

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

# DISCURSO

LEIDO EN LA SOLEMNE APERTURA

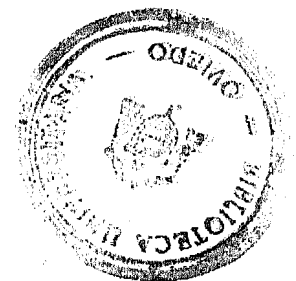
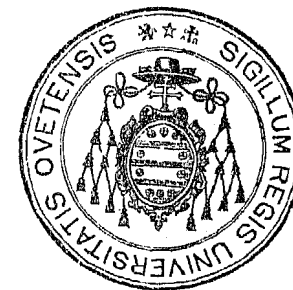
DEL

**CURSO ACADÉMICO DE 1931-32**

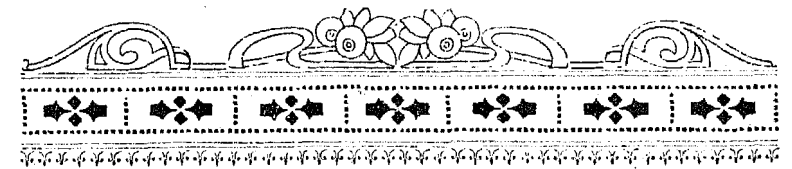
POR EL

**Dr. D. ARMANDO ALVAREZ RODRIGUEZ**

Catedrático numerario de Derecho Canónico



OVIEDO:  
Imprenta de Flórez y C.<sup>a</sup>  
1931



Ilmo. Sr.

Sres.:

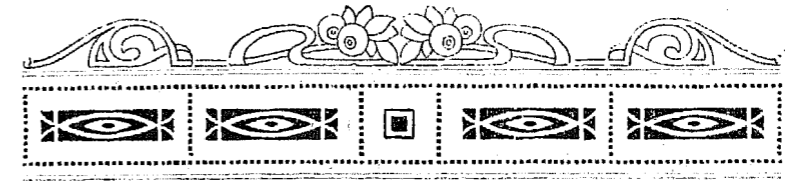
**E**n nuevo la ley nos reúne en este lugar para dar comienzo a las tareas del curso académico; y la prevención reglamentaria que impone a los profesores el deber de ocupar alternativamente esta tribuna, coloca al más humilde de los catedráticos de esta Escuela en el difícil trance de haber de dirigiros la palabra. Por ello sí el encargo que en su día hube de recibir fué para mí motivo de satisfacción tan honda como grande era el honor que recibía, mis escasos méritos hicieron vacilar mi ánimo ante el temor de no acertar a cumplir adecuadamente mi cometido. Sólo la consideración de vuestra benevolencia mitigará en algo

mis temores, pues estoy convencido de que en vosotros el saber corre parejas con la más delicada indulgencia. A ella me acojo, y en tal confianza voy a dar comienzo a mi tarea. Pero antes quiero hacer patente el honor que este Claustro ha recibido del gobierno de la República al designar a uno de sus más prestigiosos miembros para el difícil y elevado cargo de Magistrado de la Sala tercera del más alto tribunal de la Nación.

Quede compensado el sentimiento que la ausencia del Sr. Arias de Velasco ha de producir a todos al vernos privados de su asidua colaboración en la obra siempre difícil de la enseñanza superior, con la satisfacción del Claustro al considerar tanpreciado ascenso como merecida recompensa a sus innegables talentos y virtudes cívicas.

Al pensar en la elección de asunto para mi trabajo no dudé en buscarlo en la importante disciplina a la que por deber consagro mis estudios.

De la costumbre dentro del Derecho canónico voy a tratar, exponiendo algunas consideraciones acerca del modo cómo la doctrina relativa a esta fuente del Derecho se ha ido formando en la Iglesia hasta recibir su última consagración en el novísimo Código por el que se rige la sociedad cristiana.



**E**s de todos sabido que el derecho se halla constituido por una serie de normas llamadas a regir las relaciones sociales de los individuos y de los pueblos. Definen estas normas en concreto lo que es ya justo por esencia, o lo que es conveniente u oportuno, desde el punto de vista social, en una colectividad determinada y en un momento dado de su existencia. Mas el Derecho puede manifestarse bajo dos formas. Porque, o bien nace de los mismos asociados que conscientemente se someten a las reglas necesarias para la adecuada orientación de su vida, sin recurrir a fórmulas sabiamente concebidas y artística-

mente elaboradas, o bien tiene como autor a la representación, legitimamente establecida, de un poder soberano a quien compete la difícil misión del gobierno, dictando para ello las oportunas leyes. ¿Puede darse algún grado de superioridad entre estas dos clases de preceptos?

A primera vista, y juzgando sólo por las apariencias, parece la ley superior a la costumbre, hasta el punto de poder ser considerada como la forma ideal de toda legislación digna de tal nombre. En efecto; la ley se ostenta como más noble si se atiende a su origen; la autoridad suprema; al paso que la costumbre procede de la multitud. La ley aventaja a la costumbre por su mayor precisión ya que se halla contenida en fórmulas clara y expresamente imperativas, al paso que la costumbre tiene algo de difuso, originado de la vaguedad de sus fórmulas. La ley es fácilmente cognoscible y siempre puede probarse su existencia, mientras que la costumbre es cosa en ocasiones de difícil demostración. También pudiera afirmarse en pro de la ley la ventaja de llevar en sí la garantía de su eficacia, puesto que siempre la acompañan sanciones taxativas para el caso de incumplimiento, cosa que no se observa en la costumbre en la cual la sanción puede quedar a la voluntad de los jueces que la aplican.

En último término; la facilidad con que la ley puede transformarse parece hallarse más en armonía con las conveniencias sociales, que a veces exigen una radical variación en los preceptos establecidos.

Tales son, en resumen, las razones que en defensa del derecho escrito alegan los partidarios de la ley como norma exclusiva de la vida social. Y, a pesar de todo, tales argumentos no son en manera alguna concluyentes.

En efecto: esa excelencia de la ley por razón del origen es para muchos más bien aparente que real, puesto que la

autoridad del soberano, para ellos, emana del poder que reside en la colectividad, de la cual el legislador es mero representante. La ley, por otra parte, aunque más precisa en sus términos carece de la facultad de adaptarse a las múltiples circunstancias que la realidad puede ofrecer. Y aún más; esa sanción que acompaña al precepto escrito garantiza tan sólo su cumplimiento material, la ejecución literal de su contenido, y a la sociedad más interesa la práctica del derecho teniendo presente su espíritu que no la mera ejecución de lo que en el mandato del soberano se preceptúa y dispone.

Los partidarios de la excelencia de la costumbre sobre toda otra forma del derecho esfuérganse en sostener su mayor eficacia, pues o que abraza en su falta de precisión los diversos casos que pueden sobrevenir; y la dificultad que pudiera originarse para conocerla, más es aparente que real, ya que, teniendo su base en la conciencia colectiva, sabe bien el pueblo lo que a su desenvolvimiento conviene, y por ello difícil es que pierda la memoria de las normas a las cuales ha dado existencia. Ciertamente, sostienen que la costumbre parece desprovista de sanción, mas en realidad, procediendo la norma jurídica no escrita de la misma conciencia social, el interés de los propios autores de la costumbre es la más adecuada garantía de su cumplimiento. Asimismo la costumbre sobrepuja en estabilidad y flexibilidad a la ley.

En medio de estas opiniones contrarias puede afirmarse que no existe oposición irreductible entre ambas formas del precepto obligatorio, las cuales en la realidad habrán de prestarse recíproco apoyo. El legislador antes de llevar a efecto su labor debiera como auscultar la pública conciencia, pues es bien cierto que toda ley no formulada con vistas a las necesidades del pueblo para que se dicta, parece



condenada a pesar de su precisión a nacer desprovista de toda práctica eficaz,

Mas respecto a la costumbre en Derecho canónico, ¿no pudiera sostenerse que la Iglesia proscribiera toda norma consuetudinaria propiamente tal? A primera vista parece que existen razones que favorecen esta afirmación. En la sociedad cristiana toda potestad procede de lo Alto, y la costumbre, a lo menos primitivamente, de abajo procede, sale de las prácticas del pueblo, se origina de los hábitos de la comunidad y en cierto modo obedece al deseo de las multitudes de regirse por sus iniciativas propias. Asimismo, al constituirse la Iglesia como sociedad distinta de la Sinagoga, a la que estaba destinada a reemplazar, parece que debiera por sus jerarcas oponerse a toda práctica que directa o indirectamente tendiera a hacer revivir los usos rituales de los judíos y paganos. Tal oposición parece una condenación implícita de la costumbre en materia religiosa y en definitiva de la costumbre en general.

Y, no obstante la relativa exactitud de esta observación, la costumbre no dejó de ser especialmente honrada por la Iglesia. Esta, desde el momento en que pide a las almas se aparten de los cultos idolátricos y pongan límite a ciertas prácticas rituales cuyo simbolismo parecía encaminado a perpetuar en el mundo la doctrina de la Sinagoga, predica la fidelidad a las enseñanzas del Salvador. Mas al sostener que tal fidelidad debe recaer sobre el espíritu, con preferencia a la letra, viene como a diseñar la noción y el respeto venerable a todo lo tradicional. De ahí que haga de la predicación de Cristo y sus sucesores y representantes auténticos, la fuente más importante de sus dogmas, la inspiradora de sus ritos y la intérprete y custodia de su disciplina. Por ello, en cuanto las circunstancias lo consienten, una vez se instaura un imperio cristiano

proclama la Iglesia la legitimidad de toda costumbre que ha sido establecida conforme a la tradición.

¿Puede decirse que la Iglesia tiene una doctrina peculiar a cerca de la costumbre? Recorriendo la historia del Derecho canónico podemos apreciar cómo va poco a poco formándose esta, que en un principio acepta las características esenciales de la legislación romana en cuanto a la costumbre, su admisión y sus requisitos para engendrar normas obligatorias, y más tarde en armonía con los principios esenciales de su legislación acaba por imprimir a tal doctrina un carácter de originalidad, como puede apreciarse al considerar los preceptos a la costumbre destinados en el novísimo Código de Derecho Canónico.

Mas para llegar a este resultado, recorrió la legislación eclesiástica un camino que conviene señalar, siquiera sea a grandes rasgos para terminar exponiendo el concepto según se desprende de la legislación actualmente vigente en la sociedad cristiana.

En los textos de los escritores de los primeros siglos de la Iglesia puede apreciarse cierta confusión entre la tradición y la costumbre, confusión que sólo se aclara cuando las nociones se van elaborando por obra de los teólogos y canonistas. Entonces se muestra la tradición como una enseñanza y la costumbre como una práctica. La tradición aparecerá con un carácter de universalidad, al paso que la costumbre afectará muchas veces a una parte tan sólo de la sociedad religiosa, viniendo a hallarse como impregnada por ello de un tinte de particularismo. Mas esta confusión habrá de servir para apreciar la esencia de la tradición y entrever los más remotos orígenes de la costumbre, mostrando a la vez, cómo ambas nociones antes de haberse distinguido han vivido entre sí íntimamente enlazadas. Y, este hecho puede en cierta manera explicarse satisfacto-

riamente. En la Iglesia la enseñanza y la práctica no viven aisladas entre sí. La doctrina engendrará la práctica y ésta a su vez ha de contribuir a aclarar e interpretar aquella. Así podemos apreciar que en las primeras edades de la Iglesia se muestra el Salvador como el celoso guardian de las tradiciones judáicas. Cristo no sólo guarda la ley, sino las tradiciones y costumbres razonables que de ella han emanado. Caracterízase el espíritu de la intervención religiosa del Salvador en aquellas palabras del Santo Evangelio en las que dice: *No he venido a abrogar la Ley, sino a cumplirla*. Mas la Ley no es un puro texto escrito, es también una tradición oralmente transmitida. Y, ciertamente ¿qué otra cosa es la letra de la Escritura en muchos casos sino la fijación de una práctica que ya de muy atrás se halla en vigor?. Por eso se puede decir que ese respeto que Cristo manifiesta hacia la Ley no es otra cosa en definitiva que la veneración a la costumbre inmemorial de los antepasados de su raza. Viene a dar al mundo una realidad espiritual infinitamente superior a la antigua, y sin embargo el Divino Maestro nada desecha de las tradiciones del pasado. Pero el Salvador, aunque enemigo de toda discontinuidad con la tradición viene al mundo a instaurar un inmenso progreso. Y, sin embargo éste va efectuándose sin provocar un desequilibrio, su obra aparece más bien como la de quien perfecciona poco a poco y sin violencias. Mas esta perfección en definitiva es tan rica en su contenido que ha de dar vida con las nuevas costumbres a ritos e instituciones desconocidas hasta entonces.

Y, nótese de paso un hecho por demás significativo. Cristo Jesús no lleva a cabo esas mudanzas que van a ser como la sustancia del progreso definitivo que viene a asegurar para la humanidad, mediante texto alguno confiado a la escritura. Hecho a no dudarlo harto significativo. El

Legislador supremo, nada de su Ley ha dejado escrito. Los mismos Apóstoles encargados de la organización de la sociedad cristiana no promulgan sus ordenanzas valiéndose de la escritura. Su misión es la de enseñar y predicar, y por ello transmiten oralmente la doctrina, la cual llega a constituir como una práctica viviente. Los mismos Evangelios no son en definitiva una manera de codificación legislativa, sino la fijación por escrito de la catequesis oral hecha al pueblo para su conversión a Cristo. Resaltan pues dos hechos en la primitiva Iglesia: es el uno que el Salvador deliberadamente nada ha escrito, y el otro se patentiza con la consideración de que los Apóstoles no han recibido misión de escribir, haciendo sólo uso de la escritura para confirmar sus manifestaciones orales. Por eso su misión no ha sido la de verdaderos legisladores, ya que en definitiva no han redactado un Código.

Mas este hecho externo va acompañado de otro psicológico. Si el Salvador nada ha escrito habrá tenido que emplear otro medio para transmitir su pensamiento y hacer prevalecer su moral. Con conciencia plena de que la obra regeneradora de la humanidad, que por ellos se iniciaba, había de durar mientras el mundo existiese, no emplean los Apóstoles para llevarla a cabo las fórmulas escuetas de un sistema meramente legal, sino que van preparando las conciencias, a fin de llevarlas por el seguro camino de una práctica uniforme hasta llegar el momento en que pueda promulgarse una ley escrita derivada ciertamente de la continuidad de las prácticas puesta de manifiesto por la historia misma de la sociedad cristiana. En definitiva, Cristo y los Apóstoles se han hecho solidarios del siguiente principio: que normalmente y de un modo general las costumbres han de preceder a la Ley viniendo a ser ésta a lo menos en parte, la consagración de costumbres anterior-

mente existentes. Cierio es que ha de darse siempre una relación de dependencia entre la ley y la costumbre por razón de la cual si las costumbres preceden a las leyes, éstas a su vez obran sobre aquellas hasta ir alcanzando su fijeza y estabilidad. más siempre quedará como cosa subsistente este hecho históricamente cierto, y es que en los orígenes del Cristianismo la práctica precede a la teoría, la vida prepara la fórmula a la ley.

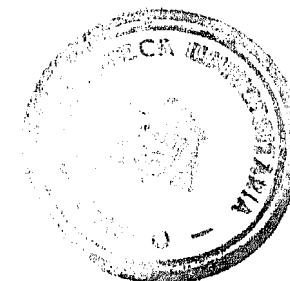
Es curioso apreciar cómo el Salvador hace de la observancia de sus preceptos, no sólo la clara señal del amor que se le profesa sino asimismo el modo eficaz de guardar en su espíritu verdadero la doctrina revelada. Según se desprende de las palabras del Salvador, contenidas en el Evangelio de San Juan, la verdad es algo que se hace, lo cual parece dar a entender que la práctica es uno de los medios de la comprensión total de la doctrina, hallándose en las obras la más adecuada manifestación de las creencias.

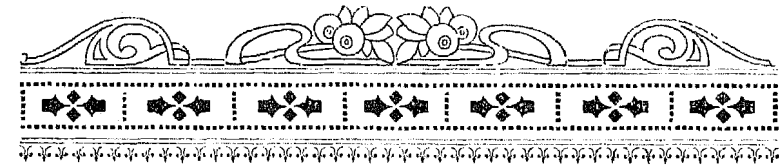
Por ello pueden sentarse las siguientes afirmaciones que corroboran las prácticas de la Iglesia en los tiempos primeros de su existencia: Si el Salvador parece haber querido confiarlo todo a la bienhechora influencia de la enseñanza oral, es porque en su pensamiento semejante enseñanza deberá influir como principio generador de las prácticas religiosas, las cuales al fin no son otra cosa que costumbres que ya han adquirido estabilidad y permanencia.

Los Apóstoles han obrado a su vez de análoga manera que su Maestro. De ello ha emanado una tradición de la cual deriva en mayor o menor grado la costumbre, cuando ésta pretende obtener la aprobación de un legislador que represente la sucesión de Cristo.

Por ello el primer siglo de la Iglesia nos suministra un testimonio de valer que las sucesivas edades habrán de

ostentar en su pleno desarrollo. Para dar firmeza a una costumbre habrá de requerirse siempre su conformidad con la práctica de la Iglesia. Lejos pues de condenar el Salvador la costumbre ha mostrado hacia ella gran aprecio, de tal suerte que puede considerarse la doctrina como el punto de partida para una serie de prácticas interpretativas del pensamiento del Divino Maestro, trasmitiendo su espíritu e instaurando su religión. De la propia e idéntica manera han venido a proceder los Apóstoles. Ellos han movido a los fieles a manifestar en lo exterior su fé, traducíendola en actos precisos concretos y socialmente organizados.





II

**C**UANDO el Siglo XII se encuentra en sus últimos lustros puede considerarse recibida en la Iglesia una opinión acerca de la costumbre, que cabe juzgar ya establecida sobre sólidos fundamentos. Pero su formación ha sido la obra lenta del tiempo. Ya Tertuliano y San Cipriano parecen en sus escritos mostrarse tan exigentes respecto a esta clase de normas constitutivas del derecho no escrito que sus ideas pudieran ser acaso consideradas como en oposición a la doctrina derivada del mismo Salvador y los Apóstoles.

San Agustín precisa cuidadosamente las condiciones



de validez de las prácticas consuetudinarias, y los escritores que le siguen vienen a reproducir con más o menos exactitud sus fórmulas, ya para condenar en unos casos la costumbre, bien para aprobarla en determinadas condiciones.

Si se exceptúan las tentativas que en el siglo VI son debidas a S. Isidoro de Sevilla, las llevadas a cabo por Nicéforo y Fócio en el IX, por Abbon en el X, Burchardo de Worms e Ivon de Chartres en el X y lo propio que Graciano en el XII para dar unidad al derecho eclesiástico, hermanando entre sí las sentencias de los Santos Padres y las decisiones de los concilios, y a la vez poniendo en parangón las soluciones propuestas por el derecho romano de un lado y de otra parte por la Iglesia, preciso es reconocer que ninguna idea nueva viene a enriquecer la doctrina desde S. Agustín hasta Graciano.

El mismo autor del Decreto no se mostró original sino al asignar a la costumbre, un origen que es en el fondo perfectamente discutible. En definitiva no ha edificado una teoría propiamente tal.

Por eso un autor francés a quien seguimos principalmente en este trabajo (1) viene a resumir la opinión dominante en esta época en materia de costumbre eclesiástica del modo siguiente: 1.º No se distinguen aún con claridad la costumbre y la tradición, apareciendo aquella más bien como un sustitutivo de ésta. 2.º Respecto al origen, en ningún autor se halla claramente expresado que la costumbre pueda emanar de la comunidad cristiana; los usos más comunmente recibidos en la Iglesia parecen haber sido introducidos en cierto modo en virtud del consentimiento ya

---

(1) Wehrlé De la contume dans le Droit canonique.

que no por la iniciativa de la autoridad, bien sea la autoridad, apostólica ya sea la episcopal. 3.º La costumbre tiene fuerza de ley, no por sí misma, sino más bien porque, o procede de los Apóstoles o porque es razonable y verdadera. Aun en esta ocasión se ostentó la costumbre como un hecho, no como un derecho definido y reconocido como tal. Al fin del siglo XII la distinción de la costumbre en conforme a la ley, fuera de la ley y contraria a ella apenas se encuentra indicada. 4.º La costumbre no tiene valor sino es conforme a las exigencias de la razón, con lo cual parece expresarse que si se halla de acuerdo con la verdad esto es con las enseñanzas de Cristo y de la Iglesia, en ese caso debe seguirse.

Pero los textos del siglo XII no precisan las condiciones que la costumbre eclesiástica debe reunir para adquirir fuerza legal. Hablan, si, de costumbre de larga duración, de costumbre aprobada, lo mismo por la autoridad, que por la práctica, mas sin fijar un plazo como requerido con carácter estrictamente obligatorio. 5.º En cuanto a la prueba no se halla texto alguno en el que se precise su necesidad, y la forma en que haya de realizarse o practicarse cuando convenga apelar al testimonio de ciertas personas. 6.º Respecto al ámbito de aplicación de la costumbre existe gran variedad, pudiendo extenderse a todos los actos de la vida del cristiano, especialmente a aquellos en que el individuo se halla en relación con la autoridad, y abarca de un modo singular lo relativo a la liturgia, oraciones y recepción de Sacramentos.

Puede por tanto consignarse que por uniforme que sea la opinión en el siglo XII respecto a la costumbre en la Iglesia, no puede decirse que se halle constituida aún una doctrina propiamente tal. Hasta el fin del siglo XII ningún maestro autorizado trató de un modo especial de la cos-

tumbre en la Iglesia. Ciertamente es que Graciano reunió en alguna de sus distinciones variados textos relativos a esta materia más estos textos vienen a reproducir opiniones privadas tan poco acordes entre sí que el Maestro de Bolonia se propuso buscar alguna fórmula que pudiera servirles de enlace.

El siglo XIII manifiesta ya una doctrina más coherente y en los siglos posteriores habrá de llegarse hasta formar una teoría sistemática acerca de esta importante materia.

La colección de Decretales mandada formar por Gregorio IX contiene una doctrina la cual en forma concreta expresa claramente el sentir de la Iglesia en materia tan importante cual es la de la costumbre. En ella se reproducen e intentan reducir a cierta unidad tanto las opiniones de los escritores eclesiásticos de los primeros siglos como las doctrinas que se desprenden de las compilaciones del Derecho romano justinianeo. Ciertamente que puede aun tildarse de incompleta, mas se halla en un estado tal de desenvolvimiento, que de la misma habrá de desprenderse antes de mucho tiempo la verdadera teoría de la costumbre en Derecho canónico.

Claro es que las Decretales, no presentan un tratado didáctico acerca de la costumbre, y que el título IV del libro 1.º está muy distante de contener las fecundas ideas diseminadas por toda la colección gregoriana, más al fin van las Decretales transmitiendo las enseñanzas tradicionales de la Iglesia, en tal forma que pueden deducirse de los hechos que la realidad va ofreciendo, y son dadas para resolver cuestiones concretas sometidas a la autoridad superior.

Puede decirse que del derecho justinianeo procede en las Decretales lo relativo a la definición de la costumbre, noción del carácter razonable que ha de ostentar, la

idea general de la prescripción, y la necesidad de un juicio contradictorio que le sirva de prueba.

Al pensamiento que domina en los doce primeros siglos, se debe el que los Papas que suscriben las diversas Decretales muestren cierta desconfianza hacia un derecho que viniendo del pueblo pudiera fácilmente desfigurar las instituciones de Cristo y de la Iglesia, pero en esa misma corriente de opinión tiene su fundamento el haber podido determinar los efectos que cabe asignar a la costumbre limitando de tal suerte su campo de acción. Por ello la costumbre no será legítima sino respeta los datos suministrados por la tradición y a la vez no vulnera los derechos infangibles de la verdad. Más una vez el legislador les ha aprobado, constituye un derecho tan firme de suyo como la misma ley. Para que la costumbre pueda abrogar esta habrá de ser no solo prescrita *sinó legitimamente* prescrita, o sea ha de ser practicada durante cuarenta años, ya que solo por este plazo de ejercicio es posible prescribir contra los derechos de la Iglesia en razón al peculiar respeto que tales derechos han de merecer.

Puede en suma afirmarse que aun sin desconocer el carácter como de transición que cabe asignar, en el respecto de la costumbre al cuerpo de Decretales gregorianas, da este mejor que la obra de Graciano un carácter de unidad a las diversas opiniones de los doce primeros siglos de la Iglesia.

Que en el fondo de las Decretales puede apreciarse una doctrina acerca de la costumbre no puede ponerse en duda si bien no puede decirse que allí exista ya una teoría completamente formada. En ella se emiten en cierto modo los fundamentos que han de servirle de base; queda, aún por realizar la labor de precisarla, erigirla en sistema verdaderamente científico y cristianizarla.



A ello habrán de aplicarse, durante el resto de la decimotercera centuria y en los siglos posteriores, los decretalistas y glosadores que son como ayudados en esta labor por los expositores de Derecho civil, y también por los teólogos y canonistas, pudiendo afirmarse que en Derecho canónico no será, por decirlo así oficialmente consagrada, hasta la publicación del novísimo Código efectuada ya en nuestros días.

El período que media entre los años 1250 y 1300 tiene indiscutible importancia para la formación de la teoría de la costumbre en Derecho canónico. No solo en esta época viene a constituirse el Derecho eclesiástico como disciplina independiente del civil, sino que es el tiempo en que los escritores llegan a tal perfección que pudiera juzgarse inesperada si se compara la labor de alguno de ellos, como Bernardo de Parma y Enrique de Suze, con la llevada a cabo por los iniciadores de la doctrina.

Del trabajo del Parmesano pudieran deducirse las siguientes conclusiones. 1.º Ninguna costumbre puede prevalecer contra el derecho natural. 2.º Si ha de ser contraria al derecho positivo deberá ser racional y legítimamente prescrita. 3.º Solo ha de considerarse razonable aquella costumbre que el derecho no reprueba. 4.º Es prescrita la costumbre observada por espacio de cuarenta años. En último término tales condiciones pueden reducirse a dos: que son las mismas expresadas por Gregorio IX en el capítulo *Quum tanto*: carácter racional y prescripción legítima. Si se añaden a estas conclusiones las manifestaciones que el mismo autor hace al comentar diversos pasajes del propio cuerpo de leyes, podrá formarse alguna idea de su doctrina. Así: declara que la transgresión de una costumbre laudable habrá de ser castigada de igual modo que la de una ley; que no pueden dar origen a normas obligatorias

las costumbres que sólo por medio de un pecado mortal pueden introducirse, sea la que fuere su duración; que puede la costumbre conferir jurisdicción, y que es la mejor intérprete de las leyes.

De tales afirmaciones puede bien colegirse cómo se pueden hallar en estos autores fundamentos para establecer una teoría de la costumbre.

Poco después de este escritor habrá el Ostiense de reunir estos fundamentos en un trabajo en el cual de tal suerte analizó y estudió la materia, que puede ser juzgado como el primer jurisconsulto que formuló una teoría completa acerca de la costumbre en Derecho canónico. Apoya la solución que dá a las cuestiones que plantea, ya en textos del derecho romano, bien en las Decretales del Papa Gregorio IX; las materias objeto de controversia son por él estudiadas con notoria discreción, y las soluciones que dá a las dificultades son por él defendidas con cierta prudente reserva. Por tal motivo así como por la razón muy digna de tenerse en cuenta de que ninguna de las cuestiones que en los siglos sucesivos han de promoverse acerca de la costumbre han dejado de entereverse por lo menos por este sabio, bien merece el dictado que sus contemporáneos le han atribuido de *Padre de los cánones, el más eminente de los doctores, la más clara luz de los decretalistas*.

En la colección de Decretales de Bonifacio VIII puede apreciarse cómo la teoría de la costumbre va edificándose en forma jurídica, cada vez mas nueva, no obstante conservarse en el fondo la misma doctrina durante todo el curso del siglo XIII.

La costumbre en este cuerpo de leyes ha de reunir, para ser legítima, las condiciones de racionalidad y prescripción; mas nótese que el legislador, al caracterizar esta

emplea una expresión más gráfica, pues que afirma ha de serlo canónicamente. De modo que, sólo en el texto se admite que el uso pueda engendrar derecho en cuanto tal práctica es canónicamente prescrita. No debe la costumbre ser ni abusiva ni opuesta a la libertad eclesiástica. Pero, adornada de las condiciones requeridas, tiene fuerza suficiente lo mismo en materia de elecciones, que en la de beneficios, que en la jurisdiccional. Un dato nos ofrece esta colección que prueba claramente cómo va poco a poco elaborándose la teoría y ejerciendo a la vez su influjo en la práctica, y es tal dato la frecuencia con que las Decretales a que nos referimos se emplea la fórmula: *non obstante quacumque contraria consuetudine*. Esta práctica pone de relieve de qué suerte la autoridad pontificia se afirma, y cómo el campo de acción de la costumbre se halla ya desde el final del siglo XIII clara y perfectamente delimitado. Por ello puede afirmarse que desde este tiempo la teoría de la costumbre ha de considerarse como algo peculiar dentro del Derecho de la Iglesia, a lo menos en sus términos generales.

En pocos años los decretistas y decretalistas, en unión con los glosadores, ayudados en su labor por teólogos y canonistas, han llegado a desentrañar del complejo agregado de tan variados textos los datos esenciales por los que la costumbre llegó a ser un verdadero derecho auténticamente consagrado y reconocido.

Claro es que aun en este periodo algunas cuestiones se plantean de un modo incompleto, mas tales lagunas habrá de llenarlas el derecho civil, complemento en este respecto del derecho de la Iglesia.

Por ello, si bien la teoría aun pudiera considerarse en parte tributaria del derecho secular, ha de juzgarse apesar de todo ya constituida desde principios del siglo XIV, a lo

menos en sus términos generales. Los seis siglos que han de transcurrir hasta la novísima codificación no harán otra cosa que cristianizarla sin hacerla no obstante mas luminosa, ni dirimir las más enconadas controversias que acerca del asunto se han ido suscitando.

Así puede observarse que el famoso comentarista Juan Andrés realiza en sus obras una labor, extensa en cantidad y a la vez original en cuanto al modo de tratar las cuestiones con la costumbre relacionadas. Y, no solo esto, sino que vislumbra las que en lo porvenir habrán de suscitarse, si se exceptua la relativa al consentimiento que ha de otorgar el soberano. Este autor viene por tanto a erigir la teoría de la costumbre en sistema sabiamente expuesto y jurídicamente estudiado. Y sin embargo, apesar de su originalidad, puede decirse que aun se ostenta tributaria de las antiguas doctrinas del derecho romano, de tal suerte que el tratado que con sus elucubraciones acerca de la costumbre pudiera formarse, más bien podría titularse exposición general de la teoría de la costumbre, que no tratado de la costumbre conforme al Derecho de la Iglesia.

Y, si bien domina su trabajo la idea de que la costumbre recibe su ser del consentimiento, no menciona como necesaria la intervención del soberano, ni aún la juzga útil para que pueda la práctica adquirir carácter obligatorio. Sigue siendo en la mente de Juan Andrés el pueblo, el árbitro de la costumbre, con lo cual claro se ve que la noción del derecho consuetudinario, como emanando de la voluntad del pueblo, viene a ser la misma del derecho romano en sus primeros tiempos.

La introducción del elemento verdaderamente cristiano debese a la labor efectuada en el siglo XV por Nicolás de Tedeschi llamado entre los canonistas el Panormitano. Ciertamente es que ya en el siglo XII, al final de la centuria, es-

pecialmente, se mencionaba, al indicar una costumbre, el Pontífice o los Papas que la habían aprobado, mas la teoría aun no había venido a asimilar esta exigencia como cosa implícita en la noción misma de la costumbre.

Las enseñanzas del Panormitano pudieran condensarse en las siguientes afirmaciones: 1.<sup>a</sup> La costumbre constituye un derecho con idéntica fuerza que la ley; aquel que tiene la misión de juzgar debe tener en cuenta lo mismo que la ley, la costumbre. 2.<sup>a</sup> Puede ésta modificar el derecho natural, pero sólo en cuanto a sus aplicaciones. 3.<sup>a</sup> Al juez toca apreciar si la costumbre es o no razonable, debiendo para ello apoyar su juicio en la finalidad a que la misma tiende, así como las bases en que la misma se apoya. 4.<sup>a</sup> Nada se opone a que una costumbre contraria al derecho pueda ser razonable. 5.<sup>a</sup> La prescripción que se requiere para que una costumbre se entienda originada no tiene el mismo alcance que cuando se trata de adquisición de bienes o derechos de particulares. 6.<sup>a</sup> Si en algún caso la ley civil no exige la prescripción para entenderse originada una costumbre, es eso debido a que en lo secular descansa en el consentimiento del pueblo que tiene el poder de crear el derecho. 7.<sup>a</sup> Si por el contrario la ley canónica exige la prescripción, el motivo de ello es porque el canon eclesiástico debe ser prescrito antes de que la costumbre que a él se opone sea introducida. Y, la razón es: porque en Derecho canónico la costumbre origina toda su fuerza no solo del consentimiento tácito de los eclesiásticos, sino de la autoridad del Papa, que permite sea introducida una costumbre contraria a los Sagrados cánones. 8.<sup>a</sup> Sin embargo el consentimiento tácito del pueblo es la causa eficiente de la costumbre. 9.<sup>a</sup> No es requisito esencial que el legislador y en este caso el Papa haya de dar su consentimiento expreso para que una costumbre adquiera

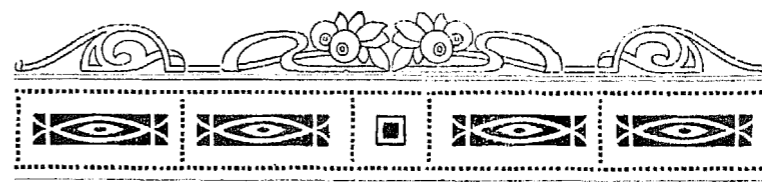
ra fuerza jurídica. 10 Una costumbre fuera de ley requiere para prescribir diez años, mas si es contraria al derecho serán necesarios cuarenta. 11 No se requiere ni es posible haya de exigirse juicio contradictorio para considerar como existente una costumbre dada. 12 En principio no es suficiente un solo acto para que la costumbre haya de juzgarse introducida, aún en el caso de ser ese acto cosa notoria; se precisa repetición de actos con la suficiente publicidad, para que el consentimiento tácito del pueblo sea claramente manifiesto. 13 Difieren entre si la costumbre y la prescripción en que la primera se establece en provecho de todos, al paso que la segunda sólo favorece a uno, además de que la prescripción requiere en la mayor parte de los casos la existencia de un justo título. 14. Una ley que condena costumbres contrarias no puede anular por completo las futuras, pues estas muy bien pueden nacer apoyadas en nuevas razones cuya fuerza y legitimidad den vida jurídica al nuevo precepto no escrito.

No obstante la semejanza que esta doctrina mantiene con la teoría sustentada por los maestros de Derecho canónico de la anterior centuria, puede apreciarse en ella un evidente progreso debido a la profunda ciencia y espíritu cristiano del Abad Panormitano. Este ha ido separándose del excesivo influjo del derecho secular, y al recurrir más a las Decretales que a los textos del derecho justiniano, se ostenta más original que sus predecesores. Sirva para confirmarlo así el hecho de ver mencionada en tales escritos, por vez primera; la necesidad de la intervención del Romano Pontífice como elemento decisivo en la formación de la costumbre contraria al derecho.

La Iglesia puede decirse que para lo sucesivo ha de ser dueña de su derecho; tiene ya su teoría sobre la compleja materia de la costumbre y con Tedeschis puede conside-

rarse iniciado el movimiento que habrá de llegar a la completa canonización de la doctrina de la costumbre.

No es pues aventurado asegurar que en el siglo XV, la teoría de la costumbre se ha hecho autónoma, recibiendo en las posteriores centurias confirmación y afianzamiento.



III

**N**o ofrece el siglo XVI entre sus canonistas y juristas de primer orden; ningún escritor que esclarezca de un modo especial el punto concreto de la costumbre canónica. Ofrece, sí, como dignas de atención las decisiones de varios concilios particulares que atendieron a combatir las doctrinas propugnadas por el naciente protestantismo.

Los partidarios de las nuevas ideas solo reconocían como fuente de dogmas la Sagrada Escritura, abandonada en lo relativo a su interpretación a la inspiración privada de cada uno de los fieles. Pues bien; en tales circunstancias la Iglesia recomienda e inculca a sus hijos

consideren que es la Tradición y no sólo la Escritura la fuente por la cual llega hasta nosotros la verdad revelada. Mas, como la tradición y la costumbre guardan entre sí estrechas conexiones, los Papas al predicar el respeto a las tradiciones vienen a la vez a fomentar la aceptación de las costumbres, cuando estas reúnan los requisitos que la autoridad eclesiástica ha ido estableciendo.

Tan gran número de ordenanzas sinodales dan bien claramente a entender la lucha que la Iglesia ha tenido que empeñar con el fin de sostener, contra las ideas de los pretendidos reformadores, el respeto a la tradición y a la vez la obsequiosa deferencia a las prácticas y costumbres legítimas. Aun en tales ordenanzas conciliares se ve poco clara la distinción existente entre tradiciones y costumbres, mas la razón de esta confusión pudiera hallarse en el hecho de que aun la doctrina no había establecido con carácter fijo que el consentimiento del superior es cosa indispensable para otorgar valor jurídico a la costumbre, y por ello los obispos, reunidos en las asambleas a que nos referimos, se valen de las locuciones usuales en aquel tiempo para sostener como invariable el siguiente principio: que la costumbre sólo puede adquirir carta de naturaleza en la Iglesia, a condición de no discrepar de las enseñanzas de Cristo y de sus representantes o legítimos sucesores.

Mas la que pudiera llamarse cristianización definitiva de la teoría de la costumbre en la Iglesia se opera durante el siglo XVII por obra de diferentes autores entre los que ocupa eminente lugar el teólogo y jurista de la compañía de Jesús, Francisco Suárez.

Este insigne maestro, en su tratado «De legibus et de Deo legislatore» consagra uno de los libros del mismo, el séptimo, al derecho o ley no escrita que tiene por nombre costumbre. Aunque en su libro habla el autor más bien

como teólogo, y en tal concepto estudia la costumbre, en general y no en relación tan sólo con la Iglesia y su derecho, sus enseñanzas permiten formar una idea exacta de lo que era la teoría de la costumbre en el siglo XVII.

Divide su libro en cuatro partes que versan acerca de la noción y especies de costumbre; condiciones y causas de la misma, efectos de ella, y su modo de abrogación.

Distingue con toda claridad el filósofo español entre la costumbre de hecho y la de derecho, considerando a esta como la propia causa de normas obligatorias.

Al proponer las diversas especies de costumbre, atendiendo a distintos criterios para su clasificación y tratando en especial de la costumbre en relación con la ley, plantea la cuestión relativa al punto concreto de la existencia de costumbres *secundum legem*, inclinándose el autor a la solución negativa, pues según él, tales prácticas no crean derecho viniendo a ser meras costumbres de hecho, pues en definitiva su radio de acción se limita a extender el alcance inmediato de la ley por ampliación de sus términos, mas no originan preceptos de suyo nuevos y con existencia aparte del estatuto legal, lo cual sólo ocurre con las formas consuetudinarias *fuera* de la ley y *contra* lo que en la misma se dispone.

Al desarrollar el eximio doctor las condiciones que según él ha de reunir la costumbre examina con detenimiento el carácter de racionalidad que debe ostentar, y basándose en la opinión de otro insigne jurista español, Navarro (Azpilcueta), afirma ser razonable aquella costumbre que ni directa ni indirectamente se opone a la ley natural ni a la divina. Pero Suárez sin dejar de reconocer que el escritor español está en lo cierto al hacer tal afirmación, funda la razonabilidad de la costumbre en la equiparación que ha de darse a ésta con la ley, pues, del propio modo que ella,



la costumbre ha de ser justa, honesta posible y desde luego no contraria al derecho natural ni al derecho divino positivo.

No basta según él para que la norma consuetudinaria haya de considerarse como existente el carácter razonable de su contenido, sino que a la vez se requiere que sea legítimamente prescrita.

No rehusa el maestro considerar como válidas costumbres en las cuales no se haya dado la prescripción con los caracteres ordinarios que en relación con la costumbre ha de revestir, pues según él pueden existir costumbres jurídicamente valederas sin que intervenga la prescripción. Sepárase en esto Suárez de sus predecesores y, siguiendo al Panormitano en este punto, declara que puede una costumbre adquirir eficacia sin ser prescrita cuando reúna las dos condiciones siguientes: que sea *praeter jus*, y a la vez que sea conocida del soberano y tolerada por él. Por que entonces, de ese consentimiento de la autoridad saca aquélla toda su fuerza obligatoria. Fuera de este caso preciso, toda costumbre contra ley exige, a más de frecuencia de actos, una cierta duración para llegar a convertirse de costumbre de hecho en costumbre jurídica propiamente tal.

Al tratar del tiempo necesario para esta prescripción, desechando la opinión según la cual debe quedar al juicio de hombres prudentes el determinar en cada caso la duración que cabe asignar a una práctica para que adquiera fuerza jurídica, sostiene que debe establecerse un período mínimo de diez años para que una costumbre comience a tener eficacia.

Mas, donde Suárez se ostenta con mayor lógica, y a la vez con más marcada ortodoxia que su predecesor el Panormitano, es al tratar de la causa eficiente de la costumbre. El filósofo español hace del consentimiento del

soberano la fuente principal o la causa eficiente de la costumbre, hasta tal punto que los demás elementos que contribuyen a formar esta causa vienen a desempeñar en la producción de la costumbre un papel secundario.

Para el eximio maestro la causa eficiente de la costumbre tiene una doble manifestación. El pueblo constituye la causa eficiente *próxima* de todo derecho consuetudinario, mas el Superior es indudablemente la causa eficiente *primaria*.

Ambas a dos estudia separadamente, pudiendo en resumen condensarse sus afirmaciones de la siguiente manera:

Tres elementos deben ser sucesivamente considerados en la causa eficiente próxima de la costumbre. Es el primero la persona que la práctica; ésta sólo puede ser una comunidad perfecta; o sea una colectividad con aptitud para ejercer la potestad legislativa, o a lo menos para poder ser objeto ó término de una ley, propiamente tal, y no de un mero precepto. En segundo lugar es preciso tener en cuenta la obra exterior, o sea la frecuencia de actos, los cuales habrán de realizarse públicamente, y ser ejecutados con intención; mas no se requiere un número dado de actos, siendo suficiente su repetición o frecuencia.

Como tercer elemento requiere el filósofo español la voluntad interior o sea el consentimiento en los actos que han de ser constitutivos de la costumbre, con lo cual se quiere indudablemente significar, que tales actos han de ser conscientes, efectuados sin error, ni bajo el imperio de la violencia, con lo cual claramente se da a entender que ese consentimiento constituye un elemento de la mayor importancia en la introducción o nacimiento del derecho consuetudinario.

Mas el consentimiento del pueblo no es de suyo sufi-



ciente para considerar ya introducida en la Iglesia una costumbre eficaz. Requiere en sentir del filósofo español el consentimiento del soberano. Sin él la costumbre sería sólo de hecho, no jurídica. Para justificar su aserto establece el autor un paralelo entre el consentimiento del pueblo y el del soberano, atribuyendo a este el papel preponderante en la generación de la norma consuetudinaria. Para fundamentar su doctrina hace un análisis de las diversas formas de gobierno, república, monarquía templada y monarquía absoluta, y en ellas ve siempre como necesaria la intervención de la autoridad superior para que la costumbre adquiriera carácter obligatorio. Y, lo que él establece aludiendo a las formas de gobierno en el orden temporal, lo aplica de un modo cierto a la Iglesia en la cual la potestad, viene directamente de Cristo y solo se ejerce por el Romano Pontífice o por los obispos en comunión con la Sede Apostólica. Mas ¿cuál será el consentimiento necesario? Distingue a este respecto dos formas distintas de consentimiento como posibles en el supremo gobernante: el personal y el legal. Cuando el soberano consiente de un modo personal la introducción de una costumbre, puede hacerlo de tres distintos modos: o bien lo hace en términos expresos, u otorga el consentimiento para introducirla antes que la costumbre se origine o a lo menos en el momento de su introducción, o posteriormente a ese hecho la aprueba ya expresa, ya tácitamente, si conociéndola en este último caso no la desecha.

Es consentimiento legal o jurídico aquel que el soberano presta mediante el derecho mismo. Tal ocurre cuando declara en una ley que la costumbre en que concurren determinados requisitos habrá de ser tenida como jurídicamente eficaz. Desde ese momento viene a otorgar su consentimiento a las costumbres que reúnan las condiciones

dadas, y en razón al mismo viene la costumbre a adquirir su valor.

Sostiene Suárez que el consentimiento personal no siempre se requiere, y por ello puede afirmarse que a lo menos el llamado legal no puede faltar cuando de introducir costumbre se trata, ya que la voluntad del soberano no deja de tener eficacia cuando se muestra por medio de una ley con tanto imperio, como cuando se ostenta por medio de una orden o precepto singular.

Tal ley es justificada por el autor por la razón de la imposibilidad en que se halla el soberano de conocer todas las costumbres, y a la vez por la conveniencia de que sean tales prácticas observadas, por ser razonables y conducentes al bien de la comunidad.

Aún en el caso de que la costumbre hubiera de establecer nuevo derecho, no se requiere a juicio de Suárez el conocimiento del legislador pues el título de las Decretales pertinente al caso no distingue las situaciones. Y razona su afirmación en la siguiente forma: igual es la potestad que se requiere para introducir nuevo derecho que para abrogarlo, y si fuera necesario algún conocimiento por parte del soberano, más lógico fuera exigirlo en el caso de destruir una ley (cosa que no admiten los comentaristas a los que en este caso combate), ya que es lógico apreciar mayor antagonismo entre un precepto legal y la costumbre que destruye su eficacia, que no entre la norma escrita y la consuetudinaria que resuelve situaciones a las que la generalidad de los términos de la ley parece no referirse. Cosa distinta ha de ocurrir, según Suárez en el caso de que la costumbre no haya sido prescrita, pues en tal contingencia parece deber exigirse el consentimiento personal, por lo menos tácito, y por tanto el superior habrá de tener algún conocimiento de la costumbre. Porque el consentimiento le-

gal tan solo da vida a la norma consuetudinaria a condición de que esta norma se halle prescrita, y por tanto en el caso de no existir prescripción, indispensablemente habrá de intervenir el soberano, ya consintiendo expresamente o a lo menos teniendo noticia de que se han puesto los hechos que han de determinar la existencia de la norma consuetudinaria.

Por lo que ha sido tan someramente indicado puede apreciarse de qué modo razona nuestro eminente compatriota, el cual no obstante ser ante todo teólogo, puede ser calificado como el que mejor ha disertado acerca de la teoría de la costumbre en derecho eclesiástico y el que, enlazando las exigencias del derecho con los cánones sagrados, puntualizó con toda exactitud cómo la costumbre sólo ha de recibir su verdadero carácter obligatorio del consentimiento del Papa y los obispos.

¿Quiere esto decir que el pueblo no desempeña papel alguno en la introducción de la costumbre? No, de ninguna manera. Interviene, ciertamente, y su intervención no es de la menor importancia. Bien está, advierte Suárez en un pasaje de su obra, que se reconozca la necesidad del consentimiento del Soberano, mas éste presupone la intervención del pueblo, puesto que en la intervención de éste viene la costumbre en cierta manera a tener origen, ya que en el derecho consuetudinario el pueblo es quien toma la iniciativa, mas en la forma en que ello es posible, o sea queriendo introducir el precepto o impetrando tácitamente el consentimiento de la autoridad soberana.

En otro lugar de su obra expresa claramente el autor el mismo pensamiento al afirmar que si bien la voluntad del príncipe es el elemento principal, cuando de la costumbre se trata, más depende si se quiere del pueblo, ya que en este caso es el soberano quien por decirlo así se ac-

moda a esa voluntad, ya obrando cual si concediera su venia para que la costumbre se forme, bien confirmando o aprobando la práctica que el pueblo ha querido establecer.

Claramente se descubre por lo expuesto cuál es el pensamiento del teólogo español. Para él el elemento que otorga al derecho consuetudinario su fuerza jurídica es esencialmente el consentimiento del soberano. Si el del pueblo es exigido, sólo puede decirse que lo es con el fin de presentar la materia del precepto, que luego el legislador habrá de robustecer con su potestad. El soberano es en definitiva quien constituye la causa eficiente de la costumbre.

Por lo hasta aquí expuesto, y prescindiendo, por no molestar vuestra benévola atención de otros detalles respecto a la materia en que sigue el maestro Suárez exponiendo la doctrina con idéntica lucidez, como resumen del tratado de la costumbre puede afirmarse que domina en todo él, una idea y es la de ser necesario el consentimiento del soberano para que la costumbre adquiriera su propio valor de norma de derecho, ya que sin la intervención de la autoridad suprema no pasará de un mero hecho, sin engendrar obligación social alguna.

Tal exigencia puede decirse que es la noción más puesta de relieve por Suárez en todo su trabajo. Mas no es ello sólo lo que merece llamar la atención del estudioso. Así al dilucidar la noción de la costumbre, al distinguir entre la costumbre de hecho y la de derecho permite definir con claridad lo que es propiamente el derecho consuetudinario. El mismo nombre ya es por él empleado de un modo fijo al hablar de la costumbre como norma jurídica. Antes de Suárez los escritores habían hablado de costumbres eclesiásticas, nuestro compatriota establece

ya que, del propio modo que existe un derecho consuetudinario secular o civil, dase también un derecho eclesiástico consuetudinario. No admite en cambio entre las diversas clases de costumbre la *secundum legem*, la cual para él es mas bien una norma que de la misma ley emana siendo como su propio desarrollo o complemento.

En lo relativo a las condiciones que según Suárez deben acompañar a la costumbre para darle eficacia jurídica, da el filósofo español la preferencia al carácter racional de la práctica en que ha de consistir, cualidad que según él es esencial, lo cuál a su juicio no ocurre con la prescripción. Para nuestro autor no es óbice a la generación de la costumbre que en ella no intervenga el transcurso del tiempo. Basta para él que un hombre prudente pueda declarar que el soberano ha dado a sabiendas su consentimiento personal a una práctica razonable. Tal práctica en este caso adquiere fuerza jurídica, prescindiendo del transcurso del tiempo.

En lo concerniente a la abrogación de la costumbre aparece Suárez como el primer teorizante acerca de esta cuestión, especialmente en dos puntos: es uno de ellos aquel en que establece que no puede haber ley humana que prohíba la introducción de costumbre nueva contraria a lo que se estatuye en tal norma escrita, porque nada puede impedir que en lo sucesivo se presenten nuevas y diversas condiciones, en cuyo caso la observancia juzgada actualmente como no razonable puede en tiempo futuro ser cosa moral y jurídicamente posible.

Asimismo es Suárez el primero que ha declarado que la costumbre que aboga, otra ya existente debiera contar con una práctica por lo menos de cuarenta años para producir en derecho canónico su efecto, venciendo de esta suerte a la práctica jurídica que le sea contraria.

Que la obra de Suárez señala un verdadero progreso en la doctrina relativa a la costumbre canónica puede claramente colegirse de el hecho de que nuestro compatriota ha sido el primero; según un moderno autor, (1) que llegó a asimilar de un modo completo los principios que rigen la costumbre y los que han presidido al nacimiento de la misma dentro de la Iglesia católica.

Descansa esta en la autoridad de Pedro y sus sucesores; de Cristo ha procedido toda la potestad, más al pueblo toca cumplir los preceptos de sus jefes. Del modo como el pueblo practica las ordenanzas de sus superiores, deben tener conocimiento el Papa y los obispos para establecer en consecuencia normas obligatorias.

Por ello puede afirmarse en definitiva, que Suárez ha sido el escritor que cristianizó si es posible hablar así, la teoría romano-canónica de la costumbre esbozada ya en los escritores de derecho canónico que florecieron en el siglo XIV de la Iglesia, no siendo aventurado sostener que Suárez es autoridad tan indiscutible en la materia, que su obra basta para hacer del siglo XVII una época memorable en la historia de la doctrina de la costumbre en el Derecho de la Iglesia.

A partir de este tiempo puede afirmarse ya, que existe entre los trabajos relativos a materia teológico-canónica uno a modo de tratado de la costumbre, que presenta a esta con caracteres claramente definidos. En él se estudia la costumbre bajo todos sus aspectos y con la finalidad de hacer la doctrina compatible en absoluto con las exigencias de la más pura ortodoxia.

Los teólogos y canonistas de los siglos XVIII y XIX,

(1) Wehrle: De la contume en Droit canonique.



habrán de dedicar su actividad a comentar la doctrina de Suárez, discutirán algunas de las soluciones del eximio maestro, pero aunque han de introducirse ciertas distinciones para dirimir algunas célebres controversias, en definitiva puede decirse que nada han añadido que pueda calificarse de sustancial, a la elaboración sistemática que la doctrina debe al insigne teólogo de la Compañía de Jesús.

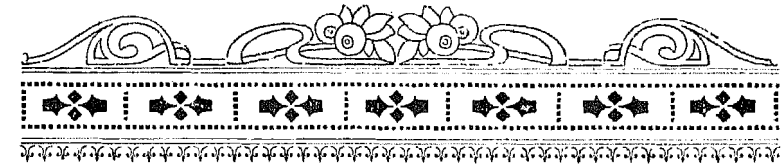
Durante el siglo XVIII, puede afirmarse en resumen, que en el primer cuarto del siglo es la costumbre favorablemente juzgada por canonistas de tanta notoriedad como Schmalzgrueber y Reiffeustuel, pues ambos exigen tan solo diez años para introducir con carácter obligatorio una práctica contraria a la ley. Mas Reiffeustuel, declara sin atenuación alguna ser el pueblo la causa eficiente de la costumbre. Por ello cabe sostener, que los canonistas de esta centuria no se concretan a reproducir la doctrina corriente en el siglo anterior, respecto al derecho consuetudinario eclesiástico. Parece a juicio de un notable escritor, cual si el naturalismo que entonces dominaba en los que se juzgaban *spiritus selectos*, ejerciera su influjo en el ánimo de los escritores de *re ecclesiástica*, hasta llegar estos a ampliar las condiciones exigibles a la costumbre; más tal influencia se sostuvo en vigor escaso tiempo, ya que en el siglo XIX, viene a notarse una a modo de regresión a la doctrina de Suárez que puede ser considerada como clásica en lo relativo a la costumbre en derecho canónico.

Y, tan cierto es esto que el tan estudiado canonista Bonix en su tratado *de principis juris*, puede decirse que expone la doctrina de la costumbre, dominando en su libro un solo principio que el autor juzga sobre manera esencial; es este que en la Iglesia para que la costumbre sea origen de normas obligatorias, requiere indispensablemente la aquiescencia del legislador.

Tan indispensable es el consentimiento del soberano, que de él emana la fuerza jurídica de la costumbre. Y para hacer patente en qué circunstancias puede considerarse que es manifiesto que tal consentimiento ha intervenido distingue Bonix dos casos: aquel en que el soberano tiene como si digéramos la mayor suma de facilidades para oponerse a una práctica contraria a la ley, de aquel en que carece de tal posibilidad. Despliega este autor todo su talento e ingenio de tal suerte que al desarrollar la distinción se puede fácilmente conocer en qué casos el silencio del Papa puede ser considerado como señal de que acepta sin reservas como constituida la costumbre.

En otro punto, también, Bonix reproduce claramente el pensamiento de la Iglesia. Es este el relativo a la afirmación que hace de que el pueblo tiene parte efectiva, si bien secundaria en la formación de la costumbre, pues al fin la práctica de la comunidad viene a proporcionar la materia que ha de constituir el derecho consuetudinario.





## IV

**C**omo síntesis de lo que los autores han escrito acerca de la materia, puede afirmarse que lentamente, y con gran sabiduría, ha llegado la Iglesia a formular su doctrina respecto a la costumbre como fuente de derecho.

En los doce primeros siglos su labor es la de un juez que se pronuncia en pro de la validez o nulidad de costumbres que dentro de su seno se van formando. Basándose en la asistencia que el Espíritu Santo le otorga, va separando con sabiduría aquellas prácticas susceptibles de ser cristianizadas por favorecer el desenvolvimiento del dogma y la propagación de su moral, y el

progreso de su disciplina, de aquellas que eran apropósito para inducir a error, fomentar la inmoralidad, o romper la unidad misma. De esta suerte ha ido estableciendo una doctrina que si bien puede decirse que se halla en germen desde sus comienzos, convenia formular con lentitud y a medida de la circunstancias. Asimismo, supo la Iglesia deducir de los hechos la enseñanza que encerraban, y desde el siglo XII puede decirse que va delineándose su doctrina sobre la costumbre, sin preocuparse en esos primeros tiempos de armonizarla con los principios del derecho romano, únicos en vigor en aquellas edades.

Los Pontífices han ido declarando progresivamente las condiciones conforme a las cuales una práctica puede ser recibida como norma obligatoria en la Iglesia, y de esta suerte es cómo las Decretales de los siglos XII y XIII fueron sentando los principios que habian de servir de base a la formación de la doctrina canónica de la costumbre.

Gregorio IX pudo ya resumir tal doctrina en una fórmula que, expresando por completo la verdadera tradición de la Iglesia, venia en parte a reproducir una sentencia del Emperador Constantino.

Desde el siglo XIII para que la costumbre pueda equipararse al derecho escrito, se requiere que sea a la vez razonable y legítimamente prescrita, o sea en definitiva: aprobada por los pastores de la Iglesia, y dotada de suficiente antigüedad, para tener en la práctica una a modo de garantía de su congruencia con los principios esenciales del Cristianismo. Desde entonces puede ya considerarse constituida formalmente la doctrina de la Iglesia, a lo menos en sus términos primarios. Más era necesario completarla, y para ello van apareciendo los juristas que con el fin de apoyar sus afirmaciones en argumentos sólidos, realizan su labor con evidente decisión y notoria compe-

tencia. Pero la doctrina, en el fondo, era aún más profana que cristiana, más en armonía con los fundamentos suministrados por la legislación romana, que con los principios jurídicos de la eclesiástica, y por ello fué necesario la labor de cristianización, si puede hablarse así, de la teoría. Al Abad Panormitano corresponde en el siglo XIV el mérito de haber iniciado este trabajo, que llega a su complemento por obra de nuestro insigne compatriota el eximio Suárez. En la obra de Suárez tiene sin embargo su origen una discrepancia teórica de la doctrina común en los comentaristas del Derecho de Decretales. Para él la prescripción no es de esencia de la costumbre, como lo era para el Papa Gregorio IX.

Los escritores de derecho canónico que siguen más o menos de cerca las huellas de Suárez, extienden la teoría del teólogo español y no tienen reparo en sostener que la prescripción es menos esencial que la racionalidad para la noción de la costumbre. Parecía natural que estas discrepancias entre la teoría de los doctos y la doctrina sentada por los Pontífices hubieran de ser objeto de alguna labor que tendiera a suprimirlas, y sin embargo no ha sido de esa suerte. Muchos escritores del siglo XIX tendieron más bien a fundamentar la costumbre en el consentimiento del soberano, de tal suerte que llegan a rechazar la idea de que en algún caso pudiera originarse una costumbre que fuese contraria a una ley que prohibiese su introducción. Mas aún; llegaron en cierto modo a desconocer el rigor de la segunda condición impuesta por Gregorio IX en el hecho de fijar en diez el número de años necesario para que pudiera ésta prescribirse, y aún señalaban ocasiones en que bastaba para engendrar costumbre el trascurso de menor plazo de tiempo.

Al promulgarse el *coadex juris canonici*, puede decirse

que sus autores, después de examinar la doctrina de la Iglesia, esbozada ya en el siglo XIII, en nuestros días la formulan ya de un modo claro, si bien compendioso. Así en él se precisan las condiciones necesarias para que el uso pueda engendrar obligación jurídica, y se declara en él tan necesario como la racionalidad de aquel, el ejercicio continuado durante un período que la ley fija de un modo uniforme, al establecer el plazo de cuarenta años completos y continuados para que la costumbre pueda ser juzgada como establecida.

Mas no vaya a creerse que la doctrina sentada por el Código lo ha sido de un modo absolutamente invariable, pues el legislador, en el hecho de no condenar la costumbre, elude el hacer declaraciones ni aún implícitas sobre multitud de puntos que deja a la libre discusión de los canonistas.

Por ello son palabras muy puestas en razón las que un autor (1) escribe al aseverar que la Iglesia ha quedado fiel a sus tradiciones primitivas, sin dejar a la vez de revelar su poderosa facultad de asimilación, al adoptar, para cristianizarlos, elementos que alguien a primera vista pudiera juzgar como extraños a su doctrina. De aquí que no pueda menos de encarecerse su sabiduría, al observar cómo deja a sus súbditos, la libertad de iniciativa en sus prácticas, mas siempre sometidas a la vigilancia de la autoridad soberana.

Veamos ahora, todo lo someramente que las circunstancias exigen, cómo el Código regula la materia de costumbre como origen de normas jurídicas en la Iglesia católica.

No define el legislador la costumbre, y, si bien pudiera

(1) Werthe, ob cit.

juzgarse como recibida la clásica definición que Graciano incluye en su Decreto (c. 5 dist 1.<sup>a</sup> Consuetudo) no es admitida en toda la expresión de sus palabras, pues hoy la costumbre no se limita a llenar los vacíos que la ley pueda ofrecer, sino que en ciertas condiciones puede dejar sin efecto el precepto emanado del legislador.

Aunque este no dedica precepto expreso a enumerar las especies de costumbre, consagra la división en tres formas universalmente recibida, según de los cánones se desprende, pues el 27 habla expresamente de la costumbre contra ley, como el 28 consagra la costumbre *praeter legem* y el 29 la conforme a la ley, al declarar la costumbre como la mejor intérprete del derecho escrito. Notemos de paso que queda aquí sujeta a discusión entre los doctos la cuestión ya en su día planteada por Suárez, respecto a si la costumbre *secundum legem* es origen, verdadera y propiamente de nuevo derecho.

Respecto a las condiciones que la costumbre debe reunir para constituir derecho, cuatro cuestiones viene a plantear el Codex y a todas ellas aporta soluciones de verdadera importancia.

Es la primera la relativa a las condiciones que debe reunir el uso o la práctica para engendrar costumbre. Menciona el Codex a este respecto dos: la costumbre fuera de ley y la contraria a la ley, para que sean generadoras de obligación, habrán de ser *razonables* y *legítimamente prescritas*. Nada dice el legislador acerca de las condiciones de validez de la costumbre conforme a la ley, y ciertamente que este silencio pueda considerarse como voluntario, pues al comparar al canon 20 que es el de referencia, con el 28 que enumera las condiciones en general de la costumbre contra ley, y con el 27 que propone las de la costumbre *praeter legem*, puede deducirse que las costum-



bres según ley, no exigen condición especial para adquirir carácter obligatorio. Trátase de una extensión de la ley a la cual interpreta, y desde ese momento es razonable, como la ley en que se inspira, y además no necesita ser prescrita, ya que su autoridad de la ley viene. Cuestión es esta sin embargo que queda confiada a la perspicacia de los canonistas.

En cuanto a proclamar la necesidad de que la práctica generadora de la costumbre haya de ser razonable, el Código lo mismo que en su tiempo Gregorio IX, lo expresa claramente, si bien con expresión negativa, en dos lugares distintos del mismo cuerpo legal.

En el canon 5, que versa acerca de las costumbres contrarias al Código, distingue el legislador entre las expresamente reprobadas en este, y las que no lo son en sus cánones con toda firmeza, declarando las primeras susceptibles de ser corregidas como corruptoras del derecho, aún siendo inmemoriales; y que para lo sucesivo debe procurarse no se introduzcan. En esa frase, *costumbres reprobadas expresamente por el derecho*, parece contenerse el principio de donde habrá de derivarse el carácter irracional de la costumbre. Y, en efecto: así lo declara el canon 27 p. 2.º.

Varias observaciones sugiere a un autor esta manifestación legal: es la primera que parece que los legisladores han seguido en este pasaje a Botono y al Mostiense de cuyas expresiones pudiera deducirse ser uso razonable toda práctica que el derecho no reprueba; y tal parece ser lo que el legislador ha querido significar. En segundo término ¿que motivo habrá determinado al legislador a seguir a esos clásicos comentaristas al señalar la práctica conforme a razón, expresando cual es la que ha de ser considerada como irracional? Parece ser la contestación a

esta pregunta la sencilla observación de que existen o pueden existir costumbres que el derecho no aprueba y pueden ser sin embargo racionales, al paso que una reprobación expresa del legislador coloca al uso en la línea, de lo no conforme a la razón.

Asimismo el carácter negativo de la expresión legal, deja margen a una serie de discusiones que pueden arrojar luz acerca del carácter racional o irracional de la costumbre. Por eso sería a todas luces inexacto el pretender que esta definición negativa autorizase a sostener que sólo el uso aprobado expresamente por el legislador, hubiera de ser juzgado razonable, pues muchos usos, no reprobados de un modo expreso por él, pueden llegar a serlo.

Otra observación sugiere lo poco precisa que puede juzgarse la definición del Código y es que han de surgir dificultades cuando se trate de puntualizar las condiciones taxativas que debe reunir un uso para ser considerado razonable. Mas esta observación puede juzgarse contestada, si se tiene en cuenta que el legislador declara de un modo satisfactorio, en qué casos una costumbre deja de ser racional, con lo cual parece confiar a la iniciativa de los sabios el ir señalando las condiciones referidas.

Qué comunidades son las que con sus prácticas pueden introducir costumbre, se deduce claramente de los términos empleados por el legislador. Tenía este a su disposición la más auténtica tradición dentro de la Iglesia. El Divino Salvador dejó a la comunidad cristiana cierto poder efectivo de iniciativa en cuanto al modo de practicar la ley, de someterse al ejercicio de los ritos sagrados sustancialmente instituidos por él. Por eso puede concederse a la práctica de la Iglesia una colaboración efectiva en la obra del legislador, pues la Iglesia regida con sus modos de obrar suministra a la rectora la materia de futuros preceptos le-



gales. Por ello la autoridad no destruye las iniciativas, sino que lo que hace es más bien orientarlas hacia caminos seguros. De ahí la necesidad en qué el legislador se vió de precisar qué comunidades pueden proponer a la autoridad soberana sus propias prácticas como materia posible de normas obligatorias, y a la vez qué actos habrían de ser ejecutados por la tal comunidad, para que pudieran merecer ser tenidos en cuenta. Tal necesidad se satisface con la doctrina que establecen los cánones 26 y 28 del Código. Según el primero toda comunidad susceptible de recibir ley eclesiástica puede dar origen a una costumbre.

Esta afirmación que era doctrina corriente entre los maestros, después de Suárez, tiene ahora la sanción del mandato legal, refiriéndose a aquellas comunidades capaces de régimen político y no doméstico, la posibilidad de generar verdaderas costumbres.

Mas no todos los actos de una comunidad pueden por su naturaleza dar origen a una costumbre sino tan solo aquellos que son conscientemente realizados y que a la vez llevan unida la intención de crear obligaciones para lo porvenir. Este precepto indica bien claramente cómo apesar de proceder toda la fuerza obligatoria de la costumbre de la autoridad del soberano, no desdeña el legislador la intervención del pueblo, mediante actos conscientes y libremente puestos, para que el soberano los cubra con su autoridad, haciéndolos por ello obligatorios. Como se ve la práctica consciente e ilustrada de la colectividad conserva importancia esencial en la elaboración de la costumbre, si bien no puede por sí misma otorgarle fuerza obligatoria. Es por lo tanto en esta teoría el pueblo causa eficiente de la costumbre, mas sus actos forman como la materia del precepto, porque el elevarlo a norma obligatoria es cosa que precisa la intervención del poder soberano.

Mas esta intervención ¿qué valor alcanza sobre la costumbre? Claramente lo expresa el canon 25. Este canon contiene en su texto dos afirmaciones: el consentimiento del superior, es quien da a la costumbre fuerza jurídica, proposición en armonía con el principio de que en la sociedad cristiana el poder viene de lo Alto; pero además *tan solo* por ese consentimiento la costumbre de hecho se convierte en norma jurídica. Ese consentimiento constituye por tanto la causa formal del precepto consuetudinario. La decisión del legislador hállase en este punto de acuerdo con las tradiciones de la Iglesia. Ya los Padres y Doctores de los primeros siglos habían prevenido que toda práctica que en la Iglesia aspirara a ser efectiva había de tener a favor suyo la conformidad con las enseñanzas del Salvador o de sus sucesores, pero faltaba una expresión precisa con la cual se declarase esta exigencia, y habían acudido a un término que podía dar lugar a equívocos al sostener que la costumbre había de emanar de la tradición.

A su vez los cristianos de la Edad Media habían llegado a comprender que sólo podían tener eficacia obligatoria sus prácticas en la medida en que hubiesen sido aprobadas por el Soberano; y de ahí la insistencia en exigir que la costumbre, para la cual ellos pedían la protección, se apoyase, o en un privilegio concedido para los legítimos pastores, o en una decisión del Romano Pontífice. Idéntica verdad vino, después de todo, a querer expresar Gregorio IX en la Decretal *Quoniam* tanto al declarar: que ninguna costumbre podía prevalecer contra la ley eclesiástica a no ser razonable esto es: conforme a la *ratio*, o a la constitución de la Iglesia, la cual toda ella se apoya y fundamenta en la autoridad del Papa y de los obispos, y esta misma conformidad con la enseñanza de Cristo y sus sucesores es la que los concilios particulares del siglo XVI, celebra-

dos contra los protestantes intentaron inculcar a los innovadores; mas al hacer resaltar la indentidad de la doctrina católica del siglo XVI con la de los primeros siglos, empleaban las mismas palabras de los Padres de la Iglesia, exigiendo que la costumbre hubiese de emanar de un modo auténtico de la Tradición.

Los legisladores de 1917 han estado felices al emplear una expresión que, sin originar la menor duda, proclama el consentimiento del Superior como el elemento formal de toda costumbre, y el que esencialmente consagra a ésta en su sér jurídico.

Mas para que pueda comprenderse que las comunidades capaces de recibir una ley, son asimismo las dispuestas para ofrecer mediante sus prácticas la materia misma de la costumbre, el legislador expresa en el texto que no del soberano en general, lo cual pudiera hacer creer necesaria la intervención del Romano Pontífice, sino la del *superior competente* es de donde la costumbre ha de tomar el valor, con lo cual parece designarse tanto a los obispos en sus diócesis como a los prelados respecto a sus congregaciones o comunidades religiosas.

El legislador, tan cuidadoso de expresar la necesidad del consentimiento del superior como indispensable para la introducción de la costumbre, nada dice en cambio respecto a la forma en que ese consentimiento ha de ser expresado. Con lo cual parece que continúa fiado a la pericia de los jurisconsultos el designar cuál entre los varios géneros de consentimiento conocidos se requiere para la costumbre, si bien hoy la opinión general y corriente es la de considerar suficiente el llamado consentimiento legal.

También el legislador resolvió de un modo claro y decisivo las cuestiones a que daba origen la necesidad de un plazo de ejercicio de la costumbre para poder adquirir

Si quisiéramos resumir, para fin de este trabajo, lo que la teoría de la costumbre debe al Código novísimo de la Iglesia, pudiéramos afirmar con un docto escritor (1) que le es deudora de una doctrina oficial rica en conclusiones, apesar del escaso número de preceptos dedicados a la materia.

Esa doctrina hállase perfectamente hermanada con los principios fundamentales del Cristianismo, siendo favorable a la existencia dentro de la Iglesia de una verdadera costumbre de derecho.

Hasta el año 1917 la doctrina hallábase esparcida en la multitud de textos, abundantes ciertamente, pero no muy acordes entre sí y referentes en gran parte a casos concretos y de muy distinto género.

Hoy la Iglesia volvemos a decir cuenta con una doctrina que puede calificarse de oficial. Ciertamente que se halla contenida en un número limitado de preceptos, mas en sí es completa, de tal suerte que contrasta la doctrina que encierran, por su abundancia, con la que se derivaba de los cuerpos legales procedentes de tan lejanos tiempos.

Es a la vez tradicional porque se acomoda a los principios fundamentales del Cristianismo, según los cuales en la Iglesia la autoridad procede de origen divino, mas al propio tiempo no desdeña la participación del pueblo en la introducción del derecho consuetudinario, pues él es quien, representado por cualquiera comunidad capaz de recibir leyes, propone a la sanción del soberano la manera con arreglo a la que traduce en actos su piedad y sus sentimientos respecto a los preceptos del Divino Salvador de los hombres.

El legislador ha venido en definitiva a vivificar esos

---

(1) Wehrle, libro citado.

dos elementos que existen en toda práctica consuetudinaria y que aparentemente se ostentan como contrapuestos, cristianizando esa corriente en cierto modo pagana que había hecho de la costumbre, en lo pasado, una manifestación de la conciencia popular, al lado y sin dependencia de la autoridad competente.

Lejos pues de rechazar la Iglesia la costumbre como fuente de normas obligatorias, le confiere a la par que la ley, un lugar honroso y la juzga al igual que el llamado derecho escrito como medio adecuado para alcanzar el fin propio y característico de la sociedad cristiana.

*He dicho.*

