

El Derecho consuetudinario y sus aplicaciones en la legislación.

Entre las fuentes de Derecho tiene particular importancia la costumbre.

Ella con normas sociales, legítimamente introducidas por el uso de los pueblos, suple admirablemente las deficiencias de la ley, que no puede extenderse a todos los casos; ella, al aplicar en la práctica el derecho escrito, fija su interpretación más obvia y razonable; la costumbre, finalmente, cuando cambian las circunstancias que dictaron la ley, restringe, muda y aun deroga su rigor, acomodándola a las nuevas condiciones y necesidades creadas en el cuerpo social.

Por eso en todas las legislaciones figuró siempre la costumbre como fuente importantísima de derecho.

En el Decreto de Graciano, en las antiguas compilaciones canónicas, en los libros de las Decretales Pontificias, tiene la costumbre títulos particulares con rúbrica propia (1); y esparcidos, además, por todas las mencionadas colecciones de Derecho eclesiástico, infinidad de cánones que reconocen o sancionan el derecho consuetudinario (2).

El mismo criterio ha dominado en el *Codex iuris canonici*, formado por orden de Pío X y promulgado en 1917 por Benedicto XV; pues en él se dedica a la costumbre, en general, todo el título 2.º del libro I; y, en los cuatro libros restantes, multitud de leyes eclesiásticas relativas a costumbres particulares.

La legislación civil, antigua y moderna, también enumera entre sus fuentes de derecho a la costumbre jurídica.

Así lo vemos en el Derecho romano, de donde recibieron las colecciones canónicas de los siglos XII y XIII y las Partidas de Alfonso X (3), el fondo y el tecnicismo usado en la materia.

(1) Can. 2, 4, 5 y 6. Dist. I; can. 7; Dist. XI, 6; D. LXV, 20; C. XI, q. 1; Comp. I, III y V (I, 3), de consuet.; Decret. Greg. XI y Bonif. VIII (I, 4), eod. tit.

(2) Cap. 8, X (II, 27); 2, X (II, 19); 3, X (IV, 11).

(3) Leyes 4-6. tit. 2, part. I.

Son de notar, especialmente en las Pandectas y en el Código de Justiniano, las leyes que tratan *de longa consuetudine* (1); en las cuales, fácilmente concordadas por los romanistas más conspicuos, se contiene el derecho secular que regula las costumbres jurídicas (2).

Nuestro derecho clásico aplicó a España también en este punto la 'legislación romana y la canónica, concretándola aún con mayor determinación en las leyes de Partida y en otros códigos (3); si bien en la legislación civil vigente desde 1889 se encuentra bastante menguado el derecho consuetudinario (4), aunque no abolido en las treinta y nueve provincias de derecho común (5), y mucho menos en las regiones aforadas, donde se conservan íntegras sus costumbres jurídicas tradicionales, principalmente fundadas en las leyes romanas y canónicas (6).

En las demás naciones se nota la misma tendencia de nuestro actual Derecho civil a restringir o limitar el derecho consuetudinario; pero en ellas se conserva todavía acerca de muchos puntos (7).

Aunque en las recientes legislaciones, sobre todo seculares, se da a la costumbre un lugar secundario, el espíritu predominante en los jurisconsultos es el de restituirla a su primitivo vigor en las fuentes del Derecho, y hasta el de anteponerla, como veremos, según la escuela *histórica*, a la misma legislación escrita.

Mayor que la importancia del Derecho consuetudinario suele ser la dificultad de su aplicación práctica. Pues no convienen todos los juristas en la esencia y propiedades de la costumbre legal (*quaestio iuris*), ni es fácil determinar y comprobar si se cumplen en cada caso los requisitos que el uso material de la costumbre común necesita para formar derecho (*quaestio facti*).

Siendo, por tanto, de tal monta fijar bien la naturaleza y aplicación del derecho consuetudinario, nos ha parecido conveniente tratar en ESTUDIOS ECLESIASTICOS de esta fuente jurídica, examinando su naturaleza en general, los requisitos y condiciones que exige para ser legítima, los efectos que

(1) Leyes 32-35, Dig. (I, 3); L. 2, Cod. (VIII, 53).

(2) *Pothier*, Pandectas, I, tít. III, n. 28.

(3) Partid., II, cit.

(4) Código civ. esp. de 1889, art. 5.

(5) Cód. civ., aa. 6, 485, 571, 1.552, 1.574, 1.578-1.580 y 1.599.

(6) Cód. civ., aa. 12, 2.º y 13. Véase *Encicl. Espasa*, XV, 1.276; *Encicl. jurid. esp.*, IX, 796; *Sánchez Román*, Derecho civ., II, 88; *Valverde*, Derecho civ., I, 167.

(7) *Allégre-Laurent*, Le Code civ. français commenté, Paris, 1902, notas sobre el art. 4, a. 671; Cód. civ. ital., art. 48, *Disposizioni transitorie per la attuazione del Codice civ.*; Código civ. de la República Argent., art. 17; Cod. civ. austr., art. 10.

produce, y su duración y vicisitudes en las diversas legislaciones, especialmente en la canónica en general y en la civil de España.

Exponer ampliamente todos estos puntos, necesitaría un libro entero.

El espacio disponible aquí nos obliga a estudiarlos con cierta concisión, pero no sin abarcarlos sintéticamente y explicarlos en sus mutuas relaciones.

Para la exposición, seguiremos la doctrina clásica de los mejores juristas antiguos y modernos, fijándonos por modo particular en los principios establecidos por el Eximio Doctor Francisco Suárez, de la Compañía de Jesús, en el libro VII de su inmortal obra *De Legibus ac Deo legislatore*.

I.—*Noción general de la costumbre jurídica.*

¿Qué es costumbre jurídica?

Como hay disputa entre las escuelas, sobre todo entre las modernas, acerca de su naturaleza y propiedades, no es posible establecer desde el principio una definición esencial verdaderamente científica, por todos aceptada.

La costumbre se engendra por el uso, el cual, para nuestro caso, consistiendo en un modo habitual de obrar, se forma a su vez por una serie de hechos practicados por los hombres que viven en sociedad.

Pero no todos los usos de los miembros de una comunidad pueden producir costumbre jurídica. Hay usos meramente *sociales*, modos de proceder en la vida civil en el trato urbano con los demás, en el ejercicio del comercio, de la agricultura o de la industria, en la forma de vestir, etc., etc., que no imponen obligación alguna jurídica, siendo, por tanto, extraños a la esfera del derecho.

Existen también usos *convencionales*, aplicados a la manera de realizar actos y negocios jurídicos de carácter privado, particularmente en la estipulación y cumplimiento de los contratos. Tales usos, expresamente, libremente consentidos, o razonablemente supuestos y presuntos, valen para abreviar las fórmulas de los convenios o para interpretar el alcance que a los mismos se ha de dar en su ejecución práctica (1).

Tampoco estos usos forman derecho estricto social, aunque a veces suelen invocarse para definir el resultante de los actos jurídicos realizados. Frecuentemente, dice un autor, son cláusulas convenidas y repetidas

(1) Cód. civ. esp., aa. 485 y 1.578.

que, a fuerza de reiterarse, concluyen por sobreentenderse en los contratos por más que no se expresen (1).

Hay, por fin, otros *usos de la sociedad civil*, o de parte considerable de ella, practicados con intención jurídica, los cuales, si tienen los debidos requisitos, llegan a constituir una norma obligatoria o eximente de obligación: es decir, una costumbre jurídica.

De éstos tratamos ahora, al querer explicar la naturaleza íntima del *Derecho consuetudinario*.

Según esto, ¿qué es costumbre jurídica?

Con el fin de partir de alguna noción clara y cierta de la costumbre de derecho, tomaremos desde luego aquellas notas generales de la costumbre jurídica, en que se conviene fácilmente por el vulgo y por los sabios.

Costumbre jurídica es un derecho introducido por el modo constante de obrar que tiene el pueblo.

Así define el Derecho romano la costumbre en general, y con él concuerdan perfectamente San Isidoro en sus *Etimologías* y Alfonso X en las *Leyes de Partida* (2): *Costumbre es derecho o fuero que non es escripto, el qual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas, en las razones, sobre que lo usaron.*

En esta definición común se comprende un hecho y un derecho. El hecho, o elemento material externo, *substratum* de la costumbre (3), es la observancia común y uniforme creada por la repetición de actos de la sociedad o de su mayor parte; mientras el derecho, o elemento formal de la costumbre, consiste en la norma jurídica producida por dicha observancia material, repetida en modo uniforme.

Hasta aquí no hemos hecho más que proponer la idea vulgar de la costumbre.

Pero, ¿qué es, propiamente, la costumbre jurídica?

A tres clases pueden reducirse las escuelas principales que se disputan la respuesta adecuada a la cuestión.

Es la primera la escuela del positivismo jurídico, especialmente la denominada *escuela histórica*, la cual responde que en el orden legal *la cos-*

(1) *Clemente de Diego*, Apuntes lit. de Derecho civ., 1.º curso, tom. I.

(2) L. 32, D. (1, 3); *S. Isid.*, *Etym.*, lib. V, c. 3: *Vocatur consuetudo quia in communi est usu*; Ley 1, tit. II, partida 1.ª

(3) *Valverde*, l. c., I, 154.

tumbre es todo. Su transformación en derecho se explica de diversas maneras.

Unos, como Puchta, Savigny y Vangerow, dicen que se realiza por virtud o a consecuencia de la *convicción general jurídica* de los miembros de la sociedad, que establecen el uso (1); otros, que por la voluntad decidida en los que practican la costumbre de hecho, de convertirla en regla de derecho, añadiendo a la convicción jurídica de aquéllos la firme voluntad de fijar con su proceder una norma social (2); o bien, según otros, por influjo y coacción en la conciencia psicológica del pueblo, producidos por la fuerza y perseverancia de hechos repetidos a causa del achaque general de los hombres a seguir la tradición en el obrar (3).

Ya se ve que todas estas variedades de la escuela *histórica* convienen en considerar la costumbre jurídica como expresión o manifestación de la conciencia social del pueblo, considerado como un ente social que se desarrolla en su vida de comunidad perfecta, estableciendo, promulgando o corroborando con hechos repetidos las normas jurídicas de su obrar.

La única fuente de derecho, según los principales doctores de esta escuela, radica en el espíritu, en la conciencia del pueblo, y se exterioriza o se completa por los usos sociales (4).

Insistiendo sobre la misma idea, repiten hasta la saciedad estos juristas, que en Derecho positivo la costumbre no es más que una revelación inmediata, espontánea y constante de la conciencia común, expresándose por la convicción jurídica de los ciudadanos (*Ueberzeugungstheorie*), y que la ley es una manifestación mediata y reflejada de ese mismo sentir social, traducido en fórmulas por los órganos legislativos del Estado (5).

Por donde la costumbre, en que el pueblo se reconoce como ser social, según la escuela histórica, no puede depender de la ley; es anterior y superior a toda legislación, que de la costumbre recibe el fundamento de su fuerza obligatoria (6); es formal o virtualmente todo derecho; es el espejo

(1) *Puchta*, *Gewohnheitsrecht*, II, 125; *Pandekten*, I, c. 1, párr. 11; *Vangerow*, *Lehrbuch der Pandekten*, I, párr. 14; *Savigny*, *Sistema del Derecho romano actual*, Madrid, 1878, párr. VII (29) y XII (41). Estos autores establecen una gran semejanza entre la formación gradual de las lenguas y la del derecho positivo. Véase *Geny*, *Método de interp. y Fuentes del derecho privado*, vers. esp., Madrid, 1902, 308.

(2) *Stahl*, *Beseler*, alegados por *De Diego*, *El uso, los usos sociales, etc.* Discurso de entrada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1918, págs. 47 y 65.

(3) *Walter*, *Blumtschli*, *Zitell*, citados por *De Diego*, I, c.

(4) *Winscheid*, *Bessler* y *Gierke*, citados por *De Diego*, *El uso, etc.* Discurso, p. 47.

(5) *Savigny*, obr. cit., párr. XIII, p. 43; *Puchta*, *Kursus der Inst.*, I, 10, p. 30.

(6) *Zitelmann*, *Archiv. f. d. civilische Praxis*, t. 66, 459.

en que han de mirar los legisladores para buscar en él reflejadas las normas o leyes sociales que deben reproducir en sus fórmulas escritas (1), ya que, conforme a la genuina escuela *histórica*, el legislador no inventa las leyes: las escribe (2).

La fórmula de esta opinión pudiera ser la que se atribuye a Cuyacio: *La costumbre es la ley no escrita; y la ley, la costumbre escrita* (3).

Hasta aquí la original y artificiosa teoría de la escuela histórica. La hemos declarado con alguna amplitud, valiéndonos de las palabras mismas de sus inventores y propugnadores, porque llegó a invadir el campo de las ciencias jurídicas durante el siglo XIX, y todavía conserva algunos partidarios, si bien bastante mitigados, que no se atreven a reconocerle la exclusiva entre las fuentes del derecho. En las legislaciones positivas no llegó a cristalizar.

Diametralmente opuesta a esta doctrina, que pretendía que la costumbre lo fuese todo en materias jurídicas, es la *segunda opinión*, la de la escuela racionalista, para la cual el Estado es la única fuente autorizada de toda norma jurídica (4) y, consiguientemente, la costumbre jurídicamente es nada. Esta ha sido prácticamente la teoría predominante en los Códigos a contar desde fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Bentham niega todo valor a la costumbre, diciendo que es una regla inconveniente e ilegítima, por la cual sólo deben gobernarse los animales (5).

La *tercera opinión* sostiene lo siguiente: La costumbre no es todo en materia jurídica, pero es *algo principal*, moralmente necesario en la dirección y gobernación de los pueblos.

Esta es la sentencia de los juristas clásicos, y señaladamente la de la escuela católica de los escolásticos, espléndidamente desarrollada por

(1) *Savigny*, Sistema del Derecho romano, I, párr. XII.—*Sánchez Román*, I, 28: «A tal extremo lleva la escuela histórica la importancia de la costumbre, que la erige en única fuente general de derecho, afirmando que no hay ley sin costumbre que la preceda.» *Giner*, Enc. Jur. de *Arhens*, I: «Fuente verdaderamente sustantiva e independiente.» De la escuela histórica dice *Geny*, Método de Interpretación y Fuentes..., p. III, c. 1, sec. III, n. 152, p. 466: «Para *Puchta* y *Savigny* se trata esencialmente de someter la creación del derecho a la conciencia jurídica del pueblo, fuente última a sus ojos de todo derecho positivo...; considerando a los juristas en su actividad productiva, ven en ellos los órganos de la conciencia común.»

(2) *Portalis*, ap. *Cathrein*, Filosofía moral, I, 577.

(3) Enciclop. jurid., IX, 790.

(4) *De Diego*, El uso, Discurso, p. 23: *Brugi*. Introd. alla scienze giurid., p. 28.

(5) Véase Enciclop. jurid., IX, 791.

Suárez en todo el lib. VII *De Legibus*, sobre todo en los dos primeros capítulos y en el trece.

La costumbre no es todo. Porque antes de la costumbre está el derecho divino, natural y positivo, a que se debe atender negativamente, no oponiéndose jamás a sus dictados, y positivamente, conformándose en las leyes que se establezcan o en las costumbres que se introduzcan, a la suprema regla de toda rectitud, que es la ley eterna en sus múltiples manifestaciones de la ley natural y de la revelación sagrada (1).

No es todo la costumbre, además, porque sobre las costumbres y observancias del pueblo en las sociedades monárquicas y aristocráticas está el poder legislativo independiente, y aun en las naciones de régimen democrático ha de prevalecer sobre los usos de la comunidad la autoridad soberana, trasferida a ciertos magistrados o representantes, o bien ejercitada por los comicios y centros legislativos del Estado.

Pero si la costumbre no es todo, es algo principal e imprescindible en el régimen de los pueblos. Porque las leyes escritas, ni pueden abarcar todos los casos, apreciando los diversos matices de la vida con sus jurídicas relaciones, ni definir exactamente el alcance de todos los preceptos formulados para regularlas; ni, cuando son generales, mantener siempre su aptitud de medios para procurar el bien común en todas las circunstancias en que se encuentran las corporaciones y miembros que integran la sociedad, resultando, en cambio, a veces, quizá nocivas o menos útiles en algunas partes o territorios de la república.

(1) No sólo los teólogos católicos con *Santo Tomás* (2. 2., q. LX, art. 5; *Si scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, iniusta est nec habet vim obligandi*), admiten esta doctrina como inconcusa, sino los mismos escritores protestantes y los más célebres jurisconsultos modernos la consideran como fundamental en la ciencia del derecho. Así: *Grocio*, de Jure Belli et Pacis, lib. 1, c. 4, parr. 1: «está fuera de duda para todas las personas honestas, que cuando los poderes públicos ordenan alguna cosa contraria al derecho natural o a los mandamientos de Dios, no se puede obedecer a sus órdenes»; *Blackston*, celeberrimo jurisconsulto inglés, *Comentarios on the Laws of England*, I, 41; «El derecho natural obliga en todo el mundo, en todos los países y en todos los tiempos. Ninguna ley humana tiene sentido si está en contradicción con el derecho natural»; *Montesquieu*, *Esprit de lois*, lib. 1, cap. 1 y 3; y entre los modernos; *Valverde*, I. c. p. 76 y 78; *Geny*, I. c., n. 161, p. 505; *Dahlmann*, *Politik*, 467, y otros, v. gr., *Meyer*, *Instit. iur. nat.*, n. 557; *Cathrein*, *Filos. mor.* (trad. ital.) I, 506; *Mendizábal* y *Martin*, *Trat. de Derecho nat.*, 6 edic. 1921, nn. 12-19. Y es así manifiesto. Antes y sobre toda costumbre y ley positiva están ciertos principios jurídicos a todos patentes, sin que sea menester contar de antemano con el sentir unánime o de la mayoría de los ciudadanos. Si alguno atenta contra nuestra vida o contra la propiedad, sabemos que estas acciones son injustas y que tenemos el derecho de defensa. Ni hace falta costumbre alguna o ley positiva humana para saber que el homicidio, el hurto o la traición a la patria, el adulterio, etc., son verdaderas injusticias contra un derecho cierto e inviolable que precede a toda costumbre o ley civil.

En todos estos casos dicta la prudencia admitir como supletorias de la ley las observancias espontáneas de todo o de gran parte del cuerpo social, que han venido a llenar alguna laguna dejada por el derecho escrito, o a confirmar y afianzar la certidumbre de su interpretación equitativa, o, también, a cambiar útilmente en ciertos casos el rigor material del texto legislativo, restringiendo convenientemente su significación y aplicación práctica.

Estas observancias comunes, admitidas por positiva voluntad consecuente o concomitante, expresa o tácita del legislador; o, mejor todavía, como suele suceder, por voluntad antecedente de las mismas leyes, que fijan las normas a que se han de atener las costumbres para ser legítimas: son algo importantísimo y de lo que no se debe prescindir en el gobierno pródigo y acertado de las sociedades públicas bien ordenadas.

Esta tercera sentencia acerca de la costumbre, es la teoría clásica del Derecho romano (1); fué admitida y canonizada por todas las Colecciones Pontificias, incluso el nuevo Código de derecho eclesiástico (2), y reconocida generalmente en nuestras leyes (3).

A esta tercera opinión, en cuanto afirma que la costumbre no es todo en el orden del derecho, puede reducirse en parte la sentencia de algunos modernos juristas; los cuales requieren, además de la costumbre, la legislación positiva como fuente principal y más copiosa del derecho de los pueblos (4). Pero no admiten sino la costumbre *praeter legem* o *iuxta legem*, no la contraria a la ley, y en los casos de «silencio de la ley o en el de alejamiento de los poderes públicos».

No podemos dejar sin transcribir un pasaje de *Geny* sobre este punto, por ser considerado este escritor como el defensor y expositor más autorizado de la presente teoría media, que ahora declaramos. Dice así en su erudito tratado, *Método de interpretación y Fuentes en Derecho privado positivo*, p. III, c. I, sec. II, n. 129, a la pág. 272: «Hoy, desde el punto de vista político, es incontestable que se tiene a la ley escrita por regla suprema que debe prevalecer, por su carácter preciso y regular, sobre las manifestaciones inciertas, a veces incoherentes o poco precisas, a lo menos inorganizadas, del uso.» Y un poco antes: «Según las necesidades ac-

(1) Leyes 32-25 D. (I, 3); L. 2, C. (VIII, 53); 9 y 11, I. (I, 2).

(2) Las Decret., tit. de consuet. et alibi passim; Codex Iuris can. Pii X et Bened. XV, can. 5 y 25-30.

(3) Leyes 4-6, tit. II part. 1.ª, y aa. del Cod. civ. de 1889, arriba citados.

(4) *Volverde*, l. c., p. 158; *De Diego*, Apuntes de Derecho civ., l. c., p. 165 sig. y 177.

tuales, creo que en principio, y en nuestro estado actual de civilización, conviene rechazar toda costumbre opuesta a la ley escrita.»

Sin embargo, los escritores aludidos admiten en cierto modo, al parecer, algunos de los postulados principales de la escuela histórica; por cuanto, además del uso o elemento externo del Derecho consuetudinario, ponen como elemento formal e interno y único del mismo la convicción, aun errónea (1), que tienen los miembros de la sociedad de «ejercitar un derecho subjetivo como expresión de una regla de derecho objetivo por que se rija la comunidad», sin que sea preciso consentimiento alguno por parte del legislador para la constitución formal de la costumbre jurídica. Pues, según estos autores, la costumbre viene a ser una fuente, por lo menos, simultánea y subsidiaria de la ley, capacitada por sí, sin auxilio y fuerza alguna exterior, para constituir normas jurídicas positivas en el régimen de las sociedades (2).

De la fiel exposición de las teorías sobre la naturaleza de la costumbre, se sigue el juicio crítico que merecen.

La aserción formulada por la escuela histórica, de que la costumbre es todo en la vida jurídica social, tomada en absoluto, es falsa a todas luces: por negar los *deberes y derechos jurídicos* dictados por el derecho natural y divino positivo, y por mutilar las atribuciones propiamente legislativas del poder público en las monarquías y aristocracias, y aun en las democracias, en cuanto en ellas los cuerpos legislativos no están supeditados, como sostiene la escuela histórica, a inspirarse y reflejar sus leyes solamente en los dictados de la conciencia social de las multitudes.

(1) *Geny*, l. c., n. 120, p. 134 sig.

(2) *Geny*, l. c., n. 119: «Todos los elementos positivos de la costumbre jurídicamente obligatoria pueden, esencialmente, reducirse a dos: uno, de índole material, un largo y constante uso; otro, de materia psicológica, el convencimiento de una sanción jurídica, especificando y cualificando el uso como costumbre obligatoria. Los dos elementos, el uso y el sentimiento de necesidad jurídica, me parecen tan suficientes como necesarios para constituir una costumbre que imponga su decisión al intérprete. Y creo que no deba unirse a ellos el requisito de una aprobación tácita, ni aun el de tolerancia, por parte de los Poderes públicos, a quienes la Constitución confía la misión expresa de legislar o mantener la eficacia de la ley.» Y poco después: «No veo por qué la costumbre ha de estar subordinada al asentimiento del legislador.» *De Diego*, Apuntes de Der. civ., I, 167: «Resulta, pues, en definitiva, que derecho consuetudinario es aquella norma establecida directamente por una comunidad a virtud del ejercicio, o la revelada por la sociedad a virtud de actos repetidos y constantes...» Otros tratadistas dicen que es «la manifestación de la regla jurídica hecha espontáneamente por la sociedad a virtud de actos continuos consentidos por el legislador. Esta última parte es digna de censura, pues el consentimiento del legislador no es requisito esencial de la costumbre». Concuera con estos autores, especialmente con *Geny*, *Valverde* en su Derecho civ., l. c., p. 159.

Por otra parte, es absurdo, como notan con razón insignes jurisconsultos, subordinar con semejante teoría la ley a la costumbre, haciéndola mera traducción del derecho popular, manifestado en el instinto irreflexivo de las masas, y sujetando a un criterio tan vago e indeciso la razón pensadora del legislador (1).

Además, los principios de la escuela histórica, más o menos fundados en el panteísmo de Schelling y de Hegel (2), y en los de la evolución del espíritu del mundo (*Weltgeist*) en el orden social, o bien en una especie de imperativo categórico kantiano, relativo a la sociedad como ente social y manifestado en el modo obligatorio de proceder sus miembros, con el cual forman la regla jurídica que se necesita (3); dichos principios, repetimos, en que parece fundarse la escuela histórica, más o menos mitigada, dan un concepto incompleto de las normas jurídicas, contrario a la historia de la legislación en la antigüedad romana, en la Edad Media y en los tiempos modernos, obra más bien de la magistratura y de los jurisconsultos que del pueblo; ofrecen una idea vaga e indeterminada de las reglas de derecho (4) y, por lo mismo, incapaz de servir de base estable para la vida social y para el derecho positivo (5).

La segunda opinión de la escuela racionalista, la que pone únicamente en el Estado la fuente de todo derecho, aseverando que a costumbre «es nada en el orden jurídico», pugna abiertamente contra las enseñanzas de la brillante historia de la legislación y contra la índole misma de las sociedades públicas.

No todo se puede prever por el legislador, según antes indicamos, y,

(1) *Sánchez Román*, citando a *Pascal Dupret*, l. c., I, 29; *Valverde*, l. c., p. 72, dice muy bien que «la ley es más que la expresión del derecho popular, una norma que se impone a los ciudadanos, pues así lo exige el bien común, sin que haya sido necesariamente elaborada en la conciencia del pueblo. No puede admitirse que el derecho se manifieste siempre en forma espontánea y que exista una armonía constante entre el derecho y la conciencia popular».

(2) *Meyer*, *Inst. jur. nat.*, I, 552.

(3) *Gierke*, *Deutsche Privatrecht*, 1895, I, 167; *Brugi*, *Introd. alle scienze giurid.*, 42; *Savigny* capo della scuola storica, *oltre mostrare reminiscenze kantiane, si era particolarmente ispirato allo Schelling*.—Véase *De Diego*, *Apuntes*, etc., I, 167.

(4) *Gery*, l. c., n. 115, p. 311: «Se ha hecho observar que la conciencia jurídica del pueblo, o mejor, de la comunidad social organizada, distaba mucho de manifestarse siempre con la precisión necesaria.»—*Brugi*, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1907, p. 54, dice lo mismo, pero con mayor fuerza de expresión y claridad: «Che il diritto scaturisca bell' e pronto dai penetrali della coscienza popolare... Ciò contraddice alla stessa formazione del diritto romano..., alla formazione del diritto odierno; contraddice infine alla realtà delle cose che ci sta sott' occhio... Se ben si riflette, la coscienza popolare, la coscienza giuridica sono espressione di concetti troppo indeterminati.»

(5) *Besseler*, citado por *Valverde*, l. c., p. 157.

mucho menos, proveer por el Estado al dictar sus leyes; y, si quisiera descender la función legislativa a ordenarlo todo, a reglamentarlo todo, este intento, ordenancista y mecánico, mucho antes de aproximarse a la meta (lo cual en las grandes sociedades resultaría imposible), haría intolerable el desenvolvimiento jurídico armónico de todos los organismos que constituyen el cuerpo social (1).

No queda, por tanto, sino la tercera sentencia, la clásica, formulada por los romanistas y por los juristas católicos; según la cual, aunque la costumbre, jurídicamente, no es todo, es algo considerable e importantísimo para la vida y régimen de las sociedades.

Y es así, porque la costumbre de hecho es algo que contribuye frecuentemente a la preparación de las leyes; y, si cuenta con el asentimiento, al menos legal, del legislador, se eleva a la categoría de norma jurídica obligatoria en la vida política y civil.

Sin ese consentimiento superior, como luego veremos, cualquiera que sea el elemento formal e interno que se pretenda introducir, ya consista en la conciencia o percepción jurídica del orden social que establece la escuela *histórica* pura savigniana, ya en el sentimiento de la necesidad jurídica que pone la escuela mitigada de *Geny* y otros autores, no llegará nunca a constituir una regla firme de vida social, concreta y determinada, que produzca vínculos jurídicos entre los ciudadanos y funde derechos ciertos, coactivamente exigibles delante de los tribunales.

Después de lo expuesto, ya podemos definir con toda propiedad la costumbre jurídica, diciendo que es *un derecho legal u objetivo, no escrito, introducido por larga observancia del pueblo con algún consentimiento del legislador*.

Es la definición formulada por Suárez, y admitida generalmente por los tratadistas de Derecho eclesiástico (2) y por eminentes civilistas antiguos y modernos (3).

II.—Naturaleza de la costumbre. Examen de sus causas.

En la definición expuesta se contienen los dos elementos que constituyen la costumbre legal: el material, o sea el hecho de la uniforme y cons-

(1) *Burón y García*, Der. civ., I, n. 76; *Mendizábal*, obr. cit., n. 164.

(2) *Suárez*, De Legibus, lib. VII, c. 1., n. 4; c. XIII, n. 5; *Wernz*, Ius Decret., I., 187; *Friberg-Ruffini*, Trat. del Diritto ecc., par. 43; *Vering*, Gesch. u. Pan., par. 20.

(3) *Morató*, El Derecho civil esp.; *Burón y García*, l. c., n. 74; *Mendizábal y Martín*, Trat. de Der. nat., ed. 1921, n. 163.

tante manera de proceder la comunidad social o la mayor parte de sus miembros, y el elemento formal, o sea el derecho resultante, debido al consentimiento del legislador.

En la declaración de las sentencias acerca de la costumbre, ya indicamos lo que entonces era menester acerca de este asentimiento del legislador. Mas como se trata de la causa principal eficiente de la costumbre jurídica para que del hecho o costumbre material resulte el verdadero derecho consuetudinario, se hace necesario explicar más este punto.

Que sea preciso algún consentimiento del legislador, lo prueba evidentemente la naturaleza de la costumbre legal.

La costumbre jurídica *pro lege suscipitur* (1), sirve como de ley, tanto en el Derecho canónico como en el civil; y es, por consiguiente, norma obligatoria de la comunidad social, exigible en su cumplimiento hasta por medio de la coacción pública.

Ahora bien: ¿quién puede dar al hecho material de la observancia introducida entre los súbditos, o sea entre el pueblo, el carácter de tan urgente obligación, sino la autoridad pública, en quien reside la jurisdicción para regir la sociedad con normas obligatorias en el fuero externo?

Esta doctrina es manifiesta tratándose de las costumbres canónicas, porque en la Iglesia no tiene el pueblo ninguna autoridad que pueda elevar las observancias de hecho a la categoría de derecho (2).

Tampoco en las sociedades políticas. Pues como enseña Suárez (3) e indicamos antes, en los Estados monárquicos o aristocráticos o mixtos de aristocracia y democracia, el poder legislativo reside en pocos; no compete al pueblo por derecho actual, ni por derecho reservado en la primera constitución social, de convertir sus actos o maneras de proceder en normas públicas obligatorias de gobierno.

(1) *San Isidor. ap Grat., can. 5, D. I; Tertul., de corona militis, c. 4.*

(2) *Schulte, Die Lehre v. d. Q., p. 209.* Contradice esta doctrina aplicando al Derecho consuetudinario eclesiástico la teoría profesada por la escuela histórica; y de esta misma opinión, aplicada a la elección de los Papas por *Wahrmund*, parecía participar el Conde de *Goluchwskii*, ministro de Estado austriaco, cuando trataba de apoyarse en el hecho de la costumbre para defender en 1903, en las delegaciones de Hungría, la *exclusiva* presentada contra el Cardenal Rampolla, a nombre del Emperador de Austria, por el Cardenal Puzyna en el Cónclave en que salió elegido Pío X. El pretense derecho consuetudinario de *veto*, no contaba más que con el hecho abusivo, nunca consentido por la Iglesia, de otras injustas exclusiones. (Véase *L'Osservatore Romano*, 25 y 26 de Dic. 1903). La doctrina corriente en este punto se contiene en el canon 25 del nuevo Código de Benedicto XV: «Consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis superioris ecclesiastici unice obtinet.»

(3) *Suárez, l. c., cap. XIII, 1-5.*

Si se trata de sociedades democráticas puras, como el poder legislativo reside en el pueblo, la observancia, en cuanto costumbre social, de hecho incluye fácilmente el consentimiento del legislador, para convertirla en verdadero derecho; ya que, según se afirma en las *Pandectas*, no hay diferencia entre que el pueblo constituido democráticamente manifieste su voluntad con el sufragio en los comicios, o que la declare implícitamente en su manera social de proceder (1).

Mas, aun en este último caso, según nota muy bien Mendizábal y Martín (2), no se dará la costumbre legal por los hechos repetidos de los particulares como individuos, sin la aprobación colectiva del legislador, que es todo el pueblo.

Si se prescinde de la fuerza jurídica comunicada por alguna autoridad social, o por la ley natural o positiva, dictadas por Dios, ¿cómo puede la opinión común de los ciudadanos, y mucho menos el sentir de la mayoría, engendrar una obligación general jurídica para todos? (3).

Consta, por tanto, que la causa eficiente del elemento jurídico formal del derecho consuetudinario no puede ser otra que el consentimiento del poder legislativo.

Pero, ¿cuál ha de ser este consentimiento?

Puede ser expreso, o también tácito, según la regla del Derecho, «el que calla, otorga», cuando puede fácilmente reclamar (4).

No basta el mero silencio o tolerancia estrictamente tal, negativa, no operativa o aprobatoria, como dice Suárez, es a saber: cuando el legislador, por temer mayores males, no hace más que disimular un abuso.

Tampoco es suficiente el consentimiento meramente presunto (5), que nunca ha existido, pero que existiría si se pidiese o se advirtiese al legislador. Lo que nunca ha existido jurídicamente, no puede soltar vínculo alguno legal ni poner otro de nuevo.

El consentimiento del legislador, necesario para que la costumbre tenga vigor jurídico, puede ser meramente legal; y así suele ser, de ordinario,

(1) L. 32, D. (I, 3): «Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?»

(2) Derecho nat., n. 165.

(3) *Cathrein*, Filos. mor., I, 582.

(4) Reg. 43, Juris in VI: «Qui tacet consentire videtur.»

(5) Algunos autores, como *Santi*, in I Decret., tit. 4, n. 3, y *De Angelis*, sobre el mismo lugar, n. 10, y *Sebastianelli*, Prael. can., I, p. 49, admiten como suficiente el consentimiento presunto; pero entienden, hablando con poca propiedad, bajo esta denominación, el consentimiento antecedente, *meramente legal*, incluso en la ley que prescribe las condiciones a que ha de sujetarse la costumbre para ser válida y legítima. Cuestión de nombre.

en las costumbres de las sociedades bien constituidas. Es sentencia comunísima entre los doctores, con Suárez, según enseña Benedicto XIV en su celebérrima obra *De Synodo Dioecésana* (1).

¿Y en qué consiste el consentimiento legal que pone Suárez como suficiente y ordinario para la costumbre jurídica?

Place exponer la doctrina del Eximio Doctor en este punto, con sus clarísimas razones y sus mismas palabras, traducidas del capítulo XIII, números 5 y 6 del libro VII *De Legibus*:

«El consentimiento de la autoridad suprema (requerido, según la sentencia común de los doctores), para que la costumbre sea legal, se puede entender de dos maneras. Una la llamo personal, porque el consentimiento se da por la persona del príncipe, o consintiendo expresamente, o concediendo de antemano licencia para introducir la costumbre, o bien aprobándola consiguientemente o a la vez que se introduce, ya se haga en forma expresa, ya en modo tácito, viéndola y no poniéndole impedimento.

»Otro consentimiento hay que podemos denominar legal o jurídico, que no se da personalmente por el príncipe, sino por el mismo derecho. Ya que, si el príncipe establece como ley que la costumbre que reúna tales y cuales condiciones tenga fuerza legal, desde entonces consiente, y en particular se aplica después aquel consentimiento, en virtud de la ley dada, a costumbres semejantes cuando de hecho se introduzcan. Decimos, por consiguiente, que no es precisa la primera manera de consentimiento personal del príncipe, y que basta la segunda.

»Que sea suficiente el consentimiento personal, es claro; pero que no sea necesario, bastando el segundo, o sea el legal, se prueba, porque la ley establecida habla siempre; y no es menos eficaz la voluntad del príncipe, manifestada por la ley, que la inmediatamente expresada por sí mismo.

»De aquí se infiere que, cuando la costumbre legítimamente prescrita introduce un nuevo derecho, no se requiere el consentimiento personal del príncipe, ni que tenga especial noticia de dicha costumbre; pues aunque entonces nada sepa ni quiera expresa o tácitamente sobre el particular, se introduce eficazmente la costumbre. Esta es la doctrina común de los jurisconsultos.»

A pesar de lo expuesto por Suárez, no faltan autores, como Fagna-

(1) Lib. 13, cap. V, n. 5: Basta el *consensus legalis et iuridicus...*, quod comunissime sentiunt doctores congesti a Suárez, de *legibus* l. d. VII, cap. XIII, n. 6.

no (1), Ponce (2), Vázquez (3), Schulte (4), y los editores de *Analec-ta, J. P.* (5), que no admiten la suficiencia del consentimiento legal para las costumbres contra ley; y otros escritores, como los de *Mélanges Théologiques*, para las costumbres inductivas de nueva obligación (6).

Es verdad que algunos de estos doctores, como Fagnano, tratan de la costumbre contra ley, reprobada de antemano como corruptela, acerca de la cual no disputa Suárez en este punto.

Pero, aunque no se trata sino de costumbres razonables y legítima-mente prescritas, contrarias a la ley o fuera de la ley, los argumentos adu-cidos para desvirtuar la suficiencia del consentimiento jurídico en nada pa-recen perjudicar a la opinión del Eximio Doctor, denominada comunísima entre los autores por Benedicto XIV.

El raciocinio empleado por los contrarios se reduce a lo siguiente: Los súbditos, por una parte, con el hecho de la costumbre, no pueden por sí abrogar la ley o introducir una nueva sin aprobación del legislador; éste, por otra parte, no puede consentir *en lo que ignora*. Ahora bien; ig-nora las costumbres que sólo cuentan con el pretense consentimiento legal. Luego no consiente en modo alguno en semejantes costumbres, y, por lo mismo, no pueden prevalecer contra la ley ni introducir alguna obliga-ción nueva.

El argumento, en primer lugar, se puede retorcer, confirmando al mis-mo tiempo nuestra tesis.

En efecto; el legislador general, y, más en concreto, el Papa, según el capítulo de Bonifacio VIII, *1 de Constitutionibus in VI*, como ignora, pro-bablemente, o puede ignorar las costumbres especiales de un territorio de-terminado, al dar una ley contra lo que en ellas se observa, no las deroga si no lo dice expresamente; antes, por el contrario, siempre que sean razo-nables, las reserva, pues las reputa jurídicamente válidas aun contra ley y, por lo mismo, provistas necesariamente de algún consentimiento del le-gislador, necesario, según vimos, para toda costumbre legal. Es así, que no hay, cuando se ignora el caso, otro consentimiento que el jurídico o legal contenido en la legislación que regula las costumbres futuras. Luego bas-ta este solo consentimiento legal de Suárez, o se tiene que admitir costum-

(1) Cap. *Utrum autem*, de Cognat. sp., n. 18.

(2) De matrim., l. 6, c. 6, n. 5.

(3) Tomo II. Disput. in 1.^a, 2.^a, disp. 177, c. 2 y 3.

(4) II, 209, sg.

(5) Kath. Kircheurecht, I, 233 y 251.

(6) Serie VIII, 1392 y 1396.

bre jurídicamente válida contra ley sin ningún consentimiento del legislador; lo que es absurdo, según demostramos arriba, especialmente en el Derecho canónico.

En segundo lugar, se puede responder al argumento contrario, distinguiéndose las premisas del silogismo en que se formula.

A la mayor: El legislador no puede consentir en lo que ignora. *Distingo:* no puede consentir particular y personalmente en lo que personal y particularmente ignora; *concedo.* No puede consentir generalmente, previamente y jurídicamente, en lo que personalmente ignora en concreto, pero que conoce como razonable y legítimamente posible en general y aprueba bajo ciertos requisitos para cuando, cumplidos éstos, suceda; *niego.*

A la menor: El legislador ignora las costumbres que solamente cuentan con el consentimiento legal; *distingo.* Las ignora personal y particularmente; *concedo.* Las ignora en general, según los requisitos establecidos que pueden en ellas concurrir; *niego.*

Conclusión: Luego no consiente, en modo alguno, en semejantes costumbres. *Distingo el consiguiente:* no consiente personalmente en las costumbres particulares, particularmente ignoradas; *concedo.* No consiente previamente, jurídicamente, en las costumbres futuras a que con las condiciones requeridas se refiere la ley, que habla siempre en nombre suyo, como dice Suárez; *niego.*

Séanos permitida esta breve escaramuza dialéctica, en obsequio de la brevedad y claridad.

Por lo demás, a nosotros, para probar en ambos fueros la suficiencia del consentimiento legal en las costumbres jurídicas de cualquier clase, nos basta apelar al *Corpus Iuris*, tanto civil como canónico, y a nuestro clásico Derecho de Partida (1).

Queda además hoy día solemnemente sancionada la enseñanza tradicional, y, por tanto, sin valor alguno la opinión contraria, en virtud de los cánones 27 y 28 del Derecho eclesiástico, recientemente promulgado en el nuevo *Codex* por Benedicto XV.

De lo expuesto para declarar la naturaleza de la costumbre, aparecen manifiestamente sus diferencias esenciales de la ley, de la tradición legal y de la prescripción jurídica.

Se diferencia de la ley, porque ésta proviene de la disposición expresa del poder legislativo, suficientemente promulgada; mientras la cos-

(1) Cap. 11, X. de consuetud. (l. 4); l. 32 sgs. D. (l. 3); l. 6, tit. 11, part. 1.ª

tumbre se constituye por el uso aprobado, aun con mero consentimiento legal, del Poder público.

Se diversifica del derecho no escrito *tradicional*, porque este derecho totalmente se debe al legislador divino o humano, que lo constituyó plenamente en su primera forma, siendo la costumbre mero transmisor, no causa legal de sus disposiciones.

Aunque las costumbres jurídicas suelen decirse *legítimamente prescritas*, no se ha de confundir el Derecho consuetudinario con el de *prescripción*. Pues se diferencian esencialmente, como nota Suárez: en el *sujeto*, que en la prescripción se constituye por las personas particulares o por las sociedades en cuanto personas privadas y sujetos de dominio, mientras que en la costumbre por la comunidad formalmente considerada como tal; en el *objeto*, que en la costumbre se forma por los bienes incorporales, y en la prescripción, puede constar también de cosas corporales; en la *causa eficiente*, que en la costumbre es por precisión el consentimiento del legislador, y en la prescripción no se necesita consentimiento alguno de la persona contra la cual se prescribe; en los *efectos*, pues la prescripción disminuye el dominio de otro y la costumbre no; por último, en las *condiciones* requeridas, que en la prescripción son, entre otras, la buena fe y título, y en la costumbre ni hace falta buena fe ni título de alguna clase (1).

Y con esto cerramos la declaración de la naturaleza íntima de la costumbre en sí misma y en sus relaciones.

MIGUEL MOSTAZA.

(1) Suárez, De Legibus, lib. VII, c. I. nn. 6 y 7.

