II, n. 653.—Véase la necesidad de la prescripción en este estudio, c. v. B).

(40) Cf. JUAN DE ANDRÉS, *Commentaria Novella*, ad c. 11, X, 1, n. 47; PANORMITANO, *Commentaria*, I, I, t. 4, c. 11, n. 8: "Ista consuetudo (contra legem) assumit vires non solum ex tacto consensu virorum ecclesiasticorum, sed auctoritate Papae *permittentis induct* consuetudinem".

(41) Así lo atestigua SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 14.

(42) Cf. ROQUE CURCIO, *De consuetudine*, sect. IV, n. 37; PANORMITANO, *Commentaria*, I, I, t. 4, c. 11, n. 17.

(43) SANTO TOMÁS, *Summa Theologica*, I, II, q. 97, art. 3, ad 3.

Aunque aquí parece más admisible que se trata más bien del consentimiento *especial*, pues *la tolerancia* y aprobación de aquello que la costumbre introdujo es algo posterior a la misma y que no conviene sino al consentimiento especial subsiguiente, sin embargo fué esta doctrina ocasión de un cambio en el concepto del consentimiento *aun legal*.

El texto de SANTO TOMÁS fué repetido casi a la letra por el ARCEDIANO y por los Summistas, en especial SILVESTRE DE PRIERIAS y SAN ANTONINO (44), aunque sin sacar de él las consecuencias que podían deducirse, principalmente en cuanto al sujeto de la costumbre.

c) CONCEPTO SUAREZIANO.—*Las consecuencias*, íntimamente unidas, que de aquí se seguían eran principalmente dos:

1.ª Que si quien daba eficacia a la costumbre (en aquellas comunidades que no tenían facultad de dar leyes) era *la aprobación del legislador*, caía por tierra la doctrina que sostenía que para introducir costumbre era necesaria una comunidad con poder legislativo, como hasta entonces se venía afirmando, al menos en teoría, y al mismo tiempo que lo mismo daba que quien introdujese costumbre fuesen mujeres o menores de veinticinco años, porque éstos no podían dar leyes (45).

2.ª La segunda consecuencia era el cambio de concepción del consentimiento del legislador. Este no daba *un permiso, una licencia* para que la comunidad por sí y ante sí introdujese costumbre con su consentimiento tácito, sino que le daba *su aprobación*, o de antemano a toda costumbre que tuviese *las condiciones* debidas determinadas por él, en concreto, *la racionalidad y la prescripción* (46), o a la costumbre de hecho existente en la comunidad; aun antes de estar *completa* la prescripción.

Estas *consecuencias*, aunque no como tales, o sea deducidas de la doctrina expuesta, al menos por lo que a SUÁREZ se refiere (47), fueron propuestas por SALAS y más explícitamente por SUÁREZ (48). De ellas, la segunda es la que ahora nos interesa y se nota a cada paso en la doctrina de SUÁREZ, principalmente al no exigir como sujeto de la costumbre sino una comu-

(44) GUIDO DE BAYSIO, o el ARCEDIANO, *Rosarium super Decreto*, ad c. 7, D. XI; SILVESTRE DE PRIERIAS, *Summa Sylvestrina* (Lugduni, 1549), v. "consuetudo", q. 5; SAN ANTONINO, *Summa Theologica* (Venetiis, 1582), tit. 16, § 2.

(45) Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 14.

(46) C. 11, X, 1, 4.

(47) Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 7-11; c. 13, nn. 3-5.—No aparece aquí que deduzca su doctrina, en cuanto a la comunidad capaz de introducir costumbre, de SANTO TOMÁS, al menos lo que es propio y característico de SUÁREZ: *que basta una comunidad capaz de recibir ley*. Parece deducir, en cambio, que basta una comunidad *capaz de recibir poder legislativo* (l. c. c. 9, n. 7).

(48) SALAS, *Tractatus de legibus*, disp. XIX, nn. 90-91, 96; SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 7-11; c. 13, nn. 3-5; todo poder de dar leyes está en el príncipe. Para esta afirmación aduce SALAS la autoridad de SANTO TOMÁS.

nidad capaz de recibir ley (49); pero también en la misma terminología empleada al tratar del consentimiento.

Hablando del consentimiento *legal* dice que pudo el príncipe establecer una ley general “*approbantem consuetudinem habentem tales condiciones ab ipso praescriptas, et ut vim habeat absque novo consensu suo vel scientia*” (50).

En cuanto al consentimiento *personal*, escribe que puede ser dado por el príncipe, o consintiendo expresamente, o dando con anterioridad licencia para introducir costumbre, “*vel consequenter aut concomitanter, approbando illam*” (51).

En otro lugar indica esto mismo, al afirmar que la comunidad, por medio de la costumbre de hecho, pide tácitamente el consentimiento del príncipe: “*In iure consuetudinario populus incipit, quantum in se est, volendo ius introducere et tacite impetrando consensum principis*” (52). “*Quia populus consentit et tacite postulando consensum principis, ideo censetur princeps tacite consentire*” (53). O sea, *aprueba* la costumbre del pueblo.

Expresamente afirma en un solo texto que este consentimiento puede ser *legal* o *personal*: “*Per approbationem consuetudinis aut iure ipso claratam, aut per tacitam voluntatem demonstratam*” (54).

Algún resto se encuentra, no obstante, del antiguo concepto de *permisión* o *licencia* mezclado con el de *aprobación* (55).

d) CONCEPTO POSTERIOR.—Después del EXIMIO, no todos se dieron cuenta de este doble modo de explicar la intervención del consentimiento del legislador. Sin embargo, no hablan de que esta facultad de introducir costumbre por *permisión* del legislador haya sido dada. Hablan unas veces de la *aprobación* de la costumbre por él; otras, las menos, de la introducción de la costumbre por la misma comunidad; pero siempre haciendo depender del consentimiento del legislador la fuerza de la misma (56), considerando

(49) *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 7-11, principalmente.

(50) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 8.

(51) *De legibus*, l. 7, c. 13, n. 6.

(52) *De legibus*, l. 7, c. 12, n. 1.

(53) *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 12.

(54) *De legibus*, l. 7, c. 14, n. 4.

(55) *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 7, 9-11; c. 13, n. 6; c. 14, n. 4.

(56) Cf. BONACINA, *Opera de Morali Theologia* (Lugduni, 1697), t. 2, disp. I, *Tract. de legibus*, q. 1, punct. ult. (XI), § 3, n. 28: “*Sexta conditio est ut consuetudo per eos inductur, qui legem condere possunt, vel habent capacitatem activam condendi leges, vel saltem passivam eas recipiendi interveniente aliquo superioris consensu... Princeps autem consentit in consuetudine, quatenus superior statuit legem aboleri per rationabilem consuetudinem... Ita SUAREZ...*” “*Clerici possunt consuetudinem inducere, et simpliciter legem ferre quatenus illis communicari potest potestas condendi leges, vel saltem quatenus habent capacitatem passivam recipiendi, prout docet SUAREZ*”; F. DE CASTRO PALAO, *Opus Morale* (Lugduni, 1649), p. I, tract. 3, *De legibus*, disp. 3, punct. 2, § 4; REINFFENSTUEL, *Ius Can. Universum*, l. 1, t. 4, nn. 11, 110 y ss.; SCHMALGRUEBER, *Ius Eccl. Universum*, l. 1, t. 4, n. 4; etc.

muchos el uso de la comunidad sólo como *la materia* y como *causa ocasional* y, consiguientemente, indicando el consentimiento *aprobativo*, al menos *implicitamente* (57).

Después del Código, todos exigen el consentimiento *aprobativo*, o al menos lo suponen, y algunos lo requieren *expresamente* “iuxta doctrinam hodie receptam” (58).

Queda, pues, suficientemente indicada la *influencia* del P. SUÁREZ en en todo lo que se refiere al consentimiento del legislador o príncipe (59).

## CAPITULO III

### SUJETO DE LA COSTUMBRE

Estudiaremos ahora la *causa eficiente próxima* de la costumbre (1), o sea aquella que prepara la materia, por decirlo así, de la costumbre jurídica de derecho, llamada también *sujeto activo* de la costumbre de hecho y *pasivo* de la de derecho.

a) DOCTRINA COMÚNMENTE ADMITIDA HASTA PRINCIPIOS DEL SIGLO XVII era que únicamente una comunidad, un pueblo que *tuviese poder de dar leyes* podía introducir costumbre (2). Concedía, sin embargo, que todo pueblo podía dar ley para sí, por su propia naturaleza o constitución

(57) Cf. PICHLER, *Ius Canonicum* (Venetiis, 1730), l. 1, t. 4, n. 4; PL. BOCKHN, *Commentarium in Ius Canonicum*, l. 1, t. 4, nn. 3-13 (Salzburgi, 1776): “Communitas est *causa solum occasionalis* vel etiam indirecte motiva et quodammodo instrumentalis, per actus quibus principi ansam praebet, ut velit ius aliquod induci vel abrogari”; ZALLINGER, *Institutiones Iuris Ecc.* (Romae, 1823), I, § 230.

(58) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 59: “Consensus superioris intelligimus, iuxta doctrinam hodie receptam, approbationem sive antecedentem sive subsequentem usus a communitate adhibiti, qua hic usus fit ius consuetudinarium, non autem prout antiquiores docuerunt, *concessionem* potestatis legislativae communitati, vel laicorum, quibus in Ecclesia talis potestas non competit vel clericorum quibus videtur aut raro aut non concessa.”

(59) Cf. J. KINANE, *The nature of the consent on the part of a superior necessary for custom* (en *The Irish Ecclesiastical Record*, págs. 646-653, Dublín, diciembre 1930), acerca del cual escribe APOLLINARIS (Romae, 1931, t. 4, p. 320), dando un resumen breve del artículo a que nos referimos: “Saeculo XVI doctrinam et distinctiones elaboravit SUÁREZ quae usque hodie servatae fuerunt. Recentioribus tamen temporibus quidam consensus *necessitatem* negarunt, vel cum GOUSSSET consensum legalem non esse *veri nominis* consensum docuerunt, aut ipsum *insufficientem* esse, saltem ad consuetudinem praeter legem. Quae omnia iam ante Codicem falsa erant, nunc vero, omnino explosa dicenda sunt.”

(1) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 2.

(2) Cf., v. gr., ESTEBAN DE TOURNAI, *Summa*, ad c. 5, D. 1 (SCHULTE, *Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*, Giessen, 1891), p. 9; JUAN TRUTÓNICO, *Glossa ordinaria ad Decretum Gratiani*, ad c. 7, D. VIII, v. “consuetudinem”; INOCENCIO IV, *Apparatus iurificus*, ad c. 10, X, 1, 4; PANORMITANO, *Commentaria*, l. 1, t. 4, c. 11, n. 8: “Consuetudo non potest induci nisi *ab habentibus potestatem legis condendae*.”—Véanse JUAN DE SALAS, *Tractatus de legibus*, disp. XIX, n. 90, y SUÁREZ, *De leg.*, l. 7, c. 9, n. 7, los cuales citan a otros muchos autores; principalmente, SUÁREZ.—Entre los romanistas, puede verse BARTOLO, *Commentaria*. ad Cod. VIII, 52 (53), 2, n. 13; ad Dig. I, 3, 32.

o por permisión del príncipe o del derecho (3). Con todo, en ningún texto del derecho, romano o canónico, se propone expresamente dicho principio de que sea necesario un pueblo con poder de dar leyes. Se habla tan sólo de costumbres introducidas por diversas comunidades en concreto, acomodándose a la división civil o canónica (4).

Mas al ser introducida la *teoría de la aprobación* de la costumbre, antecedente o consiguientemente, por parte del legislador, implícitamente dejaba de ser admisible el principio de la necesidad de una comunidad que tuviese poder de dar leyes. Las consecuencias que de esta concepción se seguían para la materia que nos ocupa no fueron sacadas del todo hasta principios del siglo XVII.

Si la costumbre no es introducida por el consentimiento del pueblo, por *permisión o concesión* del legislador, sino que obtiene fuerza de la *autoridad o aprobación* de éste, no debe exigirse ya sino una *comunidad capaz de recibir ley*. Esta doctrina es patrimonio de los canonistas de la Edad Moderna. No conocemos autor alguno antes del P. SUÁREZ y JUAN DE SALAS que haya propuesto esta doctrina.

Estos dos autores han llegado a la misma conclusión por el mismo camino, cuyos mojones principales son: que todo el poder de dar leyes está en el príncipe, por una parte; y por otra, que las comunidades de mercados (y de laicos en la Iglesia) pueden introducir costumbre, sin que tengan poder de dar leyes. Lo mismo sucede con las de mujeres (5). JUAN DE SALAS, sin embargo, no propone expresamente que baste una comunidad,

(3) Según la ley "Omnes populi", Dig. I, 1, 9.—Cf. JUAN DE SALAS, *Tractatus de legibus*, disp. XIX, n. 90.

(4) Así, en el Derecho romano se hablaba de la costumbre: De una ciudad o provincia (Dig. I, 3, 34); de una región (Dig. XVIII, 1, 71; Cod. IV, 65, 8); etc. En el canónico: De la Iglesia Universal, de una archidiócesis, diócesis, "monasterios y otros lugares semejantes"..., de costumbre particular, "según la diversidad de los lugares" (C. 8, D. XI; C. 11, D. XII), de comunidades de laicos, de mujeres...

(5) JUAN DE SALAS, *Tractatus de legibus*, disp. XIX, nn. 90-91.—Se encuentran bastantes puntos de semejanza entre estos dos autores. Aunque, en rigor, JUAN DE SALAS debe ser considerado como anterior a SUÁREZ, pues su tratado *De legibus* salió a luz pública en 1611, mientras que el de SUÁREZ salió en 1612; sin embargo, hay algunas razones que parecen disuadirnos de que hayamos de considerarlo como influyente en SUÁREZ ni como influido. Son estas razones, entre otras: la proximidad de publicación en cuanto al tiempo y la distancia del lugar de publicación, Lyon y Coimbra; el tiempo necesario para la impresión, mayor que hoy día, constándonos que el del P. SUÁREZ, aun siendo más extenso, estaba imprimiéndose ya en el 1611. (Así se lo comunicaba él el 10 de abril de 1611 al P. JUAN FERRER, Rector del Colegio de Barcelona. SCORRAILLE, *El P. Francisco Suárez*, trad. del P. PABLO HERNÁNDEZ, tom. II, l. 4, c. 3, n. 14, p. 145). Pudo muy bien suceder que se consultasen mutuamente, estudiasen dichos puntos de consuno, cambiasen sus escritos, etc., y más tratándose de dos Padres de la misma Compañía, o que las lecciones de uno fuesen copladas y transmitidas a otros lugares, como nos consta se hizo con las de SUÁREZ en Alcalá, las cuales eran enviadas a otras Universidades. (HAUL DE SCORRAILLE, o. c., tom. I, l. 2, c. 4, n. 2, p. 233; ESPASA, *Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana*, vol. 57, "SUÁREZ" (FRANCISCO), p. 1413, al final.)

al menos, capaz de recibir ley o a la que se pueda imponer una verdadera ley, como se expresa SUÁREZ (6), aunque implícitamente también lo supone.

b) COMUNIDAD PERFECTA E IMPERFECTA.—*Perfecta*, en general, llama a aquella que es capaz de gobierno o régimen político, la cual, en cuanto es tal, se dice suficiente en este orden. En este sentido han dicho ARISTÓTELES Y SANTO TOMÁS, según él, que la ciudad ("*civitas*") es comunidad perfecta (7). *A fortiori* será perfecta un reino y toda otra agrupación superior o comunidad de la que sea parte la ciudad. En este caso, aquellas comunidades que son partes de otra, aunque en sí consideradas son perfectas, como tales partes son imperfectas, *relative*, no *absolute* (8).

Comunidad *imperfecta, absoluta o simplemente*, se dice una casa privada al frente de la cual está el padre familia, porque "non est sibi sufficiens...", "non congregantur singulae personae ut principalia membra ad unum corpus politicum componendum...", "non regitur propria potestate iurisdictionis, sed dominativa...", "neque habet perfectam unitatem, seu uniformem potestatem, neque enim participat proprie politicum regimen et ideo communitas illa simpliciter imperfecta dicitur" (9).

Aunque no hemos encontrado en SUÁREZ más ejemplos de comunidades imperfectas en concreto que una casa privada y una familia (10), con las notas que de ellas nos da y por lo que a continuación veremos, podemos concluir con certeza que comunidad *perfecta*, en sentir del EXIMIO, *at menos relative, es aquella que es capaz de ley*. Es lo menos que requiere. Esto indican las frases: "capax politicae gubernationis", "si habeant perfectum regimen", aplicadas a la comunidad perfecta (11); y al contrario, "non regitur propria potestate iurisdictionis, sed dominativa", etc., refiriéndose a la absolutamente imperfecta (12). Pero más claramente se deduce esto de todo el capítulo 9 del libro VII al afirmar, por una parte, que para introducir costumbre *se requiere una comunidad perfecta* (13) y agregar, por otra, que *basta sea pasivamente capaz de ley o que se le pueda imponer una verdadera ley* (14).

(6) *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 6-11; c. 13, nn. 3-5.

(7) ARISTÓTELES llama "*civitas*" a la sociedad política o "unión de varios pueblos en una sola y completa comunidad, lo bastante numerosa para procurarse lo necesario".—ARISTÓTELES, *Nueva Biblioteca Filosófica*, LXIX, *Política* (Madrid, 1933), l. 1, c. 1; SANTO TOMÁS, *Summa Theologica*, 1, 2, q. 90, art. 2.

(8) *De legibus*, l. 1, c. 6, n. 19.

(9) *De legibus*, l. 1, c. 6, n. 20.

(10) *De legibus*, l. 1, c. 6, nn. 20, 22; l. 7, c. 3, nn. 8-9; l. 7, c. 9, n. 11.

(11) *De legibus*, l. 1, c. 6, n. 19.

(12) *De legibus*, l. 1, c. 6, n. 20.

(13) *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 3, 7, 10.

(14) *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 6, 10, 11.—Insistimos sobre la noción de *comunidad perfecta*, porque aunque antes del P. SUÁREZ no sabemos que autor alguno afirmase expresamente la

c) SUÁREZ EXIGE UNA COMUNIDAD “CAPAX SALTEM LEGIS RECIPIENDAE”.—Una persona privada no es pasivamente capaz de recibir ley (15). Tampoco una comunidad imperfecta. Luego ni una ni otra pueden introducir costumbre que llegue a tener fuerza jurídica, aun con el consentimiento del legislador (16).

Afirma, como los juristas que le precedieron, que se requiere una comunidad capaz de potestad legislativa para sí misma y que “la capacidad de tal potestad activa es necesaria” (17); pero, al tropezar con las dos dificultades contra la doctrina comúnmente admitida antes de él, la solución de las mismas le lleva a proponer una nueva doctrina, aunque como en último término y recurso.

La primera dificultad es que en el pueblo cristiano no hay poder de dar leyes eclesiásticas ni parece exista siquiera capacidad para recibir dicho poder, y, sin embargo, puede introducir costumbre en la Iglesia (18).

A esto responde que, de suyo y vista la sola naturaleza de la cosa, el pueblo cristiano es capaz de potestad legislativa aun en materia de religión y culto divino (19); mas casi a continuación añade que ahora quizá ni esta capacidad se dé en el pueblo cristiano, al menos de ley ordinaria; “pero se da en él otra capacidad que es necesaria y suficiente para que la costumbre de dicho pueblo, con el consentimiento del prelado, pueda establecer ley”. Esta capacidad *necesaria, pero suficiente*, es la de *recibir ley*, y en concreto aquella misma ley que es introducida por la costumbre (20).

Es *necesaria*, porque no puede una forma ser introducida sino en un sujeto capaz de recibirla. Y así la ley no podrá ser impuesta sino a un sujeto capaz, y capaz de ley eclesiástica, si se trata de la Iglesia. Lo mismo se ha de decir de la costumbre.

---

necesidad de una comunidad perfecta para introducir costumbre, sin embargo, después de él todos enseñan que únicamente ella puede introducirla. (Cf., v. gr., REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, I, 1, t. 4, n. 111; SCHMAEZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 1, t. 4, n. 3; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, 190, 1; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 75; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 55.) *Implicitamente*, todos los autores anteriores a SUÁREZ exigían una comunidad perfecta al requerir una comunidad que tuviese *poder de dar leyes* (SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 9, n. 6).

(15) *De legibus*, I, 7, c. 3, n. 8; c. 9, n. 3.

(16) *De legibus*, I, 7, c. 3, n. 9; c. 9, n. 11: “Privata familia non potest inducere proprium ius consuetudinis, quia per se sola non est capax legis, etiam passive tantum”... “per se sumpta non est capax legis etiam imponendae a principe”.

(17) *De legibus*, I, 7, c. 9, n. 6-11.

(18) SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 9, nn. 8, 10.

(19) *De legibus*, I, 7, c. 9, n. 10.

(20) Emplea el EXIMIO estas fórmulas, entre otras: “de se passive capax talis legis”, “vel saltem ut communitas sit talis cui lex possit imponi”, “capacitas... ad recipiendam (legem)”, “capacitas passiva, ut illi possit talis lex imponi”, “nisi in subjecto capaci legis ecclesiasticae” “capax propriae legis” (*De leg.*, I, 7, c. 9, n. 10), “communitas capax legis”, “capax legis etiam passive tantum” (I. c., n. 11), etc.

Es *suficiente*, porque el que pueda ser gobernada por medio de leyes es suficiente para que dicha comunidad se considere perfecta en tal orden, pues la imperfecta sólo es capaz de precepto (21).

La misma solución da a la dificultad de que una comunidad de mujeres no puede dar leyes y, con todo, puede establecer costumbre que, con el consentimiento del legislador, tenga fuerza de ley: *basta que sea capaz de recibir ley* (22).

He ahí la génesis de la nueva doctrina acerca del sujeto capaz de introducir costumbre.

d) INFLUJO DE ESTA DOCTRINA.—Tenemos, por una parte, que únicamente *una comunidad perfecta* puede introducir costumbre; y por otra, que es *necesaria y suficiente una comunidad capaz de recibir ley*; mas para explicar la introducción del derecho consuetudinario en una comunidad que tenga capacidad de poder legislativo apela todavía el P. SUÁREZ a la doctrina antigua de la concesión o permisión del legislador, para que ella, con su consentimiento tácito, la introduzca. Los canonistas posteriores todos han admitido la noción de comunidad perfecta expuesta y su necesidad para introducir costumbre que pueda llegar a tener fuerza de ley (23).

Y, en consecuencia, todos admiten también que basta para ello una comunidad, al menos, capaz de recibir ley. Siguen, sin embargo, repitiendo, con referencia expresa al EXIMIO, que la costumbre debe ser introducida por aquellos que tienen *poder de dar ley, o capacidad activa para ello, o al menos pasiva para recibirla* (24). En cuanto a este último miembro, hay plena uniformidad entre los autores.

BONACINA todavía explica la capacidad de introducir costumbre de una comunidad de clérigos, “porque a ellos se les puede comunicar la capacidad de dar leyes” (25). Más tarde esta excepción fué abandonada.

El Código, ya conocemos lo que en el canon 26 establece: “Communitas quae legis recipiendae saltem capax est potest consuetudinem inducere quae vim legis obtineat”, que es a la letra lo que exigía SUÁREZ como lo menos, según acabamos de ver.

(21) *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 10.

(22) *De leg.*, l. c., n. 11.

(23) Cf. supra nota (14) y además PIRHING, *Ius canonicum* (Dillingae, 1675), l. 1, t. 4 nn. 8-15; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 54; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 75, quien se expresa así: “Communitatem perfectam solam inducere posse consuetudinem F. SUÁREZ et post eum omnes alii docuerunt. Perfectam autem dixerunt illam quae vel est capax inducendi legem vel saltem eam passive recipiendi a legislatore.”

(24) BONACINA, *Opera de Morali Theologia* (Lugduni, 1697), t. II, disp. I, *Tract. de legibus*, q. 1, punct. ult., § 3, nn. 28-30; CASTRO PALAO, *Opus Morale* (Lugduni, 1649), tract. 3, disp. 3, punct. 3, nn. 3-6; REIFFENSTUEL, *Ius Can. Universum*, l. 1, t. 4, nn. 11, 14-17; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, I; etc.

(25) O. c., n. 28.—Cf. supra, II, 2), nota (56), donde se cita el texto íntegro.

e) COMUNIDAD CAPAZ DE RECIBIR LEY: SUS CONDICIONES.—Antes del Código, apenas autor alguno se detenía a considerar “*ex profeso*” qué condiciones se requerían para que una comunidad fuese capaz de recibir ley y, por consiguiente, de introducir costumbre. Solamente algunos, de paso, hablaban de una u otra comunidad que admitían como capaz, con gran diversidad de opiniones (26). Comunidad *perfecta y capaz de recibir leyes* tienen el mismo alcance. Pero con decir que las leyes humanas tienen lugar propiamente en cualquier comunidad perfecta (27), poco o nada adelantamos.

De los escritores posteriores al Código, unos se fijan más en la *estabilidad y perpetuidad* de la ley; otros atienden principalmente a la *noción de comunidad perfecta*; otros, a la índole de *corporación* de la comunidad de que se trate; otros, a la *naturaleza de la ley*, cuyo elemento esencial es el ordenamiento al bien común (28).

Una *síntesis* de estas diversas opiniones nos parece haber sido la doctrina propuesta por SUÁREZ. Después de afirmar que la ley tiene lugar propiamente en toda comunidad perfecta, propone la dificultad de cómo puede decirse que se da una ley para una comunidad perfecta si se da para una de sus partes.

A esta dificultad responde que no es de la esencia de la ley el que se dé totalmente para toda la comunidad. Y la razón que da es porque en una de sus partes puede existir “*sufficiens communitas et fundamentum sufficiens ad perpetuitatem legis, et ut procedat ex jurisdictione politica et immediate pertinente ad communem gubernationem*” (29).

De donde deducimos los elementos que él parece indicar como necesarios para que pueda darse una ley a comunidad: 1) Comunidad suficiente para que el precepto a ella impuesto pueda decirse precepto común o ley. 2) Suficiente fundamento para la estabilidad o perpetuidad de la ley y para que proceda de jurisdicción política e inmediatamente perteneciente al gobierno común. 3) A estos elementos se ha de añadir otro que es de la esencia de la ley, el que sea dada para el *bien común*, condición que depende de aquella otra: de que debe ser dada para una comunidad (30). Este elemento se ha de suponer siempre.

(26) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 75; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, pp. 56-58.

(27) *De legibus*, l. 1, c. 6, n. 21.

(28) Véanse en VAN HOVE (*De consuetudine*, nn. 77-82) estas diversas opiniones, con sus autores respectivos.

(29) *De legibus*, l. 1, c. 6, n. 24.

(30) SUÁREZ, *De legibus*, l. 1, c. 7, n. 1.

Hay, por consiguiente, que atender a estos elementos para determinar qué comunidad es capaz de recibir ley: que pueda decirse común la ley que se imponga; que exista un superior mediato o inmediato con poder legislativo; cierta estabilidad o perpetuidad en la comunidad, y que se ordene al bien común. Las normas de SUÁREZ son las que señalan los autores (31).

f) OBSERVANCIA DE LA COSTUMBRE.—*Se requiere y basta* que la costumbre sea *observada por la mayor parte de la comunidad*. Lo primero, porque, a pesar de que la fuerza jurídica como norma de derecho proceda toda del consentimiento del legislador, sin embargo, si este consentimiento es expreso, aunque pueda dar una ley mirando a la costumbre de unos pocos, no será esto derecho consuetudinario; y si se trata del consentimiento tácito, no se puede éste presumir razonablemente por sola la costumbre de una menor parte. Más bien, porque el pueblo consiente moralmente y pide tácitamente el consentimiento del príncipe, se presume que éste consiente, supuestas las demás condiciones (32).

Y *basta* el uso u observancia de la mayor parte, porque en toda comunidad para el valor de los actos suele bastar el consentimiento de la mayor parte, cuando el derecho no establece otra cosa (33).

En el cómputo de esta mayor parte entran sólo aquellos que estarán obligados por la nueva norma jurídica, una vez introducida, o que estaban sometidos a la antigua, que ha de ser abrogada por la costumbre contraria. Ahora bien, la costumbre se equipara a la ley en cuanto al efecto de obligar y a las personas obligadas. Y así, como la ley, no obliga a los que no son súbditos, ni fuera del territorio (34), ni la costumbre propia de hombres obliga a las mujeres, y viceversa; ni la de los laicos a los clérigos, y al contrario.

Esta observancia o uso de la mayor parte ha de ser de hecho (35). No debe bastar, pues, que unos cuantos observen la costumbre y los demás den su consentimiento, como se decía bastaba antes de SUÁREZ (36).

*La razón de la diferencia* entre los antiguos canonistas y SUÁREZ es que, según aquéllos, el consentimiento del pueblo era la causa eficiente de la

(31) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 81; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, pp. 64-65. Según estos, se ha de atender a la esencia de la ley, que es el que *se ordene al bien común*. MICHELIS, en cambio, se fija más en la *estabilidad o perpetuidad* de la comunidad (*Normæ generales*, I, pp. 141-142).

(32) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 12.

(33) *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 12-13.

(34) *De legibus*, l. 7, c. 16, nn. 6, 9.—Cf. can. 12-14 del Cód. de D. C.

(35) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 12: "A maiori parte communitatis observetur"; n. 13: "Usum maioris partis sufficere"; n. 14: "Si maior pars populi publice consuetudinem servet"; c. 3, n. 8: "Per usum et morem eiusdem populi." Más claro no puede expresarse.

(36) ROQUE CURCIO (*De consuetudine*, sect. IV, n. 46) dice: "Sufficeret etiam quod aliqui uterentur et illi actus devenirent in notitiam populi vel maioris partis." Y cita varios autores.

costumbre, bastando así consintiesen en el uso de una parte menor. Mientras que el EXIMIO pone la fuerza de la costumbre en el consentimiento del legislador, el cual no se presume sino cuando de hecho se dé *la observancia* de la mayor parte (37). Aunque SUÁREZ habla también de la necesidad del consentimiento del pueblo, es en otro sentido, como presupuesto o requisito para la aprobación del legislador.

Parece indicar CICOGNANI-STAFFA (38) que fué PIRHING el primero que afirmó ser necesario *el uso y observancia* de hecho por la mayor parte de la comunidad (39); mas SUÁREZ habla ya bien expresamente de dicho *uso y observancia*.

Posteriormente no hay duda alguna. Al menos implícitamente, todos suponen lo mismo (40).

## CAPITULO IV

### RACIONABILIDAD DE LA COSTUMBRE

a) SU NECESIDAD EN GENERAL.—Mientras que por una parte no hay duda alguna acerca de la necesidad de esta condición en la costumbre, puesto que toda norma legal, bien proceda directamente de la voluntad preceptiva del legislador, bien indirectamente de su voluntad confirmativa del uso existente en la comunidad, debe ser conforme a la razón por pertenecer a su naturaleza el que sea “*ordinatio rationis*”, por otra se encuentra una gran diversidad de opiniones al tratar de determinar qué costumbres se han de considerar razonables y cuáles no. Esta razonabilidad no es una condición específicamente propia de la costumbre distinta de la que se requiere para la ley (1).

Esta condición no aparece expresa en el Derecho Romano, y no faltan incluso quienes sostienen que es completamente extraño a él este elemento.

(37) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 9, al fin del número 12.

(38) CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 67.

(39) PIRHING, *Ius Canonicum*, l. 1, t. 4, n. 12.

(40) Cf., v. gr., REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, nn. 131, 179; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, 1.—Después del Código: MAROTO, *Institutiones Iuris Canonici*, I, n. 252, b); CHELODI, *Ius de Personis*, n. 72, implícitamente.—Expresamente: MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 41; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 83, 109; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 67, etc.

(1) Cf. MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 79, 80.—Claramente, la razonabilidad requerida en la costumbre se equipara a la que es necesaria en la ley. Véase, por ejemplo, la *Glossa ordinaria in Sextum Decretalium*, ad c. 1, 1, 4, Casus: “Nota, quod, ad hoc quod consuetudo valeat, requiritur quod sit rationabilis: sicut enim in lege scripta requiritur rationabilitas, ita similiter in lege non scripta requiritur rationabilitas.” La misma razón exige que la costumbre se ordene al bien u utilidad común como la ley.

de la razonabilidad, al menos en el sentido que le da el derecho canónico, a pesar de los varios textos en que frecuentemente aparece la palabra "ratio" (2). En el derecho canónico anterior a las Decretales se dice que la costumbre debe ceder a la razón y a la verdad y no ser contraria a la fe (3).

En las Decretales expresamente se exige, al menos para la costumbre contra derecho, que sea "rationabilis" (4).

Al tratar de definir el concepto de razonabilidad o no razonabilidad se dividen los canonistas en varias sentencias. *A cuatro* pueden reducirse las existentes ya antes de SUÁREZ. Se trata tan sólo del derecho *positivo*. Y esto supuesto, no son racionales:

1. Según unos, todas aquellas costumbres que son contra derecho o reprobadas por el mismo (5).

2. MARTÍN DE AZPILCUETA, llamado el DOCTOR NAVARRO, define la costumbre razonable: "aquella que no es contra la ley natural ni divina, directa o indirectamente", y viceversa (6).

3. Según otros, las que inducen a pecado o peligro de salvación eterna no son razonables (7).

4. Entre los mismos canonistas ya citados no faltan quienes, desesperando de poder dar una regla cierta, opinan que se ha de dejar al arbitrio del juez el averiguar en cada caso si una costumbre es razonable o no (8).

b) DOCTRINA SUAREZIANA: I. *Concepto genérico*.—Prueba primero contra NAVARRO que la costumbre razonable y no razonable no se distinguen *directamente* por estar o no prohibidas por el derecho natural o divino ni por la bondad o malicia que tengan "vi obiecti vel materiae", porque, aunque todo uso contrario a estos derechos sea irracional, sin embargo no solo él lo es (9).

(2) Cf., v. gr., S. D'ANGELO, *Ius Digestorum* (Romae, 1927), I, pars generalis, n. 122, c. 1; n. 129, c. 2.—Acerca de las numero as interpretaciones de la palabra "ratio" y de las dos "ratio utilitatis et iuris", véase SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual* (Madrid, 1878), I, apénd. II, pp. 372-6.

(3) Así, por ejemplo, muchos textos de los Santos Padres y antiguos escritores eclesiásticos, algunos de los cuales han pasado al Decreto de GRACIANO. Cf. c. 5, D. I; c. 4, 6-8, D. VIII; c. 6, D. XI; c. 8, D. XII, etc.

(4) C. 6, X, 1, 4; c. 11, X, 1, 4; c. 9, X, 3, 28; c. 13, X, 3, 41; c. 1, in VI, 1, 2.

(5) BERNARDO DE PARMA, *Glossa ordinaria in Decretales Gregorii IX*, ad c. 11, X, 1, 4, v. "rationabilis": "Illam dico rationabilem quam non improbant iura"; ad c. 3, X, 1, 4, v. "canonicis": "non valet consuetudo contra canonica instituta"; INOCENCIO IV, *Apparatus mirificus*, l. 1, t. 4, c. 11, etc. Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 6.

(6) NAVARRO, *Martini Azpilcuetae opera*, I (Lugduni, 1589), *Commentarium de Spoliis*, § 14, n. 8, p. 234; *Constitutionum et responsorum Libri V* (Lugduni, 1591), L. III, *De Censibus*, Consilium VII, n. 3, p. 338.—Cf. SUÁREZ, l. u. c., n. 5.

(7) Cf. ROQUE CURCIO, *De consuetudine*, Sect. V, n. 20, 48 y s.; AZOR, *Institutiones morales* (Brixiae, 1622), L. 5, c. 18, q. 6: "... quae est sine peccato".

(8) Así afirman, después del HOSTIENSE (*Summa aurea*, l. 1, t. 4, "quid sit consuetudo"), el PANORMITANO, *Commentaria*, l. 1, t. 4, c. 11, n. 5; ROQUE CURCIO, *De consuetudine*, Sect. II, n. 20; Sect. VII, n. 24.—Pueden verse otros autores en SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 6, nn. 13-14.

(9) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 6, nn. 1-9.

También contra los que afirman que es irracional toda costumbre contra la ley humana establece una segunda aserción: para que una costumbre sea irracional no basta que sea contra el derecho canónico ni esto es siempre necesario (10).

De donde concluye que la racionalidad o no racionalidad de una costumbre no procede, como sucede con la bondad o malicia de la misma, de los objetos o de la ley prohibitiva o no prohibitiva, sino que *se ha de tomar de su aptitud o proporción para el uso común y derecho consuetudinario nuevo o abrogativo del existente* (11).

II. *Concepto específico*: A) *Racionalidad negativa*.—Mas ahora podemos dar un paso más. En concreto, ¿qué se requiere para que una costumbre no sea razonable “*ultra vel extra prohibitionem, et a converso, quid, praeter bonitatem, necessarium sit ut consuetudo censeatur rationalis, ac denique qua regula possit hoc discerni?*” (12).

Distinguen comúnmente los autores dos clases de racionalidad en la costumbre: *negativa* y *positiva*.

Se da la racionalidad *negativa* en toda costumbre que no es contra el derecho divino, natural o positivo, ni contra una ley humana en aquella materia en la cual no se admite derogación alguna (13).

La racionalidad *positiva* supone la negativa y le añade algo. Exige que la costumbre se funde en la razón, porque se equipara a la ley que es “*ordinatio rationis ad bonum commune*”. Esta ordenación al bien común puede proceder de un motivo especial, de la utilidad particular de una determinada costumbre al bien de la comunidad, y puede fundarse solamente en un motivo general común a todas las costumbres; v. gr., por la utilidad que hay en observar los usos y costumbres recibidos o en evitar la perturbación que se seguiría de rechazarlos (14).

Para contestar SUÁREZ a la pregunta que al principio poníamos nos da lo que podemos llamar la bibliografía: unos cuantos autores que tratan ex-

(10) *De legibus*, l. 7, c. 6, nn. 10-11.

(11) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 12.—Esta es la doctrina que nos da SUÁREZ al refutar las dos primeras sentencias arriba expuestas, que son extremas. Este es el concepto, que podemos llamar *genérico*, de la racionalidad. No deja de reconocer, con todo, el EXIMTO, y parece razonable, que en aquella palabra “*indirecte*” que emplea NAVARRO puede ir de algún modo incluida toda irracionalidad que no sea directamente contra el derecho divino o natural y ni aun contra derecho alguno. Sin embargo, dice muy poco. SUÁREZ escribe: “... *sed hoc non satisfact: tum quia explicari satis non potest in quo consistat illud indirecte...*” (n. 8); “... *multo obscurior mihi videtur, quia, ut intelligi possit non potest aliter quam per similia exempla explicari*” (n. 14).

(12) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 13.

(13) Cf. GENY, *Méthode d'interprétation*, t. 1, n. 121; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 84; RODRIGO, *Praelectiones Theologico-Morales Comillenses*, II, n. 663.

(14) Cf. CICONGANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 129 y s.; VAN HOVE, l. u. c.

presamente de esta cuestión (15), cuya doctrina resume en dos puntos que, más bien que exclusivos, se completan mutuamente, los cuales suscribe con algunas variantes:

Además de las costumbres contrarias al derecho natural y divino y las expresamente reprobadas en el derecho o como tales declaradas, se juzgan irracionales las que sean “contra libertatem ecclesiasticam vel quae licentiam, vel occasionem peccandi aliquo modo praebuerint, vel communi utilitati sint periculosae, vel aliam similem conditionem habuerint” (16).

No se puede dar una regla absoluta, admite también, “sed relinquendum est ad arbitrium prudentis”. La regla anteriormente expuesta por medio de ejemplos sirve para informar el ánimo del juez, a cuyo prudente juicio se ha de dejar la solución definitiva. En caso de duda, se presume razonable, máxime cuando es “antiqua et a viris probis vel indifferenter ab omnibus servata” (17).

La determinación que da de la razonabilidad en la opinión primera pertenece más bien a la razonabilidad *negativa*.

B) *Razonabilidad positiva*.—Acabamos de ver las condiciones negativas que exige para que una costumbre pueda decirse razonable. Ahora bien, ¿eso es suficiente? Escribe que “illa (consuetudo) iudicabitur rationalis quae nec fuerit contraria iuri divino vel naturali, nec aliquam ex dictis conditionibus habuerit” (18). Pero también requiere para la abrogación de una ley o para introducir una nueva obligación, mediante la costumbre, que se apliquen a ella, respectivamente, las condiciones necesarias para la *revocación justa* de una ley o para que *justamente pueda ser dada*. Si se dan en ella tales condiciones, la costumbre será razonable; si faltasen, será irracional al efecto que se pretende (19).

Exige, por otra parte, “ut *ratione* iuuetur”. No será razonable “si *ratione* destituitur, etiamsi *contra rationem* aperte non sit”. Para juzgar si carece o no de *razón* hay que atender al *efecto* que se intenta, el cual puede ser diverso (20).

c) *COSTUMBRE ABROGATIVA E INTRODUCTIVA*.—Principalmente nos interesa notar aquí *la diferencia* que pone entre lo que se requiere para que

(15) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 14: el PANORMITANO, ROQUE CURCIO, BÁRTOLO, JASÓN...

(16) *De legibus*, l. 7, c. 6, nn. 14, 17, al fin.

(17) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 15: “Et hoc modo explicata haec resolutio mihi valde probatur”, agrega.

(18) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 14.

(19) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 17.—“Talis, escribe en otro lugar, quod *lex scripta* in tali materia lata, *possit esse iusta*” (o. c., c. 14, n. 3).

(20) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 16. “*Aliqua ratione fulcatur*”, aun la costumbre abrogatoria (l. c., c. 18, n. 10).—Cf. c. 1, X, 3, 11.

la costumbre *introduzca ley* y para la *abrogación de la existente*. Para que sea razonable en orden al primer efecto, además de ser *honestas*, escribe. debe tener las demás *condiciones de una ley justa*, como son que su obligación sea *posible* y *útil* al bien común (21).

En orden a lo segundo, en cambio, basta que no sea mala, prescindiendo de la ley humana que la prohíbe, y que haya *una causa razonable* para la abrogación de la ley, como también se requiere para la revocación expresa (22).

Queda con esto apuntada ya una diferencia muy importante entre la razonabilidad necesaria para una y otra costumbre, aunque para ambas parece exigir una razonabilidad *positiva general*.

Pasando al capítulo XVIII vemos confirmado lo uno y lo otro. Dice aquí que, a fin de que la costumbre sea razonable en orden a abrogar una ley, “multo minorem rationem requiri in consuetudine, quam ad effectum inducendi legem, quia minus est tollere legem quam inducere”.

Se requiere, pues “multo minorem rationem”, pero sí alguna. Casi a continuación compara esta abrogación con la hecha expresamente por el legislador. De la necesidad de alguna causa o razón honesta en la expresa concluye su necesidad también en la tácita, porque no se presume el consentimiento del príncipe, si no es de algún modo razonable, si no hay alguna razón que lo cohoneste.

Y él mismo nos va a decir qué razón es ésta. Después de afirmar que en esta clase de costumbre se requiere una razón menor que en la introductiva de derecho, añade: “*Ut tollatur lex non est necessaria specialis utilitas*, vel honestas in ipsa materia, sed satis est quod ablatio talis obligationis non sit contra utilitatem publicam, quia licet aliquam tollat, aliunde compensatur, vell tollendo occasionem maioris mali, vel conciliando animos subditorum, ut suavius gubernentur” (23). Esta es, casi a la letra, la definición de la razonabilidad positiva general, que no es mucho lo que añade a la negativa.

Para la costumbre en defecto de ley exige “una utilidad especial”, “que sea útil al bien común”, “que tenga las condiciones de una ley justa”, “tal que una ley dada en la misma materia pudiese ser justa”, o sea, que la costumbre sea *positivamente razonable*, incluso por un motivo especial (24).

d) **COSTUMBRE REPROBADA: DOBLE CLASE DE REPROBACIÓN.** — En cuanto a la costumbre reprobada, que es uno de los capítulos por los que

(21) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 16.

(22) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 16; c. 18, n. 10.

(23) *De legibus*, l. 7, c. 18, nn. 9-10.

(24) *De legibus*, l. 7, c. 6, nn. 16-17; c. 14, n. 3; c. 18, n. 9.

la costumbre deja de poder ser razonable, conviene tener en cuenta dos modos según los cuales puede el derecho hacer dicha reprobación, en opinión de SUÁREZ, la cual siguen muchos autores, como veremos después.

Se da una reprobación *declarativa* ("per modum purae declarationis") y otra *dispositiva* ("per modum dispositionis").

La primera tiene lugar únicamente cuando la costumbre o es claramente "*turpis*", por ser contra el derecho natural o divino, o evidentemente *inútil, enemiga del bien común o nociva*.

Y cuando de los solos principios naturales y divinos no aparece inmediatamente que la costumbre sea irracional y, "sin embargo, por una decencia mayor, religión o severidad de disciplina, dispone la ley que tal costumbre se tenga como reprobada", tiene entonces lugar la reprobación *dispositiva* (25).

Estos modos de reprobar una costumbre, doctrina propia y peculiar de SUÁREZ, y que él cree ver ya insinuados en el derecho (26), han sido admitidos bastante comúnmente por los autores modernos, principalmente después del Código (27).

La diferencia entre estas dos maneras de reprobación, está, en cuanto a sus efectos, en que la *puramente declarativa* parece más *inmutable*, como fundada en la sola razón natural o derecho divino; mientras que la reprobación *dispositiva o constitutiva*, como procedente del derecho humano, puede sufrir mudanza, ya en virtud de una nueva disposición del derecho, ya, a veces, por el cambio de las mismas cosas (28).

Aunque sin distinguir estas dos clases de reprobación, era opinión común que, si cambiaban las circunstancias, podía la costumbre reprobada (lo cual se ha de entender sin duda de la reprobación *dispositiva*), dejar de

(25) *De legibus*, l. 7, c. 7, n. 9. Esta última reprobación puede, sin duda, hacerla la ley humana, y más aún la canónica, cuando pueda ser muy conveniente a la honestidad de las costumbres, "quia qualitas et modus disciplinae non est ex sola rei natura, sed ex iuris dispositione" (l. c.).

(26) Algunas veces, dice el EXIMIO, emplea el Derecho al reprobar la costumbre la palabra "declaramus", v. gr., en el c. 10, X, 1, 4. Otras se emplea el verbo "irritar"; así en el c. 5, X, 1, 4, se dice: "Talem consuetudinem duximus irritandam." En rigor, prosigue, se indica aquí que tal costumbre antes y de suyo no fué nula y, por tanto, no es en sí irracional, sino *irritada* por el Derecho; irritación por la cual queda reprobada dicha costumbre para lo futuro. Es *constitutiva* de derecho, universal y perpetua. En este sentido parece deben entenderse muchos textos que reprobaban algunas costumbres que "ex sola natura rei" no se ve fácilmente que sean irracionales. (*De legibus*, l. 7, c. 7, nn. 9-10).

(27) Pueden verse, entre otros, CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, n. 114; J. TRUMMER, *Die gewohnheit als kirchliche Rechtsquelle* (Wien, 1932), pp. 77-80; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 221; L. RODRIGO, *Praelectiones Theologico-Morales Comillenses*, II, nn. 663, 666.

(28) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 7, n. 10. Refiere que el PANORMITANO admitía también esta mudanza. (PANORMITANO, *Commentaria*, l. 1, t. 4, c. 11, n. 24; l. 2, t. 19, c. 2, nn. 7-8.)

ser irracional y, por tanto, introducir derecho (29). Así lo siguió siendo hasta el nuevo Código (30).

Entre los comentadores de éste no faltan quienes refiriendo el canon 5 a la letra: "Vigentes in praesens contra horum statuta canonum consuetudines sive universales sive particulares, si quidem ipsis canonibus expresse reprobentur, tamquam iuris corruptelae corrigantur, licet sint immemorabiles, neve sinantur in posterum reviviscere", parece enseñar que *toda costumbre expresamente reprobada jamás puede ser razonable* (31).

*Expresamente*, entre otros, enseña JANSSENS. "El Código contradice, escribe él, en su canon 27, § 2, a lo que enseña SUÁREZ acerca de la costumbre reprobada por el derecho" (32). Y contra el cambio que SUÁREZ admite como posible en la costumbre reprobada, afirma que el Código no admite tal posibilidad de que una costumbre reprobada pueda constituir *jamás* una norma de conducta para los fieles de Cristo. "Essentiellement déraisonnable elle ne cessera jamais d'être telle" (33).

Por nuestra parte reconocemos que, de hecho, difícilmente puede una costumbre reprobada por el Código llegar a ser razonable; pero no es imposible, aun con el consentimiento legal del superior, si por el cambio de las circunstancias, cambiase también la materia de la costumbre, por cesar la razón de la reprobación (34).

La reprobación *dispositiva o constitutiva* de que habla el P. SUÁREZ, al cual siguen muchos autores de gran nombre, no hace que una costumbre sea esencialmente irracional. Un estudio de cada una de las costumbres reprobadas por el Código podría quizá confirmar este aserto; y aunque así no sucediese de hecho en el nuevo Código, todavía no puede deducirse de aquí un argumento perentorio para rechazar la doctrina suareziana. El EXIMIO DOCTOR hablaba del derecho de entonces y su doctrina era general. En el derecho antiguo era mayor el número de costumbres reprobadas.

(29) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 19, n. 24: "... est communis, ut ex COVARRUB. intelligi potest, qui refert plures, et multo plures SÁNCHEZ, Lib. 7, De Matr., disp. 4, n. 14."

(30) Cf. HEIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, nn. 37, 45-46; ERN. PIRHING, *Ius Canonicum*, l. 1, t. 4, n. 68; VAN HOVE, *De consuetudine*, nn. 219 y s.

(31) Véase, por ejemplo, MAROTO, *Institutiones Iuris Canonici*, I, n. 170, 252; A. TESO, *Commentaria Minora ad Cod. I. C.*, I, p. 18, 89; COCCHI, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, l. 1, t. 2, n. 34, 87. O sea, en los comentarios a los cánones 5 y 27, § 2. De estos y algunos otros autores no se puede deducir, sin embargo, un argumento cierto de que sea ésta su doctrina.

(32) E. JANSSENS, *La coutume source formelle de droit*, en "Revue Thoniste", t. 14, (1931), p. 725.

(33) E. JANSSENS, art. cit., p. 726.—Antes de él, casi tan categóricamente, opinaba lo mismo OJETTI, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, pp. 63, 185.

(34) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 221: "Ex consensu special... av. etiam ex consensu legal quando nova ratio intercedit aut antiqua detegitur..."; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, pp. 161-162; L. RODRIGO, *Praelectiones*, II, nn. 663-666.

das (35). Luego, algunas dejaron de serlo y, por consiguiente, de ser irracionales quizá.

e) LA DOCTRINA DEL EXIMIO A TRAVÉS DE LOS CANONISTAS POSTERIORES. I) *Antes del Código*.—Después de SUÁREZ se siguen repitiendo las diversas reglas propuestas hasta entonces. A unos les agrada más una; a otros, otra. Así, defienden muchos autores aquélla, que él llama “óptima regla”, que exige para la costumbre razonable las mismas condiciones que son necesarias, “supposita honestate materiae..., *ad legem iustam vel ad iustam revocationem legis*”, como se expresaba SUÁREZ, o simplemente “cuando pudiese ser *justa* una ley dada acerca de la materia de la costumbre” (36).

Sin embargo, ya a REIFFENSTUEL, aunque buena, le parece muy oscura esta regla. Por eso él repite aquella de que no sea contra el derecho natural o divino, ni reprobada, que no dé licencia u ocasión de pecar, que no sea perniciosa a la utilidad común (37), a la cual añaden otros nuevas limitaciones, atendiendo más bien al elemento *negativo* (38).

En medio de todas estas opiniones, no deja de tener lugar preferente aquella de SUÁREZ que distingue entre costumbre contra y en defecto de ley, o de la razonabilidad *negativa* y *positiva*. Es verdad que éste no emplea la terminología que después propone, entre otros, PICHLER (39); pero la doctrina coincide en gran parte.

Ya REIFFENSTUEL escribe: “*ad iuris introductionem* requiritur ut *possitive* ad publicam utilitatem conferat; *ad ejus vero abrogationem* sufficit ut haec communi utilitati non adversetur” (40).

(35) Pueden verse en GIRALDI, *Expositio Iuris Pontificii* (Romae, 1766), pars I, sect. 36; ZALLINGER, *Institutiones Iuris Eccl.*, l. 1, t. 4, § 223.—Acerca de las repudiadas por el Código, véase VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 222.

(36) Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 17; c. 14, n. 3. Entre los autores posteriores partidarios de esta opinión están, por ejemplo, CASTRO PALAO, *Opus morale*, pars I, trac. 3, disp. 3, punct. 2, § 1, n. 1; REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 33; BALDUIN, *De consuetudine*, n. 98; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, III: “Ea consuetudo facti merito habetur rationalibus quae, praeter intrinsicam honestatem materiae, habet omnes *condiciones necessarias ad iustam legem inducendam... vel ad iustam revocationem legis*.”

(37) REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 33-34.

(38) Cf. SCHMALZGRUEBER, *Ius Eccl. Universum*, l. 1, t. 4, n. 7; BOUJX, *Tractatus ac Principia Iuris Can.*, pars II, sect. VI, c. II, § 2; SANTI, *Praelectiones, Iuris Canonici*, l. 1, t. 4, n. 7, p. 47-50.

(39) VITO PICHLER, *Candidatus abbreviatus Iurisprudentiae sacrae, hoc est, Iuris Canonici Summa seu Compendium* (Augustae Vindelicorum, 1752), l. 1, t. 4, n. 7; *Ius Canonicum* (Vennis, 1730), l. 1, t. 4, n. 7.

(40) REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 35. Antes de él escribía casi lo mismo LAYMANN, *Theologia Moralis*, l. 1, tract. 4, c. 24, n. 4. Después de afirmar que más fácilmente puede ser abrogada una ley que intralucida una nueva, dice: “*Dixi autem factius: quia ut SUÁREZ notavit, cit. cap. 18, num. 9, ad iuris introductionem* requiritur *possitive*, ut ad publicam utilitatem conferat, ad ejus vero abrogationem sufficit ut publicae auctoritati non adversetur.”

Otros canonistas, en teoría al menos, afirman que *basta la razonabilidad negativa*; pero confiesan, sin embargo, que apenas es posible se dé una costumbre negativamente razonable sin que concorra con ella *alguna utilidad positiva*, al menos por una razón general, parecida a aquella que admitía el P. SUÁREZ en la costumbre abrogatoria de ley: “vel tollendo occasionem maioris mali vel conciliando animos subditorum ut suavius gubernetur” (41).

II) *Después del Código*.—En el Código no leemos respecto a la razonabilidad sino que ésta es exigida para toda costumbre (42), y que para la costumbre, en defecto de ley, exige el canon 28 que “*pariter fuerit rationalis*”, o sea, como la costumbre contra la ley (43). Ahora bien, si la costumbre ha de ser o no positivamente razonable, no nos lo dice.

De los comentadores, la mayoría, o atienden al elemento negativo y enumeran las condiciones de la costumbre no razonable (44), o requieren expresamente en toda costumbre que contribuya algo al bien común, aunque muy indefinidamente, esto es, requieren en ella las condiciones necesarias para la ley (45).

Con todo, canonistas de gran nombre de los más modernos que se extienden más en explicar esta condición de la costumbre, favorecen la doctrina de SUÁREZ. Tales son, principalmente, MICHIELS, VAN HOVE, CICOGNANI-STAFFA y el P. RODRIGO. Admiten generalmente estos autores la necesidad de las condiciones requeridas para introducir o abrogar una ley expresamente (46).

Esto supuesto, distingamos las dos clases de costumbre, *abrogatoria e introductiva de ley*, y examinémoslas por separado.

(41) Cf. FICHLER, l. u. c.; J. A. ZALLINGER, *Institutiones Iuris Ecclesiastici*, I, § 222; SALMANTICENSIS, *Cursus Theologiae Moralis*, t. 3, *Tract. De legitibus*, c. 6, n. 11; etc.

(42) *Can. 27, 28.*

(43) De aquí se sigue que no toda costumbre en defecto de ley es razonable. No es, pues, tan claro, como afirmaba SCHMALZGRUEBER (*Ius Ecclesiasticum Universum*, l. 1, t. 4, n. 7), que toda costumbre en defecto de ley y según la ley “*bono communi expedire illius observantiam*”.

(44) Pueden verse, entre otros, AUGUSTINE, *A Commentary on the Code of canon law*, I, d. 110-111; CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I, n. 41; H. EPPLER, *Quelle und Fassung katholisches KR.* (Zürich, 1928), p. 117-119.

(45) Cf. MAROTO, *Institutiones Iuris Canonici*, I, n. 252, C; I. CHELODI, *De Personis*, n. 72, D; F. M. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, n. 114; OJETTI, *Commentarium*, I, p. 180; VERMEERSCH-CREUSEN, *Eptome Iuris Canonici* (Mechliniae, 1927), 1<sup>a</sup>, n. 109, 5; WERNZ-VIDAL, *Ius Canoncum*, I, n. 236, III; E. F. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici* (Santander, 1941-1942), I n. 114, VI. Véanse también los de la nota siguiente.

(46) MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 89; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 96; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 132; L. RODRIGO, *Praelectiones Theologico-Morales Comillenses*, II, n. 663-664.

1. *Costumbre contra la ley.*

Escribe MICHIELS que para esta clase de costumbre "*certe sufficit generalis utilitas*, quae iam ex hoc solo habetur, ait БОСКНН, quod tranquillius ac suavius reguntur subditi, si suis moribus, qui bono communi et legi naturali contrarii non sunt, relinquantur..." (47).

VAN HOVE repite las palabras de SUÁREZ: "*Non requiritur specialis utilitas... sed satis est ut ablatio talis legis non sit contra utilitatem publicam... generalis autem utilitas aderit in desuetudine ex eo quod utilitas legis quae tollitur, compensatur, tollendo occasionem maioris mali, vel conciliando animos subditorum per suavius regimen*" (48).

Casi lo mismo se expresa CICOGNANI-STAFFA: "*Consuetudo debet esse negative rationabilis...; insuper debet esse positive rationabilis, id est, utilis ad bonum commune.*" "Notandum est tamen quod si consuetudo est negative rationabilis, generatim erit rationabilis etiam positive: si agitur enim de consuetudine contra legem, *utilitas specialis* non exigitur et *iusta causa* quae requiritur, sicut in legis revocatione, ut legislator consensum suum desuetudini praebeat, *communiter habetur* in motivo generali, obsecundando enim voluntatem populi fovetur tranquillitas publica, conciliantur animos subditorum, tolluntur conscientiarum laquei..." (49).

Como se ve, insisten en las mismas palabras de SUÁREZ, además de la idea.

2. *Costumbre en defecto de ley.*

Dice MICHIELS que con tal que se trate de una materia honesta y moralmente posible y se verifique lo requerido por parte de los que obran o de la comunidad, generalmente *se presume razonable*, a no ser que ciertamente conste lo contrario. Apoya esta afirmación, entre otros, en el EXIMIO (50).

Quando se trata de introducir una obligación nueva requiere VAN HOVE una razón mayor por parte del bien común, "*quia obligatio nova debet positive conferre ad bonum commune. Haec utilitas reperietur generatim in accommodatione iuris moribus receptis a communitate*". "*Tota quaestio reducitur ad aliam: an in consuetudine praeter ius requiratur ratio quaedam specialis boni communis, quod videtur asserendum, licet generatim aderit.*"

(47) MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 89.

(48) *De consuetudine*, n. 96 Cf. SUÁREZ, *De legibus*, I. 7, c. 18, n. 2.

(49) *Commentarium*, II, p. 132-133. SUÁREZ, I. u. c. Cf. L. RODRIGO, *Praelectiones Theologico-Morales Comillenses*, II, n. 664.

(50) MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 89-90; SUÁREZ, *De legibus*, I. 7, c. 6, n. 15.

“Quia tamen agitur de nova obligatione inducenda, *aliqua specialis utilitas ad bonum commune videtur insuper exigenda*” (51).

CICOGNANI-STAFFA: “... praeter rationabilitatem negativam et moti-  
vum generale requiritur specialis utilitas ad bonum commune. *Haec tamen  
specialis utilitas generatim habetur*” (52).

El P. RODRIGO prueba con varias razones la necesidad de la raciona-  
bilidad *positiva* (53.)

También la doctrina de estos autores coincide, pues, en gran parte con  
la del P. SUÁREZ (54).

Respecto a aquella presunción a favor de la racionabilidad de la cos-  
tumbre en caso de duda, aprobada por el DOCTOR EXIMIO (55), la admiten  
después del Código, al menos MICHIELS (56), VAN HOVE y CICOGNANI-  
STAFFA; estos dos últimos, como una “*praesumptio hominis*” únicamen-  
te (57).

Para comodidad de los lectores, damos a continuación los textos de  
SUÁREZ que señalan la racionabilidad necesaria para la costumbre contra  
o en defecto de ley:

*De legibus*, l. 7, c. 6, n. 16, escribe:

“... Ex utrisque autem verbis potest colligi *consuetudinem esse  
irrationabilem si ratione destituitur*, etiamsi contra rationem aperte  
non sit. Ad iudicandum autem an sit omnino *ratione carens*, oportet  
advertere consuetudinem in praesenti *maxime dici rationabilem in  
ordine ad eius effectum morale*, qui potest esse varius... Nam plu-  
res condiciones potest *requirere ad unum finem*, seu effectum, quam  
ad alium. *Plus enim requiritur ut consuetudo inducat legem*, v. gr.,  
quam ut sit honesta; et ideo, *ut sit rationabilis in ordine ad illum  
finem*, ultra honestatem, oportet considerare *an habeat alias condi-  
tiones legis iustae, ut quod sit obligatio eius tolerabilis et communi  
bono utilis*. Si vero consuetudo spectetur *in ordine ad revocationem  
legis humanae*, ut sit rationabilis... sufficet ut per se, et seclusa lege  
prohibente, mala non sit. Oportebit autem *ut habeat causam aliquam  
rationabilem*, ob quam contra legem inducatur. Quia alias irrationa-  
biliter induceretur contra legem: *nam in universon revocatio legis  
iustae, si absque legitima causa fiat, irrationabilis est.*”

(51) VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 96-97.

(52) *Commentarium*, II, p. 133.

(53) *Praelectiones Theologico-Morales Comillenses*, II, n. 664: “... agitur enim de *Inducenda  
stabiliter* pro communitate nova obligatione aut restrictione libertatis in ordine ad bonum com-  
mune providendum, quae quidem semper per se est onerosa quamvis sponte admittatur, eo-  
que magis quod sit transmittenda successoribus: id autem postulat novus status iuridicus *in-  
ducendus notabiliter ad bonum commune ducat.*”

(54) *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 9-10, principalmente.

(55) L. u. c., c. 6, n. 15.

(56) *Normae generales*, II, p. 90.

(57) VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 97; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 1.

L. c., n. 17:

“Quocirca, considerando consuetudinem in ordine *ad hos duos effectus* qui in hac materia sunt praecipui, obligandi ad similes actus, vel deobligandi ab illis, non obstante lege, *optima regula* mihi esse videtur ut, *supposita honestate materiae*, saltem quoad non repugnantiam cum divina vel naturali lege, *applicentur ad consuetudinem conditiones necessariae ad legem iustam, vel ad iustam revocationem legis.*”

L. c., c. 18, n. 9:

“... ad hunc effectum (*abrogandi legem*) *multo minorem rationem requiri in consuetudine, quam ad effectum inducendi legem; quia minus est tollere legem quam inducere.* Nam ut tollatur lex *non est necessaria specialis utilitas* vel honestas in ipsa materia, sed satis est quod ablatio talis obligationis *non sit contra utilitatem publicam, quia licet aliquam tollat aliunde compensatur, vel tollendo occasionem maioris mali, vel conciliando animos subditorum, et suavius gubernentur.*”

L. c., n. 10:

“... nihilominus necessarium esse ut aliquo modo illa consuetudo, vel potius abrogatio legis ratione illius, *aliqua ratione fulciatur.* Quia *abrogatio iustae legis expressa non poest fieri sine aliqua honesta causa...*; ergo *nec tacita*, quae per consuetudinem fit; ergo, *ut consuetudo sit rationabilis, non satis est quod non sit contra rationem naturalem, nec contra ius divinum, nec quod non sit iure reprobata, sed necessarium est, ut voluntas carendi tali lege aliqua ratione honestari possit in subditis*, quae honestet etiam in principe consensum abrogandi illam. Et haec est ratio, et necessitas huius conditionis, quia *nisi consuetudo sit aliquo modo rationabilis, non praesumitur princeps condescendere subditis*, quia non praesumitur velle *sine ulla iusta causa*, seu sufficienti ratione tollere legem, cum id *licite facere non possit, nec debeat.*”

## CAPITULO V

### PRESCRIPCIÓN DE LA COSTUMBRE

A tres podemos reducir las cuestiones a tratar en este punto.

Lo primero que hay que determinar es el *sentido o significado de esta prescripción* que se aplica a la costumbre y por la cual se habla con frecuencia de costumbre prescrita o no prescrita.

Lo segundo será ver *si esta prescripción es necesaria* en todos los casos para que la costumbre obtenga fuerza de ley.

Y, finalmente, supuesto el concepto de esta prescripción y su necesidad o no, *el tiempo que se requiere* en cada clase de costumbre para que constituya verdadero derecho consuetudinario.

A) *Concepto de esta prescripción.*

Desde las Decretales de GREGORIO IX y BONIFACIO VIII, con frecuencia se repiten las expresiones “consuetudo praescripta” (1), “legitime praescripta” (2), “canonice praescripta” (3); expresiones que no se encuentran ni en el Derecho romano ni en el Decreto de GRACIANO (4).

Mucho se ha disputado acerca del sentido de estas fórmulas aplicadas a la costumbre (5).

Los canonistas más antiguos las entendieron en sentido propio, en cuanto es un medio de adquirir derechos, como BERNARDO DE PARMA (6), INOCENCIO IV (7) y el HOSTIENSE (8).

Los primeros, que parece han dado la voz de alerta contra esta interpretación, han sido los civilistas PEDRO DE BELLAPÉRTICA († 1308) y su discípulo CYN0 DE PISTOYA († c. a. 1336), puesto que mediante la prescripción se pueden adquirir únicamente derechos subjetivos (“ius formatum seu dispositum”), mientras que la costumbre es un derecho normativo (“ius disponens”).

Concluían de aquí que la costumbre no puede prescribir, aunque sí debe durar por un tiempo diuturno (9).

No obstante esta atinada advertencia, se siguió diciendo generalmente que la costumbre podía decirse realmente prescrita respecto del derecho mismo que se introduce (10) o contra el derecho o ley del superior (11). Hablan tan sólo de la costumbre contra la ley (12).

(1) V. gr. C. 50, X, 1, 6.

(2) C. 11, X, 1, 4; C. 3, X, 2, 12; C. 9, 1, 16, in VI...

(3) C. 3, 1, 2, in VI.

(4) Antes de las Decretales, ya JUAN TEUTÓNICO requería, para que la costumbre perjudicase al derecho común, que fuese *prescrita*. *Glossa Ordinaria ad Decretum Gratiani*, ad C. 7, D. VIII.

(5) Cf. VAN HOVE, en *Ius Pontificium*, an. XII, 1932, p. 24; *De consuetudine*, n. 35.

(6) BERNARDO DE PARMA, *Glossa Ordinaria ad Decretales Gregorii IX*, ad C. 11, X, 1, 4: “*Quod sit praescripta... quod sit tale ius quod possit praescribi.*”

(7) *Apparatus Mirificus*, l. 1, t. 4, n. 4.

(8) *Summa aurea*, l. 2, t. 26, n. 4.

(9) Cf. PANORMITANO, *Commentaria*, l. 1, t. 4, c. 11, d. 7; SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 8, n. 1.

(10) JUAN DE ANDRÉS, *Tractatus de consuetudine*, n. 39. (Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 52, 170.)

(11) ANTONIO DE BUTRIO, *Super I Decretalium*, ad C. 11, X, 1, 4, n. 17; ROQUE CURCIO, *De consuetudine*, Sect. III, n. 3; JUAN DE SALAS, *Tractatus de legibus*, disp. XIX, n. 32-37.

(12) Para la costumbre en defecto de ley no exigían la prescripción. Cf., v. gr., SALAS, l. u. c. n. 37: “*Etiám nota quod cum consuetudo non est contra legem, non ita proprie dicitur praescribere, quia illa nihil iuris acquirimus.*” Sin embargo, ya ROQUE CURCIO (l. u. c., n. 4) escribía: “*Ubi cumque ius facit mentionem de consuetudine legitime praescripta requiritur quod sit quadragenaria licet non sit contra ius.*”

Más ya antes de SUÁREZ hubo quienes negaron se tratase de verdadera prescripción, incluso en cuanto al tiempo exigido (13).

El DOCTOR EXIMIO distingue perfectamente la prescripción en sentido propio y la prescripción en la costumbre (14). Sin embargo, establece una comparación entre ambas y concluye que la costumbre se dice prescrita, cuando es continuada por el tiempo debido y tiene las demás condiciones requeridas para ella, distinguiéndola así de la incoada o de cualquier modo imperfecta (15).

Esto en teoría; pues en la práctica, también en el concepto suareziano lo principal es el tiempo. Para él, costumbre prescrita es aquella que tiene todas las condiciones requeridas "*et praesertim diuturnitatem temporis*". Ahora bien, la diuturnidad que esta costumbre exige es una duración cierta y determinada y antes de ese tiempo completo no será prescrita (16).

En la costumbre *no prescrita*, que cuenta con el conocimiento y consentimiento del príncipe (17), el tiempo es el menos importante. Es necesario, sin embargo, tanto cuanto se requiera para que conste de las demás condiciones y principalmente del consentimiento del legislador, pues no parece pueda presumirse si no ha precedido una verdadera costumbre de hecho. Si, a pesar de todo esto, existiese realmente expreso o tácito, sería costumbre legal o simplemente ley, según hubiese precedido una verdadera costumbre con las debidas condiciones o no.

Tenemos, en consecuencia, que únicamente la costumbre que ha durado por el tiempo necesario para la prescripción, y con el consentimiento legal, se denomina prescrita en sentir del P. SUÁREZ, supuestas las demás condiciones de una verdadera costumbre; condiciones que, según él, son exigidas por el capítulo "Cum tanto" y "ex natura rei" (18).

Esta prescripción la aplica SUÁREZ también a la costumbre en defecto de ley, porque "*appellatio legitimae praescriptionis de se indifferens est*" (19).

Este concepto práctico que tiene de la prescripción en la costumbre no se diferencia apenas del que posteriormente se le ha dado, o sea, el lapso

(13) Así Soto, *De iustitia et ture* (Medina del Campo, 1589), l. 1, quaest. 7, art. II, "al cual siguen muchos de los modernos expositores de SANTO TOMÁS", escribe SUÁREZ (*De legibus*, l. 7, c. 8, n. 5).

(14) *De legibus*, l. 7, c. 1, n. 11-12; c. 8, n. 1, 4, 6, 12.

(15) *De legibus*, l. 7, c. 8, n. 3.

(16) *De legibus*, l. 7, c. 8, n. 5-13, 16.

(17) *De legibus*, l. 7, c. 8, n. 16; c. 15, n. 8-9; c. 18, n. 16-20.

(18) *De legibus*, l. 7, c. 8, n. 16; c. 15, n. 1-7; c. 18, n. 12-15, principalmente.

(19) *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 12. Cf. etiam todo el c. 15 y el 18.

de tiempo, determinado o no, necesario para la misma (20). Y ése es el sent do que se le da en los cánones 27 y 28. Las condiciones de que habla el EXIMIO se suponen "ex natura rei", como él mismo afirmaba también.

B) *Necesidad de la prescripción.*

La cuestión de la necesidad de la prescripción, para que tenga valor la costumbre, únicamente puede ser tratada cuando ésta se introduce *con el consentimiento especial o personal* del legislador, "scientia et patientia principis", o simplemente, "scientia principis" (21), supuesto el consentimiento. Que se exige que la costumbre sea prescrita, cuando es introducida con el consentimiento legal, no parece haber duda alguna.

Así propuesta la cuestión, nos expone ya CURCIO las dos sentencias existentes antes de él (22).

Según unos, cuando con la costumbre concurría el conocimiento del príncipe, bastaban diez años (23).

Había, en cambio, otros autores, como SOTO y LESIO, que, negando la necesidad de tiempo determinado para toda costumbre, consiguientemente la negaban también en la introducción de la costumbre "via conniventiae" (24).

El Profesor de Coimbra juzga que la costumbre no prescrita puede algunas veces ser suficiente para abrogar una ley, si el príncipe la conoce. "et ipsa talis ac tanta sit, ut moraliter sufficiat ad indicandum principis consensus" (25).

Después del *argumento*, que podemos llamar *de autoridad*, en el cual entra SANTO TOMÁS, pues le parece que opinó esto mismo por no exigir para la costumbre si no una significación suficiente del consentimiento del legislador, al afirmar que esta costumbre obtiene fuerza de ley "in quantum per eos toleratur ad quos pertinet multitudini legem imponere" (26), la razón principal de la suficiencia de la costumbre no prescrita, para obtener fuerza jurídica en menos tiempo, es porque por ella *puede constar suficien-*

(20) Cf. PICHLER, *Ius Canonicum*, I, 1, t. 4, n. 8; KREUTZWALD, *De Canonica Iuris Consuetudinarii Praescriptione* (Friburgi Brisigavorum, 1873), p. 49 y s.; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, IV. Después del Código: MICHELS, *Normae generales*, II, p. 92-93; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 176... Algunos han llamado también prescrita a aquella costumbre que tiene todas las condiciones requeridas y principalmente el tiempo. Véanse éstos en CICOGNANI-STAFFA (*Commentarium*, II, p. 136).

(21) Cf. SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 8, n. 16; c. 15, n. 8-9; c. 18, n. 16-18.

(22) *De consuetudine*, sect. III, n. 38-39. Lo mismo refiere SUÁREZ, I, c.; c. 15, n. 8; c. 18, n. 16-17.

(23) ANTONIO DE BUTRIO, *Super I Decretalium*, I, 1, t. 4, c. 11, n. 17; *Repet.*, n. 39.

(24) SOTO, *De Iustitia et Iure*, I, 1, q. 97, art. II; L. LESSIO, *De Iustitia et Iure* (Antwerpae, 1626), Sect. 1, c. 6, dub. 14, n. 92. Cf. SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 15, n. 8-9; c. 18, n. 17.

(25) *De leg.*, I, 7, c. 18, n. 17.

(26) SANTO TOMÁS, *Summa Theologica*, I, 2, q. 97, art. 3 ad 3. Cf. SUÁREZ, I, u. c.

*temente del consentimiento del príncipe y del pueblo* (27). Realmente, si una costumbre verdaderamente tal tiene a su favor el consentimiento y ánimo de introducir costumbre, según los exige SUÁREZ, y el consentimiento del legislador, no vemos que falte nada para que pueda abrogar la ley existente.

Esta razón vale igualmente para la costumbre en defecto de ley (28). Más fácilmente se presume, sin embargo, la voluntad del príncipe en la costumbre contra la ley por ser más necesaria "ad tollendum a subditis occasionem peccandi contra perseverantem legem"; y por el cambio que dicha costumbre hace en los súbditos, "ut quodammodo fiant inepti ad talem legem, quia debet esse facilis et moribus conformis".

Finalmente, "confirma esta sentencia *el uso*, pues muchas leyes eclesiásticas se consideran derogadas en tiempo más breve, porque los Pontífices no las ignoran y disimulan" (29).

El capítulo último "*De consuetudine*" en las Decretales exige que la costumbre sea razonable y prescrita (30); pero estas dos condiciones no son igualmente necesarias. La primera lo es "ex natura rei"; la segunda, tan sólo exigida por la ley. La tolerancia de que habla el PANORMITANO no basta, de suyo, pero "adiunctis circumstantiis posse esse prudens et morale signum" (31).

No es necesaria, pues, en sentir del Maestro de Coimbra, la prescripción de la costumbre introducida por *connivencia* del legislador.

¿Qué tiempo se requiere en este caso? No se puede determinar de una manera cierta, escribe. Depende de hechos y conjeturas que no son iguales en todas las costumbres. Por eso el tiempo de diez años que ANTONIO DE BUTRIO y otros exigen no le parece asignado con fundamento. Sigue, en cambio, la opinión de SOTO, según la cual se ha de dejar al prudente arbitrio, incluso en la costumbre en defecto de ley (32).

Hasta el Código, fué esta doctrina unánimemente admitida, no sólo por aquellos que no exigían tiempo determinado en costumbre alguna, sino

(27) *De leg.*, l. u. c.

(28) *De leg.*, l. 7, c. 15, n. 8.

(29) *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 17.

(30) Responde aquí a la razón que da el PANORMITANO (*Commentaria*, l. 1, t. 4, c. 11, n. 13), el cual opina abiertamente que no puede ser abrogada una ley en menos tiempo del necesario para la prescripción, pues el mencionado cap. exige, a este efecto, que sea *razonable y prescrita*.

(31) *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 20. En este número puede verse cómo explica él la tolerancia y cuándo puede indicar verdadero consentimiento.

(32) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 15, n. 8-9, en cuanto a la costumbre inductiva de ley; c. 18, n. 18, en la abrogativa. Lo mismo escribe SALAS, *Tractatus de Legibus*, disp. XIX, n. 93, 26, respectivamente.

también por los que requerían cuarenta o diez años en la costumbre contra la ley, y diez, en la “*praeter legem*” (33).

JUAN DE SALAS Y SUÁREZ parecen haber sido los primeros que, defendiendo la necesidad de tiempo determinado para la costumbre *prescrita*, *tanto contra como en defecto de ley*, dejaban, con todo, la determinación del tiempo en la costumbre no prescrita en cada caso al prudente arbitrio (34).

Después de ellos, las razones que se aducen son las mismas. No hay derecho ni razón que exija tiempo determinado; cuando el príncipe conoce una costumbre y calla, se presume que consiente, aunque advierten con SUÁREZ que este silencio no ha de ser sólo mera tolerancia (35); es suficiente que conste del consentimiento del legislador... (36).

En el Código, exige el canon 27 para la costumbre ordinaria *contra la ley* la prescripción de cuarenta años continuos y completos. El mismo tiempo requiere el canon 28 para la costumbre *en defecto de ley*.

Entre los comentadores, han opinado algunos que de estos cánones se deduce que toda costumbre necesita ser observada por espacio de cuarenta años, aun la introducida por *connivencia* del legislador (37).

Otros exigen cuarenta años únicamente cuando se trata de introducir una obligación (38).

El canon 25 parece admitir en la palabra “*competentis*” el consentimiento especial; de lo contrario, sería inútil, por darse un consentimiento legal para toda costumbre en los cánones 27 y 28, en los cuales se habla, por consiguiente, tan sólo de la costumbre prescrita, según se interpretaba el capítulo “*Cum tanto*”, de donde están tomados principalmente. Era la interpretación que al mencionado capítulo daba ya el EXIMIO, solucionando casi la misma dificultad (39). Así se han de entender, pues, en el nuevo derecho, a tenor del canon 6, n. 2 y 3, los cánones 27 y 28.

(33) Así, por ejemplo, M. BONACINA, *Opera de Morali Theologia*, t. 2, disp. I, *Tract. de Legibus*, q. 2, punct. II, § 3, n. 32; REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 93-95; SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum*, l. 1, t. 4, n. 9; BOUÏX, *Tractatus de Principiis Iuris Canonici*, pars II, sect. VI, c. 2, § 4, punct. 1; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, IV.

(34) JUAN DE SALAS, *Tractatus de Legibus*, disp. XIX, n. 32-37; en cuanto a la costumbre contra la ley; n. 43, en cuanto a la “*praeter legem*”; n. 26, 93, por lo que se refiere a la costumbre por *connivencia*. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 12-13, costumbre contra la ley; n. 15, n. 1-7, costumbre en defecto de ley; c. 18, n. 18; c. 15, n. 9, costumbre por *connivencia*.

(35) Cf. v. gr., REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 95.

(36) Pueden consultarse, entre otros, FERRARIS, *Prompta Bibliotheca*, t. 2, v. “*consuetudo*”, 26, col. 1302; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, IV.

(37) R. WEHRLE, *De la coutume*, p. 415-416; y principalmente JANSSENS, *La coutume source formelle du droit*, en “*Revue Thomiste*”, t. 14, 1931, p. 720-724.

(38) VERMEERSCH, *Epitome Iuris Canonici*, I, n. 109; CHELODI, *Ius de Personis*, p. 129; CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, n. 115.

(39) *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 16, 20.

En cuanto a la determinación del tiempo en la costumbre "via conniventiae", supuesta su admisión por el canon 25, se ha de recurrir, en defecto de una ley que lo determine, a la común y constante sentencia de los Doctores (c. 20), que no exigían tiempo alguno determinado, como vimos ya.

C) *Tiempo necesario para la prescripción.*

Algo hemos adelantado ya acerca de este tiempo, en concreto, necesario para que la costumbre prescrita tenga fuerza de ley. Recogeremos aquí parte de lo dicho, y añadiremos algunos puntos brevemente, por ser, en general, escasa su importancia.

a) LA COSTUMBRE PRESCRITA EXIGE TIEMPO DETERMINADO.—Lo negaban algunos autores, con SOTO a la cabeza, puesto que no se requiere "ex natura rei" ni por derecho positivo ni se trata aquí de verdadera prescripción (40).

Mas SUÁREZ lo afirma y califica esta sentencia de común entre los Doctores de uno y otro derecho (41). Entre otras pruebas (42), razona así: Tratándose de una cosa *tan grave, común y pública*, que exige que el derecho, aun el no escrito, sea cierto y constante, en cuanto pueda ser, es necesario tengamos una señal cierta y legítima del consentimiento del legislador que no conoce la costumbre, y, por tanto, no se puede dejar al prudente arbitrio (43). Este tiempo determinado ha de ser, al menos, diez años, por requerirse "tempus longum", el cual en el derecho son diez años (44).

La costumbre se dice prescrita no por haber durado el tiempo suficiente para indicar el consentimiento del príncipe, sino que, por ser prescrita, indica dicho consentimiento (45).

b) COSTUMBRE PRESCRITA CONTRA LA LEY.—Algunos escritores antiguos exigían *tiempo inmemorial* para esta clase de costumbre (46). ANDRÉS DE BARBACIA parece haber sido el primero en exigir solamente diez años (47). El P. SUÁREZ, siguiendo la sentencia más común, requiere cuarenta, por las razones de los escritores anteriores que él repite: La prescripción contra la Iglesia exige el tiempo de cuarenta años. Ahora bien, la

(40) SOTO, *De Iustitia et Iure*, l. 1, q. 7, art. 2. Cf. SUÁREZ, *De leg.*, l. 7, c. 8, n. 5.

(41) *De leg.*, l. 7, c. 8, n. 2, 5-7. Cita más de veinte autores que exigían generalmente cuarenta años.

(42) *De leg.*, l. 7, c. 8, n. 8-9.

(43) *De leg.*, l. 7, c. 8, n. 12.

(44) *De leg.*, l. 7, c. 8, n. 13.

(45) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 8, n. 11.

(46) JUAN TEUTÓNICO, *Glossa Ordinaria ad Decretum Gratiani*, ad c. 7, D. XII, v. "contra longam", nos atestigua esto: "Non ergo requiritur quod consuetudo excedat hominum memoriam, ut dicunt quidam."

(47) CI. ROQUE CURCIO, *De consuetudine*, sect. III, n. 36.

costumbre contra los cánones “dici merito potest contra Ecclesiam, cum sit contra ecclesiastica iura, et ideo legitima praescriptio in illa, quadragenaria esse debet” (48).

Después, ha predominado la opinión de la necesidad de tiempo determinado, cuarenta o diez años (49); pero, por otra parte, ha dejado de ser común la de cuarenta años para dejar paso a la que se contentaba con diez, lógicamente parece, al no tratarse de prescripción propiamente, sino de *un lapso de tiempo largo*, el cual lo constituían ya diez años; sin embargo, el Código ha confirmado auténticamente la sentencia de los antiguos canonistas, entre los cuales estaba SUÁREZ (50).

c) COSTUMBRE PRESCRITA EN DEFECTO DE LEY.—Para que la costumbre introductiva de ley se considerase prescrita, o con fuerza de ley, sin el conocimiento del príncipe, ausente o presente, tanto los autores anteriores (51), como SUÁREZ (52) y los posteriores, antes del Código (53), más comúnmente se exigieron tan sólo diez años.

El Código se apartó de toda doctrina existente, elevando el tiempo necesario para la costumbre prescrita a cuarenta años continuos y completos (54).

Muy probablemente las razones que movieron al legislador fueron aquellas que daba el P. WERNZ: “ut magis consulatur libertati, et graves obligationes non nimis facile brevique tempore parum opportune imponantur, de lege ferenda saltem illud tempus decennii videtur protrahendum, v. gr., ad viginti vel quadraginta annos” y por ser los derechos más pronto a desatar que a ligar (55). Y también para promover así la uniformidad del derecho disminuyendo el número de costumbres (56).

Estas razones parecen más atendibles que las apuntadas por JANSSENS, quien afirma que el Código, al elevar a cuarenta años la prescripción de toda costumbre, muestra que el consentimiento no lo es todo, sino que era necesario recurrir a la “razón inmanante dentro de la costumbre”, y que

(48) *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 12. Véase el c. 4 y 6, X, 2, 26, de la prescripción.

(49) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 173-175.

(50) *Can.* 27.

(51) JUAN TEUTÓNICO, *Glossa Ordinaria ad Decretum Gratiani*, ad. c. 7, D. XII, v. “contra longam”: “Sed longum est quod est X vel XX annorum... illud verum est ubi consuetudo non est contra ius.”

(52) *De legibus*, l. 7, c. 15, n. 2-6.

(53) Cf. HEIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 91; WERNZ, *Ius Decretatum*, I, n. 190, IV. Las razones han sido casi las mismas expuestas por SUÁREZ. Cf. LUGO, *De Iustitia et Iure*, t. 1, disp. VII, sect. VI, n. 93; SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum*, l. 1, t. 4, n. 11.

(54) *Can.* 28.

(55) *Ius Decretatum*, I, n. 190, IV, nota (87).

(56) *Ius Decretatum*, I, n. 194, II; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 191.

ha querido insistir más en la elaboración de la costumbre por parte del pueblo (57).

Así, de una costumbre observada por espacio de cuarenta años constará mejor su utilidad y conveniencia, pudiendo el legislador dar antes su consentimiento, si lo cree conveniente, o también aprobarla. ¿No sucede en la práctica con frecuencia que el pueblo introduce usos supersticiosos o de otro modo irracionales? (58).

d) COSTUMBRE SEGÚN LA LEY.—*Dos efectos* suelen atribuirse a esta clase de costumbre: *Confirmar e interpretar* la ley (59).

En cuanto al primer efecto, como no introduce derecho, sino que *confirma y observa* el existente, no necesita tiempo alguno, porque cuanto más larga o antigua sea, más firme resulta la ley, pero sin añadir nuevo vínculo (60).

Por lo que toca a la costumbre *interpretativa*, escribe SUÁREZ que de la Glosa (61) parece colegirse ser necesario un decenio para que la costumbre interprete eficazmente la ley (62).

Según JUAN DE SALAS y SUÁREZ, quienes han sido los primeros en introducir la distinción entre costumbre *interpretativa doctrinal y auténtica* (63), se requiere para esta última el mismo tiempo que en la costumbre contra y en defecto de ley, a las cuales se reduce (64). Se han de aplicar, pues, las reglas generales acerca de la costumbre legítimamente prescrita.

Para la interpretación doctrinal no se requiere tiempo alguno determinado, aunque agrega SUÁREZ que “quo maior et diuturnior consuetudo, eo probabilior coniectura, in quo nulla certa regula assignari potest, sed prudenti arbitrio relinquendum est” (65).

Esta es exactamente la doctrina defendida después de él, la cual exige en esta clase de costumbre las mismas condiciones que en la costumbre contra o en defecto de ley, según que coarte, extienda una ley aun clara o determine una dudosa (66).

(57) *La coutume source formelle de droit*, en “RTh.”, t. 14, 1931, p. 722.

(58) Cf. JOMBART, *La coutume d'après Suárez et Le Code de droit canonique*, en “Nouvelle Revue Theologique”, t. 59, 1932, p. 778.

(59) Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 4, n. 15-17; c. 14, n. 1.

(60) Cf. SUÁREZ, l. u. c.

(61) ACURSIO, *Glossa ad Dig.*, I, 3, 38, v. “perpetuo”.

(62) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 17, n. 4-5.

(63) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 237. No hemos visto propuesta esta distinción por ningún autor anterior a ellos.

(64) JUAN DE SALAS, *Tractatus de Legibus*, disp. XIX, n. 101; SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 17, n. 2-5.

(65) SUÁREZ, l. u. c., n. 2.

(66) P. LAYMANN, *Theologiæ Moralis*, l. 1, tract. IV, c. 24, n. 3-4; REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 151-152; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 191; etc.

Después del Código, se exigen cuarenta años para toda costumbre interpretativa auténtica, por no admitir el Código otra prescripción (67).

e) COSTUMBRE CONTRA UNA LEY NO RECIBIDA POR EL USO.—Todavía parece puede considerarse *probable* después del Código la doctrina de SUÁREZ según la cual la ley no recibida por el uso, aun ignorando el príncipe su inobservancia, deja de existir en un tiempo, aun inferior a diez años. el cual se ha de dejar al prudente arbitrio, por la voluntad habitual de no obligar a los súbditos en tales circunstancias y porque se supone que la ley no conviene a la comunidad ni le es útil (68).

Esta ley así no observada no la considera el EXIMIO, siguiendo a NAVARRO (69), completamente revocada y nula como si no fuese dada, sino que, si la comunidad cambiase después de parecer y empezase a observar dicha ley, le obligaría sin nueva voluntad por parte del legislador (70). Esta restricción fué rechazada ya antes del Código. No puede una ley revivir sino por voluntad expresa del legislador o mediante una verdadera costumbre, a no ser que se tratase simplemente de una suspensión de dicha ley “*ex benigna interpretatione mentis legislatoris*” (71).

f) ABROGACIÓN DE UNA COSTUMBRE POR OTRA.—El tiempo exigido *más comúnmente* en este caso eran cuarenta años (72). Lo mismo admite SUÁREZ. También admite, no obstante, como probable que son suficientes diez cuando la primera costumbre particular fué contra el derecho común, pues en este caso la costumbre posterior no es simplemente “*contra ius*”, porque el derecho común siempre permanece y a él se vuelve con dicha costumbre (73).

Esta cuestión perdió toda su importancia práctica, una vez admitida como opinión más común la suficiencia de diez años para toda costumbre.

Después del Código, todavía CAPPELLO dice que “*ut redditus ad ius commune licitus sit tale tempus (40 a.) necessario non postulatur, sed per se etiam statim fieri potest*” (74). CORONATA no requiere tiempo alguno,

(67) Cf., v. gr., TOSO, *Commentaria Minora*, I, p. 92-93; MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 109-111; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 243; REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, I n. 120; L. RODRIGO, *Praelectiones Theologico-Morales Comillensis*, II, n. 686.

(68) Cf. SUÁREZ, *De legibus*, l. 4, c. 16, n. 10-14. Puede verse esta cuestión en D'ANNIBALE, *Summula Theologiae Moralis*, I, n. 203, el cual afirma esto mismo, principalmente “*si malor et sanior pars subditorum non obtemperat*”, palabras que repite la SCC. (9 mail 1923, AAS). XVII, 510); MICHIELS, *Normae generales*, I, p. 170; COGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 147.

(69) *Martini Azpilcuetae... Consilia et Responsa*, L. 1, t. 2. De Constit., Consil. I, q. VII.

(70) *De legibus*, l. 4, c. 16, n. 13

(71) BAUDUIN, *De consuetudine*, n. 243-246; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 184.

(72) Cf. ROQUE CURCIO, *De consuetudine*, sect. IV, n. 89 s.; SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 20, n. 20-21, contra FELINO SANDEO y el PANORMITANO (*Commentaria*, l. 1, t. 4, c. 11, n. 19), que afectan bastar diez años, por ser la costumbre posterior siempre *praeter ius*”.

(73) *De legibus*, l. 7, c. 20, n. 21.

(74) *Summa Iuris Canonici*, I, n. 121, 5.º

porque rectamente se presume que existe el consentimiento, al menos tácito, del legislador (75).

Otros autores, la mayoría, rechazan toda distinción, exigiendo cuarenta años en todos los casos, por no admitir el Código otro lapso de tiempo para la costumbre prescrita (76). Como el EXIMIO, salva la única excepción arriba explicada.

## CAPITULO VI

### CONDICIONES DE LOS ACTOS DE LA COMUNIDAD

#### A) *Frecuencia y publicidad de los actos*

Estos actos pueden considerarse *interna y externamente*. *Externa* y socialmente considerados, sus condiciones se reducen a dos: *Frecuencia y publicidad*.

a) FRECUENCIA DE ACTOS—La frecuencia de actos fué siempre considerada de la *esencia* del derecho consuetudinario. Prueba de esto es la discrepancia en determinar el número de actos necesarios para esa frecuencia y, por lo mismo, para introducir costumbre, de los que hablaremos después.

Actos frecuentes pueden llamarse en sentido estricto únicamente aquellos que se repiten uniformemente y, por consiguiente, sucesivos.

“Que la costumbre no se introduce sino por la frecuencia de actos, parece de suyo evidente”, escribe el EXIMIO (1).

Esta frecuencia exige que sean *uniformes* (2), *sucesivos* (3), *continuos* (4) e *ininterrumpidos* (5).

Para determinar el número de actos necesarios en la costumbre, aprueba el Profesor de Coimbra la opinión más común, según la cual su deter-

(75) *Institutiones Iuris Canonici*, I, n. 46: “aut saltem non ultra 10 annos”.

(76) Véase, por ejemplo, MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 114-116. Se fija este autor en aquellas palabras del canon 27: “neque iuri ecclesiastico, l. e., sive per consuetudinem inducto” (p. 116, nota 1).

(1) *De legibus*, l. 7, c. 10, n. 1.

(2) *De legibus*, l. 7, c. 10, n. 4: Habla de la multiplicación de los actos “quoad frequentiam actuum similium qui a singulis fiunt successive”.

(3) *De leg.*, l. c., n. 2: “per actus successionem”.

(4) Exige la continuidad que no aparezca que de ellos no se puede probar la frecuencia y conexión de unos con otros, atendida la distancia que los separa entre sí (SCC., *Placentina, Iuris Praesidendi*, die 11 dic. 1920; AAS., t. 14, 1922, p. 44). La continuación a que SUÁREZ se refiere es más bien una *duración sin interrupción* (l. c., n. 4).

(5) La frecuencia de actos que ocurren en tiempos determinados es necesaria por el tiempo requerido *sin interrupción* (l. u. c.). VAN HOVE entiende esta *ininterrupción de actos conscientes* únicamente (*De consuetudine*, n. 110). Así también SUÁREZ (l. c., c. 12, n. 11). Otros rechazan toda interrupción. Cf. MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 55-56.

minación se ha de dejar al prudente arbitrio (6); pero da a este fin *dos reglas*, una para la costumbre prescrita, o que ha de obtener fuerza mediante el consentimiento legal, y otra para la no prescrita.

En la primera clase de costumbre, el número de actos equivaldrá al producto de multiplicar el número de años necesario para la misma por el acto, determinado o dependiente de las ocasiones que ocurran, sin interrupción (7).

En la segunda, repíete la propuesta sin distinción por el PANORMITANO: Se requieren tantos actos cuantos sean necesarios para que pueda constar del consentimiento del pueblo; pero añadiéndole otro elemento muy esencial en esta clase de costumbre y más en su teoría: que conste también de la voluntad tácita del príncipe (8).

Sin duda que ordinariamente quedará a salvo por esta parte el lado filosófico esencial del derecho consuetudinario, el cual exige preceda al consentimiento del legislador un verdadero uso por parte de la comunidad, como hemos visto en las razones que hay para suponer que SUÁREZ habla siempre de una frecuencia o número de actos que constituyan verdadera costumbre (9).

En este sentido, su doctrina acerca de esta clase de costumbre (muy suya por cierto), fué admitida con unanimidad antes del Código y sigue más común después de él (10).

b) PUBLICIDAD DE LOS ACTOS.—“Es necesario que la *observancia de la costumbre sea pública* y, consiguientemente, los actos de la costumbre deben ponerse públicamente”, escribe el jurista español (11), para suplir la promulgación y por que ha de constituir una norma jurídico-social para todos, para que todos los del pueblo o la mayor parte puedan prestar su consentimiento, y, finalmente, para que dicha costumbre pueda ser conocida del príncipe cuyo consentimiento es necesario también (12).

(6) Cf. ROQUE CURCIO, *De consuetudine*, sect. IV, n. 36-37; SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 10, n. 3.

(7) L. u. c., n. 4.

(8) PANORMITANO, *Commentarij*, l. 1, t. 4, c. 11, n. 17; SUÁREZ, l. u. c., “según la exigencia de las materias u ocasiones”. Veremos después lo que significa para él consentimiento del pueblo, “consensus populi”.

(9) Requiere que “talis ac tanta sit, ut moraliter sufficiat ad indicandum principis consensus” (c. 18, n. 17); este consentimiento no existe ni puede presumirse si no consiente en la costumbre la mayor parte del pueblo... y si no precede el uso o práctica de la comunidad (c. 9, n. 12; c. 12, n. 1; c. 10, n. 1; c. 14, n. 5).

(10) Cf. PIRHING, *Ius Canonicum*, l. 1, t. 4, n. 8-11; REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Unversum*, l. 1, t. 4, n. 110-115; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 107-110.

(11) *De legibus*, l. 7, c. 10, n. 5.

(12) *De legibus*, l. 7, c. 9, n. 1; c. 10, n. 5; c. 16, n. 1. Esta última razón sólo conviene a la costumbre con el consentimiento personal, al que se refiere SUÁREZ con mucha frecuencia. Cf., v. gr., c. 10, n. 4; c. 11, n. 2, 13-14; c. 13; c. 15, n. 8-9; c. 18, n. 16-18; etc.

Los autores posteriores van poco a poco prescindiendo de la segunda de las razones expuestas en cuanto que parece exigir demasiada intervención del consentimiento del pueblo y se fijan más en la publicidad de los actos, como sustitutiva de la promulgación y como necesaria para que conste del consentimiento del legislador, cuando la costumbre es introducida con su consentimiento especial (13).

Basta, con todo, la publicidad de hecho (14) y no es necesario en modo alguno para la costumbre que sea aprobada en juicio contradictorio; es más, prueba cómo esto repugnaría; los actos judiciales, y en especial las sentencias, contribuyen, sin embargo, mucho a probar su existencia (15).

También los actos judiciales pueden introducir costumbre (Práctica de la Curia y de los Tribunales), sin diferencia alguna en cuanto al tiempo ni al número de actos (16), a no ser que en ellas intervenga el legislador, pues en este caso puede aun una sola sentencia introducir derecho a modo de ley escrita, con tal de que por ella se declare suficientemente la voluntad del mismo de tenerla como norma obligatoria (17).

Exceptuando algunos autores que siguen la antigua doctrina que afirmaba bastar dos sentencias en diez años (18), BAUDUIN refiere casi a la letra la de SUÁREZ, principalmente la distinción entre juez-legislador y aquel que es simplemente juez, exigiendo tanto él como los demás escritores aun después del Código las mismas condiciones que en otra clase de costumbre, con tal que las decisiones sean observadas por las comunidades respectivas a las cuales han de obligar (19).

Finalmente, también VAN HOVE se inclina a afirmar con SUÁREZ que las decisiones y resoluciones administrativas aprobadas por el Romano Pontífice pueden introducir derecho normativo, "via legislativa", en cuanto por ellas manifieste su voluntad de que algo se observe como ley, guardando

(13) Cf., v. gr., REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, I, 1, t. 4, n. 129, 176 s.; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, II; MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 50-52; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 113; L. RODRIGO, *Praelectiones Theologico-Morales Comillensis*, II, n. 672.

(14) SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 10, n. 5. Esta misma publicidad es la exigida por los autores posteriores. Véanse los de la nota anterior.

(15) *De legibus*, I, 7, c. 11, n. 1-4, 8. Lo mismo se defendió después.

(16) Al contrario de no pocos autores anteriores que decían bastar dos sentencias conformes. Cf. SUÁREZ, *De leg.*, I, u. c., n. 10-11.

(17) No se trata aquí de una costumbre que obligue a las Curias o Tribunales en su modo de proceder, sino de si por la repetición de sentencias y resoluciones puede formar una norma obligatoria que obligue a los súbditos de aquella comunidad a quienes afectan dichas sentencias. En este sentido, véase SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 11, n. 12-14.

(18) REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, I, 1, t. 4, n. 175-177; BOUXX, *Tractatus de Principiis*, pars II, sect. VI, c. 1, n. 2.

(19) BAUDUIN, *De consuetudine*, n. 91; MAROTO, *Institutiones Iuris Canonici*, I, n. 367; DE MEESTER, *Iuris Canonici et Iuris Canonico-Civilis Compendium*, I (Brugis, 1921), n. 281; MICHIELS, *Normae generales*, II, pp. 44-46; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, p. 179; VAN HOVE, *De consuetudine*, nn. 208-210.

las reglas de la promulgación, si se trata de introducir nueva obligación, a las cuales puede, sin embargo, derogar (20).

B) *El consentimiento de la comunidad*

No todo uso de la comunidad es considerado por el legislador como obligatorio. Los actos de la comunidad deben estar adornados de ciertas *cualidades internas*, además de las externas ya expuestas, para que el legislador dé su aprobación a la misma.

En la teoría suareziana de la costumbre, todas estas condiciones pueden considerarse comprendidas en esta expresión: "*consensus populi*". Por este capítulo exige que dichos actos *sean voluntarios* (21), *libres* (22), puestos *sin error e ignorancia* (23), *mala fe*, al menos al principio, en la costumbre abrogatoria de una ley (24). En todo tiempo se ha exigido algún consentimiento por parte del pueblo. La discrepancia se dió al intentar determinar, principalmente, las cualidades de este consentimiento (25).

El *objeto* de este consentimiento para los escritores anteriores a SUÁREZ era introducir por medio de la costumbre una ley o abrogar la existente, como si el pueblo fuera el legislador y no tuviera que contar para nada con otro consentimiento.

Para el DOCTOR EXIMIO, este objeto era doble, como doble era el concepto que tenía del consentimiento del legislador en la costumbre (*de permisión y de aprobación*) y doble, en consecuencia, el modo de determinar *la comunidad capaz de introducir* costumbre, según que fuese *capaz de potestad legislativa* o *únicamente capaz de recibir ley* (26).

En el primero de estos casos coincide con los escritores anteriores, al menos en gran parte.

En el segundo echa los cimientos de la doctrina más común en los tiempos modernos, según la cual el objeto del consentimiento de la comunidad es dirigir tácitamente al legislador, por medio de la costumbre,

(20) VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 210: "Illud admittum est ante Codicem per commentatores magni nominis, puta F. SUAREZIIUM."

(21) *De legibus*, l. 7, c. 12, n. 1: "*Certa et communis resolutio est, actus introducetes consuetudinem voluntarios esse debere; et ratio est quia actus consuetudinis non inducunt illam nisi ratione consensus populi, qui per illos indicatur, sed actus non indicant consensus nisi sint voluntarii.*"

(22) L. c., n. 10: "*Vis et metus impediunt consensus ad introducendam consuetudinem necessarium*"; n. 11: "*Frequentia actuum ex solo metu factorum, nunquam est sufficiens signum publici consensus totius populi de consuetudine inducenda.*"

(23) L. c., nn. 2-9.

(24) L. c., c. 18, n. 8; c. 19, n. 24.

(25) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 114.

(26) *De legibus*, l. 7, c. 9, nn. 9-11.

una petición para que *apruebe* y dé fuerza de ley al uso existente en la comunidad (27).

a) DEL ÁNIMO DE INTRODUCIR COSTUMBRE. — Podemos decir que, *prácticamente*, el consentimiento del pueblo significa en el jurista español lo mismo que el ánimo de introducir costumbre, pues aquello que impide el consentimiento impide también el ánimo, y viceversa (28).

Muchos de los juristas que precederon a SUÁREZ ya querían que esta expresión, "*consensus populi*", se pusiese expresamente en la definición de costumbre; y todos convenían que, al menos implícitamente, debía entenderse (29). Lo que sí ha introducido fué un nuevo objeto del mismo: *el ánimo*, como subordinado a la aprobación del príncipe (30).

Tratándose de *abrogar una ley*, quiere SUÁREZ una doble voluntad del pueblo y del príncipe. Entiende la primera del ánimo o voluntad de quitar esa obligación (31).

Al examinar qué costumbre *puede introducir ley* no escrita, dice que es necesario que el pueblo intente la misma costumbre de obligarse, no por devoción o perfección (32). El príncipe no quiere obligar más de lo que el pueblo quería ser obligado (33).

Acerca de la *naturaleza* de este ánimo, expresamente afirma que ordinariamente es más bien tácito que expreso (34). Por lo tanto, el *interpretativo*, como realmente no existe (35), no cabe dentro del sistema filosófico-jurídico de la costumbre, según la mente del EXIMIO.

Para *probar* este ánimo propone cuatro reglas o conjeturas, con frecuencia repetidas a la letra o "ad sensum" por los canonistas posteriores (36). Mas en la costumbre contra la ley, esta intención *se conoce bas-*

(27) L. c., c. 12, n. 1: "In iure consuetudinis populus incipit, quantum in se est, volendo ius introducere, et tacite impetrando consensum principis"; c. 9, n. 12: "Pottius quia populus consentit, et tacite postulat consensum principis ideo censetur princeps consentire, suppositis aliis conditionibus."

(28) L. c., c. 12, n. 5: "Etiam error iuris tollit consensum in iure inducendo"; "... stante... errore, non fit consuetudo inductiva iuris, quia hoc non intenditur... quia non fit eo animo"; "... hunc animum tollit error".

(29) Cf. SUÁREZ, *De legibus*, I, 7, c. 2, n. 7; c. 12, n. 1.

(30) Cf. *supra*, VI, B), nota (27).

(31) *De legibus*, I, 7, c. 18, nn. 5-8.

(32) *De legibus*, I, 7, c. 14, nn. 5-7; c. 12, n. 5, 11, c. 4, n. 15; c. 2, n. 2.—"Actus gentium non transgrediuntur intentionem eorum"; "de ratione legis est ut fiat cum intentione obligandi"; "nemo se obligat sine intentione, ut in voto et promissione constat" (c. 14, nn. 5-7).

(33) L. c., c. 14, n. 7.

(34) L. c., c. 2, n. 2: "De ratione consuetudinis est ut ex tacito et non expreso consensu introducatur", c. 12, n. 11.

(35) FERRARIS, *Prompta Bibliotheca*, t. 4 (Paris, 1858), v. "intentio", n. 7, col. 727.

(36) Cf., v. gr., BONACINA, *Opera de Morali Theologia, De legibus*, disp. I, quaest. I, punct. XI, § 3, nn. 17-21; SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum*, I, 1, t. 4, n. 16; FICHLER, *Ius Canonicum*, I, 1, t. 4, n. 9; MICHIELS, *Normae generales*, II, pp. 71-72; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 130; REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, I, n. 119; etc.

tante "ex ipsa frequentia actuum et ex consenssione ac pertinatia populi in talibus actibus" (37).

Hoy día muy pocos requieren *el ánimo abrogativo*, aunque muchos autores hablan indistintamente del ánimo de introducir costumbre, aun en la costumbre contra la ley (38).

Con todo, al menos aquellos que exigen el *interpretativo*, siguen repitiendo con SUÁREZ que este ánimo opuesto a la ley *fácilmente se presume* (39).

b) EL ERROR EN LA COSTUMBRE.—Intimamente unida a la cuestión del ánimo de introducir costumbre está la del influjo del error en la introducción de la misma. Así la comprende el P. SUÁREZ y los autores posteriores. Según éste, el error "*circa causam finalem, vel circa ea quae spectant ad substantiam consuetudinis*", impide toda costumbre (40).

Esta doctrina ha sido defendida bastante comúnmente por escritores de gran nota en la costumbre en defecto de ley (41). Con todo, ya en el siglo pasado le ha quitado gran número de adeptos la opinión que distingue entre *error concomitante* y *antecedente*. El error antecedente, aquel sin el cual no se observaría la costumbre, quita el consentimiento e impide toda costumbre. El concomitante no obsta a la costumbre (42).

Han admitido esta doctrina muchos comentadores del Código, a saber, todos los que admiten la necesidad y suficiencia del ánimo interpretativo (43). Más probable parece y más conforme a las palabras del Código la opinión que defiende la ausencia de todo error sustancial en la costumbre en defecto de ley (44), mientras que creemos muy admisible que a la costumbre simplemente abrogatoria no obsta error alguno (45).

(37) *De legitibus*, l. 7, c. 18, n. 5.

(38) Cf. VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 141, p. 112, nota 3.

(39) Cf. VAN HOVE, l. c., n. 128, 143.

(40) *De legitibus*, l. 7, c. 12, nn. 2-5; en el n. 9 dice: "... *circa illa quae spectant ad substantiam consuetudinis*, sive in iure ipsius sive in facto quod fundat ius: haec enim ignorantia est quae impedit necessarium consensum."

(41) Cf., v. gr., CASTRO PALAO, *Opus Morale*, pars I, tract. III, disp. III, p. nct. II, § 3, n. 11: "Si autem illi actus ex ignorantia aut errore *circa substantiam consuetudinis* procedant mihi etiam est manifestum non posse illis consuetudinem introduci, quae firmas vires habeat. Sic SUÁREZ et alii." Lo mismo repite REIFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum*, l. 1, t. 4, n. 196. BOUX, *Tractatus de Principiis Iuris Canonici*, pars II, sect. VI, c. 2, § 1, III: "Valde attendenda est haec conditio, quam communiter auctores ut certo requisitam docent." El mismo VAN HOVE (*De consuetudine*, n. 144) la califica de *más común*, a pesar de no seguirla.

(42) Cf. WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, II, nota 70.

(43) Véase VAN HOVE, *De consuetudine*, nn. 143-144, quien cita otros varios.

(44) "... *scienter a communitate cum animo se obligandi*" (canon 28).

(45) MICHELIS, *Normae generales*, II, pp. 75-76. Y otros muchos.

c) LA BUENA Y MALA FE EN LA COSTUMBRE.—Consecuencia lógica de su doctrina era, según creemos, la necesidad de la mala fe en la costumbre contra la ley, al menos al principio (46).

Ahora bien, ¿cómo se concilia esto (si exigimos el ánimo durante todo el tiempo necesario para la prescripción) con lo que después escribe, tomándolo de CAYETANO y del PANORMITANO: “Licet in principio agentes contra legem peccent, tamen eorum successores posse praesumere ex aliqua rationali causa legem illam fuisse non servatam, quod quidem regulariter verisimile est, praecipue quando abrogatio fit per longam praescriptionem”? (47)

Estos actos no concurren a abrogar la ley como *causa*, sino como *indicio* de la voluntad del príncipe o de la ley (48). Y lo que resulta de una costumbre que empieza por actos pecaminosos puede ser una cosa buena, independientemente de la ley prohibitiva. Luego, prudente y razonablemente se juzga que el príncipe con su consentimiento legal o personal abroga la ley, que es el único obstáculo a dicha costumbre (49).

No vale objetar que, si no se requiere buena fe, favorece más el legislador a la mala voluntad de los súbditos que a la buena. *El legislador no aprueba la costumbre por ser introducida con buena o mala fe, sino por estar ordenada al bien común* (50), por ser razonable objetivamente (51).

La opinión más común defiende que *no obsta* a la costumbre contra la ley, ni la mala ni la buena fe, o porque no requieren ánimo abrogativo (52), o porque con una y otra puede conciliarse el error concomitante, el cual no impide tampoco el ánimo interpretativo necesario en toda costumbre y, por consiguiente, la buena o mala fe *es indiferente* (53).

d) LA LIBERTAD DE LOS ACTOS.—“Es cierta y común resolución, escribe nuestro Doctor, que los actos introductivos de costumbre deben ser voluntarios” (54). La fuerza o miedo grave excluyen el consentimiento del

(46) SUÁREZ, *De legibus*, l. 7, c. 18, nn. 8, 24.

(47) L. c., n. 24.—Lo mismo dice VAN HOVE (*De consuetudine*, n. 157) acerca de esta dificultad de conciliación. Como SUÁREZ se expresan. SALMATICENSES (*Cursus Theologiae Moralis*, t. 3, tract. XI, *De legibus*, c. 6, n. 13).

(48) *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 24.

(49) La cual, “aunque en el modo o “in fieri” sea irracional, no lo es, “nec in substantia. nec in termino, nec in effectu” *De legibus*, l. 7, c. 18, n. 24.

(50) *De legibus*, l. 7, c. 6, n. 12.

(51) Esta ha sido la solución dada por los autores posteriores muy comúnmente al tratar de conciliar la mala fe con la racionalidad de la costumbre. Pueden verse, por ejemplo: LUGO, *De Iustitia et Iure*, t. 1, disp. VII, sect. 6, n. 96; SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum*, l. 1, t. 4, n. 6; VAN HOVE, *De consuetudine*, nn. 96, 155; COGNANI-STAFFA, *Commentarium*, II, pp. 109-110.

(52) BOCKHN, *Commentarium in Ius Canonicum*, l. 1, t. 4, nn. 20-23; MICHIELS, *Normae generales*, II, p. 69.

(53) Cf., v. gr., antes del Código, WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 190, nota 71; después de él, VAN HOVE, *De consuetudine*, nn. 153, 156.

(54) *De legibus*, l. 7, c. 12, n. 1.

pueblo (55). Añádase a esto lo que es propio y característico de SUÁREZ: que no puede presumirse que el príncipe dé entonces su consentimiento a la costumbre (56).

Esta última razón es la única que puede ser invocada por aquellos que niegan la necesidad de ánimo abrogativo.

Los canonistas posteriores han exigido esta libertad de actos y manejado unánimemente estas dos razones (57), copiando muchos de ellos a SUÁREZ o al menos con referencia expresa a él, principalmente por lo que toca a la segunda de las razones expuestas (58).

## CONCLUSION Y RESUMEN

Prescindimos del capítulo de la prueba de la costumbre y del de la cesación de la misma, cuestiones que, aunque muy importantes, no pertenecen a los *elementos constitutivos* del derecho consuetudinario.

Merece mención especial en la doctrina suareziana que acabamos de ver todo lo que se refiere al consentimiento del príncipe, en cuanto es manifestación del poder legislativo que en él reside, y que es necesario para toda norma legal, aun consuetudinaria, y por eso lo exige él en toda clase de costumbre, aún en defecto de ley. Este consentimiento es *aprobativo*, no de *permisión o licencia*, como lo concebían antes de él.

Luego no es necesaria una comunidad capaz de dar leyes para que pueda introducir costumbre para sí, sino que *basta sea capaz de recibirlas*.

Quizá lo que más le ha quedado gravado de la doctrina antigua fué el "*consensus populi*", cuya necesidad aparece exigiendo por todas partes, apelando a la razón de que, de lo contrario, no se presume el consentimiento del príncipe. Razón característica de SUÁREZ.

No debemos omitir lo que dice de la costumbre según la ley, que no introduce derecho nuevo; puede *interpretar la ley auténticamente, y a fortiori conjetural o doctrinalmente*.

(55) *De legibus*, l. 7, c. 12, nn. 10-11.—Compara esto con el influjo del miedo en el juramento y en el voto (*De Religione*, tract. 5, l. 2, cc. 8-10; tract. 6, l. 1, cc. 7-8, respectivamente).

(56) *De legibus*, l. 7, c. 12, n. 11.

(57) BONACINA, *Opera de Morali Theologia*, t. 2, disp. I, q. 2, punct. 11, 3, n. 12; SCHEMALE-GRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum*, l. 1, t. 4, n. 14, 4.º; y otros antes del Código.—Después del Código, cf.: VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 166; REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, I, n. 118; CICOGNANI-STAFFA, *Commentarum*, II, pp. 73-74; RODRIGO, *Praelectiones Theologicae-Morales Comillenses*, II, n. 673.

(58) Así, por ejemplo, BONACINA, l. u. c.; BOUIX, *Tractatus de Principiis Iuris Canonici*, pars. II, sect. VI, c. 2, § 1, IV; VAN HOVE, *De consuetudine*, n. 166.

Otro punto importante en la teoría suareziana es acerca de la *racionalidad* de la costumbre y la *diferencia* entre la racionalidad necesaria para la costumbre *contra y en defecto de ley*. Distingue también por primera vez las dos clases de *reprobación declarativa y dispositiva*.

No nos extendemos más. Mucho ha sido lo que ha el EXIMIO aportado a la teoría de la costumbre jurídica, y el cambio introducido en algunos puntos es radical. Quien haya tenido la paciencia de seguirnos podría darse cuenta.

SUÁREZ es crítico, claro, extenso. De él viene diciéndose, con verdad, que quien va a consultarle le oye responder con aquel texto del Evangelio: "Patientiam habe in me et omnia reddam tibi."

JESÚS CASTRO PRIETO

Profesor del Seminario de Mondoñedo