

LA NATURALEZA DEL «DERECHO CONSUETUDINARIO» SEGUN FRANCISCO SUAREZ

CARLOS LARRAINZAR

SUMARIO: § 1. Introducción.—§ 2. La noción de «consuetudo».—§ 3. Sus clasificaciones: a) Por la aptitud para crear derecho. b) Según la materia de su objeto. c) Por razón de su ser moral. d) La distinción entre costumbre «prescrita» y «no prescrita».—§ 4. La naturaleza de la «consuetudo»: a) La causa próxima. b) La causa principal.—§ 5. Observaciones críticas.

§ 1. INTRODUCCIÓN

La egregia figura de Francisco Suárez (1548-1617) ocupa entre los doctores escolásticos lugar principal. Carece de sentido, pues, justificar que este autor sea objeto de la investigación jurídica; el papel de sus obras en la evolución de la doctrina y legislación canónicas es frecuentemente recordado, si bien falta todavía una bibliografía que haya trabajado —desde sus raíces— el núcleo del pensamiento suareciano sobre la realidad jurídica¹, como he podido señalar en otras ocasiones.

El intento de ofrecer ahora una panorámica visión de su pensamiento sobre la naturaleza del *derecho consuetudinario* (esto es, el

1. Recientemente destacaba este hecho A. GARCÍA GARCÍA, *El Derecho Canónico en Francisco Suárez* en «Corpus Hispanorum de Pace» XXI (Madrid 1981) pp. XXXV-LVI; sobre el estado general de los estudios suarecianos, he llamado la atención en otra ocasión, cfr. C. LARRAINZAR, *Una introducción a Francisco Suárez* (Pamplona 1977) especialmente pp. 65-69.

derecho no escrito) encuentra su marco en un doble objetivo científico:

1.º) Desbrozar el detalle de ese pensamiento —con minuciosidad y exactitud— desde sus propias fuentes; actitud poco frecuente —por otra parte— en la bibliografía suareciana, que se limita por lo general a una exposición fragmentaria y parcial de textos aislados.

2.º) Extraer elementos para una reflexión crítica del *momento normativo* consuetudinario que —aún hoy— sigue inquietando a la doctrina canónica, como bien se puso de relieve en el IIIº Congreso Internacional de Derecho Canónico dedicado a la norma canónica²; así interesa situar la reflexión —en este sentido— no tanto en el estricto campo de la técnica jurídica o de la teoría general del Derecho como en las coordenadas de sus fundamentos iusfilosóficos. De ahí el interés de indagar la *naturaleza* del llamado «derecho consuetudinario».

La reflexión del *Doctor Eximius* sobre la materia *de consuetudine* —esto es, sobre el *ius non scriptum* por antonomasia— se recoge en el *Liber VII* de su conocido tratado, clásico en el género, *De legibus ac Deo legislatore* (Coimbra 1612); bajo la rúbrica *de lege non scripta quae consuetudo appellatur*, ocupa un exacto y preciso lugar según una arquitectónica sistemática desarrollada ya en el *Liber I* cuyo objeto es precisamente *de lege in communi*³. Este libro séptimo, pues, consta de veinte capítulos cuya estructura interna, íntima puede ser descrita así:

2. Cfr. especialmente los trabajos de T. GARCÍA BARBERENA, *Norma en sentido material y en sentido formal* en «Actas del III.º Congreso Internacional de Derecho Canónico» I (Pamplona 1979), pp. 655-681 y la comunicación de J. FORNÉS, *La costumbre «contra legem», hoy* en pp. 748 a 781 junto con las otras de E. CORECCO, *Valore dell'atto contra legem* en pp. 839-859, J. ARIAS, *Valor normativo del acto contra legem* en pp. 861-868 y A. BRUNDAGE, *Comments on Eugenio Corecco «Valore dell'atto contra legem»* en pp. 869-875.

Por su parte GIORGIO FELICIANI reconoce que el tema necesita una «mayor profundización que permita establecer, con más claridad, tanto los presupuestos teóricos para una mayor revalorización del derecho consuetudinario, como las consecuencias prácticas de una reforma semejante», cfr. los *Elementos de Derecho Canónico* (Pamplona 1980), p. 53 que es traducción de EDUARDO MOLANO sobre el original italiano *Le basi del Diritto Canonico* (Bologna 1979).

3. He comentado esa línea sistemática del Doctor Eximio en C. LARRÁINZAR, o. c. nota 1 pp. 73-78, donde ofrezco detalladamente los gráficos —con las referencias de libros y capítulos— de las diversas materias.

- 1.º) Concepto de costumbre (cpp. 1 y 2).
- 2.º) Las clases de costumbre o sus clasificaciones desde diversos puntos de vista (cpp. 3 al 8).
- 3.º) Las causas de la costumbre (cpp. 9 al 13).
- 4.º) Los efectos de la costumbre (cpp. 14 al 19).
- 5.º) Modos de mutación de la costumbre, que se analizan en el capítulo 20 de forma general pues esta materia tiene su tratamiento —técnicamente específico— en el libro sexto del tratado.

Para el objeto de esta investigación bastará tener a la vista —eso sí, en detalle— los textos de los tres primeros apartados, aun cuando su lectura y valoración ha de hacerse desde la perspectiva del conjunto, esto es, no sólo el libro séptimo y el tratado *de legibus* sino también el conjunto de las obras suarecianas.

§ 2. LA NOCIÓN DE «CONSUETUDO»

En el campo de la doctrina canónica se denomina *costumbre* o *derecho consuetudinario*, según VINCENZO DEL GIUDICE, «al Derecho objetivo no escrito que brota espontáneamente del sentimiento jurídico de una colectividad o comunidad organizada, y que, manifestándose de hecho, se añade al Derecho general o especial, vigente para aquella comunidad o colectividad»⁴; así el contenido de la norma jurídica consuetudinaria, dice JOSÉ MALDONADO, «se forma de modo espontáneo por obra de la propia comunidad que ha de cumplirla, pero en Derecho Canónico la fuerza de obligar no la toma de esta acción espontánea de los súbditos, sino que tiene que venirle de su aceptación por el que tiene la potestad legislativa; porque en la Iglesia esa potestad legislativa no reside en el cuerpo social, sino en la autoridad que lo dirige, no de abajo arriba, sino que descende desde la jerarquía»⁵. Esta síntesis doctrinal de maestros tan significados de la doctrina italiana y española refleja una

4. V. DEL GIUDICE, *Nociones de Derecho Canónico. Traducción y notas de Pedro Lombardía* (Pamplona 1955), pp. 80-81; el significado de este manual en la doctrina canónica ha sido valorado por P. LOMBARDÍA, *Aportaciones de Vincenzo del Giudice al estudio sistemático del Derecho Canónico* en sus «Escritos de Derecho Canónico» I (Pamplona 1973), pp. 431-495 y también publicado en «*Ius Canonicum*» 2 (1962), pp. 289-325 y su traducción italiana en «*Il diritto ecclesiastico*» 74 (1963), pp. 3-48.

5. J. MALDONADO, *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles. Parte General* (Madrid 1967), pp. 72-73.

sólida y elaborada tradición jurídica de aportaciones al tema que —probablemente— tiene en el Doctor Eximio su punto de llegada.

En efecto. SAN ISIDORO DE SEVILLA definía la *consuetudo* como el *ius quoddam moribus institutum quod pro lege suscipitur cum deficit lex*: una medida de *ius* (lo justo) establecida, pues, *moribus* o por las costumbres de los pueblos; parece reiterarse así lo definido en la definición. Por esta razón la noción de *consuetudo* se aclara, según la explicación del Doctor Eximio, al deslindar y distinguir precisamente tres nociones: *usus*, *mos* y *consuetudo* en sentido estricto; veamos con más detenimiento.

1.º) El término *uso* se entiende comúnmente en la doctrina teológica como *el acto de usar en sí mismo*; sólo en un sentido más vulgarizado significa la *frecuencia* de actos semejantes. Es siempre, pues, una cuestión de hecho o de ejecución de actos concretos.

2.º) La *práctica* (*mos-moris*) significará así la *frecuencia continuada* por algún tiempo de actos morales (humanos) semejantes, esto es, una noción más restrictiva que el *usus* en la medida que este último significa no sólo la frecuencia sino también cada acto en particular; TOMÁS DE AQUINO matizará que el término *mos* puede utilizarse también para designar la *inclinación* dejada en el sujeto (hacia tal acto) por el hecho de su frecuencia pero —tal como sugiere Francisco Suárez— esto no es sino la noción de *habito* de la teología moral.

3.º) ¿Qué significa entonces *consuetudo*? De un lado, no se distingue de los términos *usus* y *mos* pues incluye los significados de acto moral concreto y su continuada frecuencia; en este sentido se hablará de la *consuetudo* como hecho o *costumbre de hecho*. Por otra parte, si se analiza lo que queda de esa frecuencia, se distinguirá entonces: a) *algo físico*, esto es, la inclinación de la naturaleza a tal operación derivada de la frecuencia, por tanto la noción clásica de *hábito*; b) *algo moral*, que será la facultad o derecho que obliga o legitima para esos comportamientos concretos: he aquí, pues, la noción de *costumbre de derecho* o *derecho de la costumbre*, es decir, el derecho o *ius* introducido por la costumbre de hecho. Este último es, en definitiva, el tema estrictamente jurídico.

Al preguntar así por la *consuetudo* como norma jurídica, el problema tiene este planteamiento: ¿qué *costumbre de hecho* puede introducir o crear un *ius* o derecho consuetudinario, esto es, una costumbre de derecho? Tal es justamente el objeto del *Liber VII* del tratado *De legibus ac Deo legislatore* del Doctor Eximio y la

razón científica para hablar de unos *requisitos* de la costumbre como norma jurídica.

Más adelante recogeré el tema, al analizar específicamente la *naturaleza* de este momento normativo de la realidad jurídica, esto es, su causa formal; de momento conviene contrastar esta primera noción de la costumbre como norma con las clasificaciones de la costumbre como hecho pues, tal como escribe Francisco Suárez, «inde constabit quid iuris ex eis possit consurgere nam in hac materia cognitio iuris maxime pendet ex cognitione facti tanquam ex prima causa et radice»⁶ y de igual manera es cierto que no toda costumbre de hecho es capaz o es apta para introducir o crear derecho.

§ 3. SUS CLASIFICACIONES

Pueden hacerse diversas clasificaciones de la costumbre como hecho, desde diversos aspectos. Así aparecen, en el clásico suareciano *de legibus*, al menos cuatro criterios que ahora interesa comentar siquiera brevemente: según la aptitud de la costumbre para introducir o crear derecho o *ius*, también según la materia sobre que versa (esto es, en atención a las conductas que son objeto o materia del comportamiento), una tercera clasificación —más importante— por razón de su ser moral y —en último término— por razón de su relación con el hecho de la prescripción; unas líneas sobre cada uno de estos aspectos.

a) *Por la aptitud para crear derecho*

«Addendum vero est —escribe Francisco Suárez— non omnem similem consuetudinem, etiam si circa pura facta versetur, esse sufficientem ad ius non scriptum constituendum, sed illam tantum quae versatur circa actiones morales ut bonas vel malas in ordine ad communem utilitatem» (DL VII 3, 6). Por tanto, hay que partir de la distinción entre costumbres cuyo objeto son personas o cosas

6. Cfr. F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo Legislatore* (Coimbra 1612) VII 3,1. En adelante, citaré las fuentes suarecianas en el texto principal con la abreviatura DL («de legibus») y según este orden: en guarismos romanos el libro del tratado y a continuación, en arábigos, capítulo y párrafo dentro del mismo; cito el texto por la edición de J. R. EGUILLOZ MUNIOZGUREN, *Tratado de las leyes y de Dios Legislador en diez libros por Francisco Suárez*, S. I. Reproducción anastática de la edición príncipe de Coimbra 1612 (Madrid 1967-1968).

(por separado o juntamente) de aquellas que versan sobre hechos morales; las primeras son tema de *prescripción* mientras las segundas pueden llegar a ser costumbres de derecho. ¿Por qué *pueden* únicamente?, porque no todas las costumbres de ese género son aptas para crear derecho no escrito.

A partir de esta distinción —o mejor, sobre ella— se distinguen ya diversas especies de costumbre:

1.º) Por razón de su *extensión*.

La costumbre puede ser en este sentido: *comúnísima o universal, particular o privada* y costumbre *común o pública*. La primera se identifica con el *ius gentium*, de ahí que no sea objeto de estudio en el *Liber VII* del tratado suareciano pues tiene su lugar propio en los cpp. 17 al 20 del *Liber II*; tampoco interesará estudiar la segunda, pues la costumbre privada (esto es, introducida por una persona o comunidad imperfecta) es —por definición— incapaz de introducir o crear derecho. Interesa, pues, el estudio de la *consuetudo* común, *civil* o pública, esto es, aquella capaz de crear derecho al margen del derecho común e introducida así por una comunidad perfecta (civil o eclesiástica); en la medida que la aparición de ese nuevo *ius* se apoya en el poder de la comunidad, caben nuevas subdivisiones o clasificaciones en razón de las diversas clases de comunidades, que ahora no interesan.

2.º) Por su relación al *ius* establecido.

Puede hacerse una triple clasificación, sobre un triple objeto: costumbre *secundum legem, praeter legem* y *contra legem*, pero tomando como referencia sea la ley natural o la ley divino-positiva o bien la ley humana. Estas divisiones han sido objeto de amplio comentario, sobre todo en la literatura canónica postcodicial⁷; sin necesidad de entrar en mayores detalles —que desviarían ahora de la cuestión principal— parecen claras, al Doctor Eximio, las afirmaciones que siguen:

- 1) Ninguna costumbre puede ser *marginal* a la ley natural, salvo que tenga como objeto actos moralmente *indiferentes*

7. Cfr. volúmenes clásicos como los de G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici* (Lublin 1929) o de A. VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici* (Malinas 1928-1936) o X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum* (Roma 1923-1937); entre los autores españoles, cfr. E. FERNÁNDEZ REGATILLO, *Institutiones iuris canonici* (Santander 1941-1942).

que —absolutamente hablando— no existen en el orden moral; por otra parte, «consuetudo contra legem naturalem non meretur nomen consuetudinis sed corruptelae» (DL VII 4, 4), lo cual no obsta a que existan costumbres contrarias al derecho de gentes pues éste —como explica Francisco Suárez en el *Liber II* del tratado— tiene un carácter humano.

- 2) Obviamente, la costumbre contraria a la ley divina positiva carece de todo efecto; «et ratio est quia —dice el Doctor Eximio— licet materia talis legis non sit intrinsece mala sed solum quia prohibita et ex ea parte non repugnaret per consuetudinem introduci, tamen —quia illa prohibitio divina est— non possunt homines contra illam praevalere» (DL VII 4, 13). Por otra parte, no hay inconveniente en admitir costumbres *marginales* al derecho divino positivo (esto es, costumbres que prescriben actos *conformes* a ese *derecho* pero no imperado por dicha ley), ahí tienen justamente su engarce con el derecho divino las tradiciones eclesiásticas nacidas de los preceptos apostólicos.
- 3) Finalmente, la costumbre *conforme* al derecho humano *no crea derecho de costumbre*, «qua illa consuetudo solum est quaedam observantia praexistentis legis et ideo non tendit ad novam legem introducendam quia non est animo incepta vel continuata est sed solum animo implendi legem» (DL VII 4, 15); aún así, puede tener efectos respecto de alguna ley anterior como *recta interpretatio* de la ley nueva.

b) Según la materia de su objeto

Son numerosas las distinciones que pueden hacerse por este concepto: costumbre *canónica* y *civil*, diferenciar las nociones de *práctica*, *rito*, *estilo* y *fuero*, o bien la distinción entre costumbre *positiva* y negativa o *desuetudo* tan comentada por los autores clásicos; bastarán algunas líneas sobre las nociones que más directamente afectan a nuestro tema.

Se entiende por *estilo* —dice Francisco Suárez— la manera de proceder en los juicios pero —sobre esta genérica acepción— caben dos nociones: «Uno modo ut illa denominatio sit ab obiecto legis seu materiae circa quam versatur; et sic proprie talis lex per se non pertinet ad consuetudinem sed magis ad legem scriptam... Alio vero modo potest lex styli dici ab intrinseco modo quo introducta est per solum usum in tali materia forensi seu iudiciaria et sic

est proprie ius non scriptum sub consuetudine comprehensum» (DL VII 5, 6); se aplica aquí, pues, la distinción entre uso *de hecho* (que puede ser resultado de una ley escrita) y *uso de derecho*, esto es, la obligación de proceder según una determinada manera creada por el uso de hecho y por ello un *ius non scriptum* que se incluye entre las acepciones de «leyes de estilo». Sobre esta noción, el Doctor Eximio insiste en diferenciar el *fuero* del *estilo* habitualmente confundidos entre los autores; con el término «fuero» se alude no tanto a un derecho o regulación sobre materia judicial o forense, sino al conjunto de derechos o normas que competen por razón de la jurisdicción, en orden a ella o bien a su uso.

La costumbre *positiva* —dirá también Francisco Suárez— «ex positivo usu ducit originem et in frequentia actuum quoad factum consistit et ita quod ius ad agendum inclinatur vel obligat» (DL VII 5, 14); la costumbre negativa, por el contrario, ofrece mayores problemas de delimitación conceptual: parece claro que «consistit potius in non agendo et ducit originem ex non usu et ita interdum vocatur; quatenus vero ille non usus frequens seu continuatus est habet modum consuetudinis, quae veluti in facto consistit et si ius aliquod inducit ad non agendum tantum inclinatur vel obligat» (DL VII 5, 14).

Sin embargo la mera falta de uso, en que consiste toda costumbre negativa, puede ser: a) una *desuetudo* negativa, que no crea ni puede crear derecho; b) una *desuetudo* privativa, esto es, que crea derecho en la medida en que consiste en un acto positivo. Esto segundo puede suceder de dos maneras: o por la ausencia de una circunstancia o solemnidad requerida para tales actos, o bien por la sola carencia de un acto obligatorio; pues bien, el término *desuetudo* como creador de un *ius non scriptum* se puede utilizar, en sentido estricto, sólo referido a esta costumbre privativa o que consiste en un acto privativo.

c) *Por razón de su ser moral*

Conviene diferenciar entre costumbres *buenas* o *malas* moralmente hablando y costumbres *racionales* o *irracionales*, nociones que parecen coincidir pero que son diferenciables; interesa en todo caso conocer la relación entre ambos conceptos.

1.º) Costumbre *buen*a o *mal*a.

Algo se dice «bueno» o «malo» moralmente de dos maneras: a) por parte del objeto (que es bueno) y entonces se dirá que la

costumbre es buena o mala *objetivamente* o *secundum quid*, esto es, relativamente o en relación a la materia objetiva de sus actos; b) por parte del que obra y de las circunstancias de su acto (los actos *honestos* que introducen la costumbre) y entonces se dirá que la costumbre es *simpliciter* buena o *absolutamente* buena. Aplicadas estas distinciones a la costumbre «mala», conviene destacar que ésta llega a ser tal de dos formas: a) por naturaleza, esto es, en el caso de que consista en actos intrínsecamente malos o *necesariamente* prohibidos por el derecho o la ley moral; b) porque los actos en que consiste el uso o la costumbre de hecho están prohibidos por el derecho humano.

Así la costumbre objetivamente mala es el *abuso* o corruptela, que no puede ser permitido por el legislador al lesionar contenidos objetivos del bien común; la costumbre absolutamente mala, sin embargo, puede crear algún derecho no escrito siempre que *objetivamente* sea apta, esto es, buena o —en todo caso— *no mala* intrínsecamente. Estas distinciones son claras y pertenecen al campo de la teología moral más que al estrictamente jurídico; interesa, pues, indagar cuándo la costumbre buena o mala crea derecho, cuestión que lleva a la distinción entre costumbres racionales o irracionales.

2.º) La *racionalidad* en la costumbre.

Parece claro, pues, que no son conceptos idénticos los de «bueno» y «malo» y los de costumbre *racional* o *irracional*; ¿cuál es entonces el criterio de distinción entre ambos conceptos? Para Francisco Suárez —procediendo de lo más claro a lo más oscuro— son conclusiones ciertas o más probables las que siguen:

1) Costumbre racional e irracional no se distinguen por razón de su ser moral directamente, esto es, porque unas sean buenas y otras malas, ni siquiera por estar prohibidas o no por el derecho natural o divino-positivo expresamente; el Doctor Eximio argumenta con razones diversas:

- a. «aliquis usus seu consuetudo potest esse undique honestas in facto et in ordine ad ius inducen dam esse irrationabilis non quia in bonitate deficiat sed potius (ut ita dicam) quia excedat: talis autem consuetudo non est contra ius naturale vel divinum directe vel indirecte» (DL VII 6, 7).
- b. «multae consuetudines non contrariae divino vel naturali iuri censetur in iure irrationabiles non solum in ordine ad ius inducendum propter excessum bonitatis sed abso-

lute et secundum se propter defectum aliquem seu inordinationem quae licet non attingat illum gradum malitiae sufficit ad constituendam consuetudinem irrationabilem» (DL VII 6, 8).

- c. «falsum est enim legem humanam posse praecipere quidquid non repugnat legi divinae vel naturali: nam licet non possit praecipere aliquid eis repugnans non ideo potest praecipere quidquid eis non repugnat» (DL VII 6, 9).

Como conclusión de estas argumentaciones, pues, se puede decir que «leges humanas possunt esse irrationabiles etiam si non sint pravae ex materia prohibita iure divino vel naturali; idem ergo esse potest in consuetudine» (DL VII 6, 9), cuya sola diferencia con la *lex* escrita está propiamente en la *forma* de su producción. Además, la costumbre podrá ser así irracional sin ser mala por razón de la materia, y puede ser mala igualmente sin ser por lo mismo irracional.

2) ¿Cuál es entonces el criterio para discernir la racionalidad o irracionalidad de una costumbre? Sólo cabe una respuesta: la costumbre será racional o no según su aptitud para constituir un uso común y, en consecuencia, crear o introducir un derecho consuetudinario; ahora bien, ¿cómo valorar esto? El Doctor Eximio ofrece al jurista dos puntos de referencia:

- a. «consuetudinem esse irrationabilem si ratione destituitur, etiamsi contra rationem aperte non sit; ad iudicandum autem an sit omnino ratione carens oportet advertere consuetudinem in praesenti maxime dici rationabilem vel irrationabilem in ordine ad eius effectum moralem» (DL VII 6, 17).
- b. Y este efecto *moral* puede ser múltiple, «et ideo attente est considerandus effectum respectu cuius dicitur consuetudinem rationabilis vel irrationabilis ut talis iudicetur; nam plures conditiones potest requirere ad unum finem seu effectum quam ad alium» (DL VII 6, 17).

Con lo cual se llega a una conclusión: la determinación de la racionalidad de la costumbre es cuestión que ha de quedar al juicio de los prudentes (*iuris-prudentes*), sin que pueda formularse una regla general absoluta pues el tema ha de valorarse *ad casum* y consideradas las circunstancias concretas de qué costumbre y de qué manera y en qué comunidad concreta se intenta introducir

como *nuevo* derecho. Si a pesar de todo interesase formular un principio general, dice Francisco Suárez, el tema se reconduce a los requisitos de la ley justa: «optima regula mihi esse videtur ut supposita honestate materiae saltem quoad non repugnantiam cum divina vel naturali lege applicentur ad consuetudinem conditiones necessariae ad legem iustam vel ad iustam revocationem legis», pero en todo caso «si consuetudo solum consideretur absolute quo ad usum seu voluntariam imitationem sic rationabilis erit si sit honestas» (DL VII 6, 17).

Una vez determinada la racionalidad del uso absolutamente (esto es, por razón de su entidad moral *simpliciter*) es de suma importancia, pues, la valoración de tal costumbre de hecho por el *ius* en vigor; es así como aparece la distinción entre costumbres *reprobadas* o *permitidas* por el derecho, calificación que también puede incidir en el juicio prudencial definitivo sobre la racionalidad del uso para ser costumbre de derecho.

Sobre este tema, para Francisco Suárez, parecen claros al menos tres principios: 1.º) Que la sola abrogación afectará a las costumbres anteriores a la ley abrogante y, por sí sola, no constituye juicio de reprobación de las futuras costumbres. 2.º) Que la prohibición de una costumbre (hecha por cláusula derogatoria de las costumbres contrarias a esa ley) afecta a las costumbres anteriores y posteriores a dicha ley, pero la prohibición no significa por sí declaración de irracionalidad ni su reprobación radical; «lex potest revocare praexistentem consuetudinem —dice el Doctor Eximio— non quia irrationabilis sit sed propter alias causas ita etiam potest prohibere ne in futurum iudicatur non quia sit irrationabilis sed quia propter alias causas ita legislatori vident expediri vel quia praesumit rationes quae ad revocationem movent perseveraturas semper et ideo eisdem movetur ad prohibitionem ut magis moveat et cogat ad legis observantiam» (DL VII 7, 6). 3.º) ¿Qué es entonces la *reprobación* de una costumbre?, ¿cuándo tiene lugar?: sencillamente cuando el legislador declara expresamente la irracionalidad de una determinada costumbre, o cuando es justamente su irracionalidad la causa formal de la prohibición y así se hace constar expresamente; por esta razón, toda reprobación connota un juicio sobre la racionalidad del uso y afectará a las costumbres anteriores y posteriores a tal declaración.

d) *La distinción entre costumbre «prescrita» y «no prescrita»*

Conviene aludir a esta distinción pues es común entre los autores enumerar la *prescripción* entre los requisitos que ha de reunir

la costumbre de hecho para introducir derecho; ¿en qué sentido, pues, se habla o se dice que la costumbre ha prescrito o no?

La noción de «prescripción» se predica de la costumbre misma (de hecho) como del derecho o *ius* por ella introducido o que por ella se adquiere (costumbre de derecho); pero obviamente el término se predica en uno y otro caso de diversa manera: a) la costumbre de hecho prescribe o se dice prescrita en cuanto ha transcurrido el tiempo suficiente para su perfección, formación o consumación y, en consecuencia, para existir como tal (un uso continuado y reiterado *durante cierto tiempo*, esto es, un uso que ha prescrito); b) la costumbre de derecho *prescribe* (esto es, crea derecho o es obligatoria jurídicamente) cuando, supuesto un uso perfecto o consumado («prescrito»), reúne las condiciones requeridas por el derecho para tal efecto. En todo caso, pues, la noción de prescripción referida a la costumbre alude al tiempo o *plazo*, al cuanto de reiteración del uso en el tiempo, que es necesario para su formación como tal (sea de hecho o sea de derecho).

Pues bien, ¿cuál será el mínimo de tiempo necesario para la prescripción de una costumbre? El Doctor Eximio confiesa que «hoc non potest convenienter in generali definiri, nam pro diversis effectibus consuetudinis et variis circumstantiis eius potest brevius vel longius requiri» (DL VII 8, 13); una cuestión, pues, a determinar por el derecho positivo humano (canónico o civil) en su propia esfera que, además, puede hacerse explícitamente o implícitamente (esto es, sin una regulación específica del derecho consuetudinario por el derecho escrito).

§ 4. LA NATURALEZA DE LA «CONSUETUDO»

Una vez analizadas las divisiones más importantes de la costumbre como hecho, es momento de comentar su estructura íntima, su naturaleza como norma jurídica; «non datur —dice Francisco Suárez— propria materia et forma ex quibus constet, sed quatenus est quid iuris materia circa quam versat est eadem quae materia legis humanae, nam ius scriptum et non scriptum non differunt in materia circa quam versantur sed *in signo quo constituuntur*» (DL VII 9, 1). He aquí la *forma* de producción del derecho, una vez más, como elemento diferenciador en los modos de su manifestación; con singular agudeza precisa el Doctor Eximio que «in iura consuetudinis non datur specialis forma sensibilis et externa praeter ipsa opera quae debent esse externa et sensibilia et quatenus sunt signa consensus dici possunt verba non scripta quibus tale ius in

memoriis hominum scribitur; et ideo in hac forma non requiritur specialis promulgatio quia consuetudo usu ipso se publice manifestat et promulgat» (DL VII 9, 1); la promulgación de este derecho, pues, no deriva de otro elemento formal que las mismas obras externas en que consiste el uso de hecho que —en este sentido— no puede preconstituir con certeza el derecho⁸, al menos de cara al proceso, y así tampoco ser sustituido por otros elementos formales para su constatación jurídica.

La causa final del derecho escrito y del derecho consuetudinario será, pues, la misma: la utilidad pública o el bien común social; de ahí que, al analizar su naturaleza íntima, se ha de estudiar la forma intrínseca de la costumbre, esto es, el imperio legal que lleva a crear derecho, en definitiva su causa eficiente última, para su precisa diferenciación del derecho escrito.

La causa eficiente de la norma consuetudinaria es doble: *próxima* y *principal*; será causa próxima la misma costumbre de hecho o los hombres que introducen con su comportamiento el uso de hecho, la causa principal en cambio será el poder del superior o príncipe (sea quien fuere éste, puede ser por ejemplo la misma comunidad) cuando éste es necesario para dar fuerza de derecho a la materia objeto del uso o costumbre de hecho. Convendrá examinar con más detenimiento una y otra causa.

a) *La causa próxima*

Para Francisco Suárez son tres los temas a considerar en este asunto: la persona o personas que obran, la obra externa o su frecuencia y la voluntad interna de quienes obran o su consentimiento en el hecho.

1.º) Las personas que actúan.

Desde la perspectiva de la *eficacia* jurídica del comportamiento, equivale a preguntar qué personas o qué comunidad es capaz de

8. La bibliografía más moderna pretende construir una noción técnica de *promulgación*, considerando que tal efecto procesal sería su carácter típico; queda por investigar, sin embargo, en qué medida coincide esa valoración con la noción de promulgación utilizada por la bibliografía canónica clásica y más tradicional. Cfr. en este sentido los trabajos de P. LOMBARDÍA, *Una ley fundamental para la Iglesia* en sus «Escritos de Derecho Canónico» III (Pamplona 1974), pp. 1-32 y los interesantes comentarios de R. NAVARRO VALLS, *Los fundamentos de la sentencia canónica* en «Escritos en homenaje del Prof. Prieto Castro» II (Madrid 1979), pp. 535-566.

introducir «derecho de costumbre»; para el Doctor Eximio la respuesta adecuada al problema descansa en tres afirmaciones:

a. Sólo una *comunidad perfecta* puede crear derecho de costumbre, la costumbre particular a lo sumo puede llegar a excusar de la ley común pero nunca a crear un derecho o *ius* que —de hecho— deroga el derecho general.

b. Debe ser una comunidad capaz de poder legislativo por sí misma, activa o pasivamente, aunque de hecho no se dé tal poder; por tanto, debe existir al menos la capacidad de recibir verdaderas leyes.

c. La costumbre debe ser observada por la mayor parte de la comunidad, pues sólo en ese caso se podrá presumir el consentimiento *legislador* o la voluntad de imperio.

2.º) Los actos y su frecuencia.

La costumbre de derecho únicamente se introduce por la frecuencia de actos realizados pública y voluntariamente durante cierto tiempo; por ello son tres los problemas que pueden ser planteados sobre esta materia:

a. ¿Qué frecuencia de actos es *necesaria y suficiente* para crear la costumbre? Y una regla parece evidente: sólo aquella frecuencia que manifiesta suficientemente el consentimiento del pueblo y la voluntad tácita del príncipe o superior que tiene el poder legislador; en sentido negativo parece lógico que no bastará un solo acto pues, por sí mismo, no dura largo tiempo ni se perpetúa.

b. ¿En qué sentido los actos han de ser públicos? La publicidad puede ser de hecho (esto es, realizar un acto en público o en presencia de muchos) y de derecho (esto es, realizar formalmente o jurídicamente un acto, con autoridad pública o autorizada); pues bien, para introducir la costumbre de derecho bastará con una publicidad de hecho.

c. Por último, ¿será necesario probar en juicio contradictorio la suficiente frecuencia? Francisco Suárez responde con firmeza negativamente, pero «*licet sententia iudicis non sit necessaria ad consuetudinem, posse tamen iuvare ad illam non solum probandam sed etiam introducendam*» (DL VII 11, 9); incluso vale esta afirmación —añade el Doctor Eximio— para la costumbre que crea *estilo forense*.

3.º) El consentimiento del legislador.

Es éste quizás el tema más importante sobre la materia pues, para Francisco Suárez, la esencia de toda norma jurídica radica en la *voluntad de imperio*⁹ y ésta no puede faltar tampoco en la costumbre como norma; en este sentido, referido al derecho consuetudinario, el Doctor Eximio sienta como indiscutibles las afirmaciones que siguen:

a. Los actos que introducen la costumbre han de ser *voluntarios* porque la costumbre, como norma jurídica, ha de ser introducida por un consentimiento, es éste tan necesario en el derecho escrito como en el consuetudinario porque toda norma radica en alguna voluntad de poder.

b. Los actos realizados por ignorancia o error no crearán derecho y, en último caso, la costumbre será *putativa*; para crear derecho por costumbre no basta consentir materialmente en el uso sino también es necesario consentir sobre la costumbre de hecho *como creadora de derecho*: «non enim satis est materialiter consentire in facto sed oportet consentire in facto ut inductivo iuris» (DL VII 12, 5).

c. Tampoco crearán derecho de costumbre los actos realizados por violencia o temor grave injustamente inferido, de igual manera que estos vicios o defectos de consentimiento anulan radicalmente la eficacia de los actos jurídicos.

En definitiva, será necesario un consentimiento libre («*quae deliberata voluntate procedit*») en los actos que introducen la costumbre de hecho para luego hacer girar sobre esa voluntad la aparición del *ius* consuetudinario; la teoría de los vicios de los actos humanos se aplica también aquí a los actos de la comunidad, actos humanos en último término, pero no a la voluntad del superior que —en rigor— viene a presumirse sobre el consentimiento del pueblo.

9. Esta afirmación no significa, sin embargo, que el pensamiento suareciano sobre el Derecho haya de interpretarse en clave *voluntarista* (precedente inmediato del racionalismo revolucionario y, en definitiva, del moderno positivismo), como han pretendido algunos autores; cfr. en este sentido los trabajos de A. ESTEBAN ROMERO, *La concepción suareciana de la ley* (Sevilla 1944), E. GUERRERO, *Sobre el voluntarismo jurídico de Suárez* en «Pensamiento» 1 (1945) pp. 447-470, E. ELORDUY, *Orientaciones en la interpretación de las doctrinas jurídicas de Suárez*, en «Revista de estudios políticos» 12 (1952), pp. 77-110 y A. TRUYOL SERRA, *La filosofía jurídica y política de Suárez, con especial referencia al problema del voluntarismo* en «Revista portuguesa de Filosofía» 11 (1955), pp. 500-506 y en el mismo sentido el trabajo de F. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ, *Sobre el pretendido voluntarismo jurídico de Suárez* en «Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra» I (Santiago de Compostela 1960), pp. 449-462.

Así hemos venido a dar al tema central del problema, esto es, el engarce de la voluntad del superior *legal* con la voluntad popular que pretende crear derecho consuetudinario, ¿cuál es la causa formal de la costumbre?: ¿la voluntad de la comunidad o la del príncipe?; como han destacado siempre los autores clásicos, el problema tiene máximo interés referido al Derecho Canónico, donde un principio de derecho divino hace radicar todo el poder sólo en aquellas personas constituidas en jerarquía. Tal es, pues, la cuestión que se analiza al comentar la causa principal.

b) *La causa principal*

Francisco Suárez parte de un principio que, si bien ha de ser explicado rectamente y matizado, no admite excepciones: «*primum omnium statuendum est consensum Principis in consuetudine introducenda necessarium esse*» (DL VII 13, 1), tal es justamente la *causa principal* del derecho consuetudinario. Pero en tal principio, ¿qué significa el término *Princeps* o *Príncipe* sobre cuyo consentimiento se hace radicar la fuerza obligatoria de la costumbre?, ¿se opone tal consentimiento a la comunidad misma o, al contrario, ambos se identifican?; la cuestión es importante pues frecuentemente los autores censuran al Doctor Eximio haber operado un giro en la concepción de la norma jurídica, de carácter autoritario, que llevaría —al final del proceso, como consecuencia lógica— a la identificación entre derecho y poder.

Conviene, pues, examinar paso a paso la respuesta del teólogo jesuita sobre este problema, antes de ninguna otra valoración crítica. Y primero, dice Francisco Suárez, se han de distinguir *varii populorum gradus* para ir precisando así desde lo más claro a lo más obscuro:

1.º Pueblos con supremo poder legislativo.

Aquí se dará una identidad real entre pueblo y príncipe pues «*si populus ille consentit in consuetudinem necesse est ut supremus Princeps consentiat quia ibi non distinguitur a populi universitate*» (DL VII 13, 1); he aquí la afirmación más clara contra todo despotismo o visión autoritaria de la realidad política.

2.º Pueblos que reconocen superior temporal.

Supuesta esa dependencia, poseen también alguna capacidad legislativa. Pues bien: es obvio que en el ámbito de su potestad pue-

den introducir costumbres sin necesidad de nuevo consentimiento del superior (lo que exigiría el previo conocimiento de la costumbre por su parte); ese consentimiento se supone siempre dado en la dejación de poder que hizo el soberano al otorgar ese poder inferior o sea capacidad legislativa sometida a las leyes generales; de ahí que «si licentia esset limitata et cum dependentia a futura confirmatione Principis, ita ut ante illam obtentam lex non obliget... aliter dicendum esset de consuetudine quia necessarium esset illam etiam confirmari a Principe et ideo etiam esset necessarius novus consensus illius quia nova confirmatio non datur sine novus consensus» (DL VII 13, 2).

3.º) Pueblos que carecen de poder legislativo activo.

Sometidos siempre, pues, a las leyes del soberano o Príncipe. Por tanto, para introducir costumbre es necesario que aquél conozca y consienta en la costumbre como derecho de su pueblo; sin embargo este consentimiento puede darse y manifestarse de muy diversas maneras:

a. Expresamente o por *consentimiento personal*: tal es el caso en que conociendo la costumbre no la impide ni la prohíbe, luego por exclusión muestra su conformidad.

b. Por el derecho mismo o por *consentimiento legal*, según la expresión técnica que utiliza el Doctor Eximio: tal es el caso de la costumbre que reúne los requisitos del ordenamiento legal (habitualmente «prescripción» y «racionalidad») en orden a la creación de derecho y, por tanto, si éstos se dan también está unido a ellos el consentimiento («legal») del Príncipe. Ahora bien, supuesta la racionalidad de la costumbre de hecho, habría que distinguir dos casos o dos principios diversos relativos a la prescripción:

a') «quando consuetudo praecipta ius inducit tunc non postulari consensum personalem Principis ac subinde nec specialem scientiam eius de tali consuetudine sed ipso nihil de novo sciente aut volente, tacite vel expresse consuetudinem efficaciter induci» (DL VII 13, 7).

b') «quando consuetudo non praevallet ex vi praescriptionis tunc necessarium esse consensum Principis personalem saltem tacitum ac subinde necessarium etiam esse ut scientiam consuetudinis habeat» (DL VII 13, 11).

En este segundo caso, pues, bastará que el consentimiento sea tácito o tolerante, pero ha de constar sin embargo que la tolerancia

no es sólo permisiva sino realmente aprobatoria de tales comportamientos; mas ¿cómo distinguir entonces el sentido de esa voluntad tácita del legislador?: no cabe otra respuesta que apoyar la solución en la misma racionalidad del uso, atendidas las peculiares circunstancias del caso concreto.

§ 5. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Hasta aquí, pues, las líneas sobre la naturaleza del derecho consuetudinario según los textos del Doctor Eximio. Para terminar, me parece oportuno añadir algunas consideraciones, a la vista de la valoración del problema que frecuentemente se encuentra entre los canonistas pues —es opinión común— las soluciones legislativas del «Codex Iuris Canonici» (cánones 25 al 30) dependen directamente de la doctrina suareciana formulada en el tratado *de legibus*. ¿Qué decir del tema?, me limitaré a destacar algunos aspectos.

El gran tema canónico está en la calificación jurídica de la costumbre *contra legem*, la cual —para crear derecho canónico— necesita del consentimiento del legislador; ¿qué consentimiento es éste?: sencillamente el llamado *consentimiento legal* en las fuentes suarecianas. Ahora bien, la doctrina canónica ha destacado que tal requisito supone confundir la costumbre con la ley misma, el derecho escrito con el derecho consuetudinario; se puede decir, ha comentado JUAN ARIAS, que así la costumbre «no es ya una norma jurídica introducida por la comunidad, sino una ley con una formulación técnica distinta»¹⁰. Esta conclusión se apoya fundamentalmente en considerar el requisito del consentimiento legal como consentimiento *psicológico* o voluntad explícita del legislador o bien

10. J. ARIAS, *El «consensus communitatis» en la eficacia normativa de la costumbre* (Pamplona 1966), p. 120. Una valoración más ajustada de este punto de vista puede hacerse a partir de los trabajos clásicos sobre esta materia de R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le Droit Canonique* (Paris 1928), P. FEDELE, *Il problema dell'«animus communitatis» nella dottrina canonistica della consuetudine* (Milano 1937) y G. SARACENI, *Consuetudo est optima legum interpretis. Contributo all'interpretazione del can. 29 C.I.C.* en «Ephemerides Iuris Canonici» 4 (1948), pp. 69-95; más recientemente ha vuelto sobre el tema F. URRUTIA, *Reflexiones acerca de la costumbre jurídica en la Iglesia* en «Investigationes Theologico-Canonicae» (Roma 1978), pp. 449-479 que conviene leer en conexión con su estudio *El fundamento del valor jurídico de la costumbre, según Santo Tomás, Suárez y Savigny. Estudio de filosofía del derecho* (Bilbao 1964) y el trabajo de WYPLER, *Consensus legislatoris pro consuetudine in Ecclesia. Doctrina medii aevi ac doctoris F. Suárez* (Roma 1974).

tácita pero, en definitiva, *voluntad de imperio* que no se confunde con la voluntad de la comunidad; VINCENZO DEL GIUDICE escribía en este sentido: «Bisogna però avvertire preliminarmente che, essendo principio fondamentale del diritto canonico che il potere di porre norme giuridiche (cioè la potestà giurisdizionale, sotto forma di potestà legislativa) risiede soltanto presso gli organi gerarchici a ciò competenti, la forza giuridica obligante (*vis legis*) della consuetudine deriva unicamente dal consenso del competente legislatore (a consensu competentis superioris ecclesiastici unice obtinet); è cioè subordinata e condizionata alla volontà di questo, che di essa consuetudine è la vera causa efficiens. Tale consenso può essere manifestato dal superiore in modo expreso *per oraculum vivae vocis vel scripto* o essere concesso tacitamente ed evincersi *ex circumstantiis*»¹¹. ¿No cabe otra interpretación del problema?

A mi entender, está claro en las fuentes suarecianas que el consentimiento legal o «dado por el derecho», el consentimiento «qui non datur personaliter a Principe sed per ipsum ius» (DL VII 13,6), no es un consentimiento psicológico sobre la fuerza jurídica de la costumbre concreta, sino una concreción objetiva y técnica del ejercicio de la «potestas jurisdictionis» de cara a la producción del Derecho; ¿presunción?, ¿delegación de poder en la comunidad?... todo sirve y pueden valer diversas interpretaciones, en todo caso es siempre un *artilugio formal* (no un consentimiento material del legislador) que remite la validez de la norma consuetudinaria a su conformidad con la justicia.

Francisco Suárez es un pensador que ha de interpretarse más conectado a los principios tradicionales de la filosofía del Derecho clásica que con las modernas doctrinas jurídicas que interpretan la esencia de la norma desde el binomio *poder-derecho*; no se pueden perder de vista dos principios básicos en la interpretación suareciana del fenómeno o la realidad jurídica: 1.º) La idea unitaria del Derecho o *lex* que aparece más vinculada a sus contenidos de justicia que al hecho del poder o la soberanía, si bien en Dios (Dios-Legis-lador) poder y justicia se confunden o más propiamente en *El convertuntur*. 2.º) La idea del poder humano como *un poder directivo* ante una pluralidad posible de alternativas morales; es ahí donde la idea de *racionalidad* de la norma cobra todas sus dimensiones de

11. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di Diritto Canonico* (Milano 1962), p. 101; sobre la traducción española de este manual y su significado en la doctrina canónica, cfr. más arriba nota 4.

manera que condiciona el ejercicio desnudo del poder al tiempo que éste mismo la conforma.

En la costumbre de derecho, su causa eficiente no es tanto un poder legislador enfrentado al poder de la comunidad —a la que se consiente o tolera tales comportamientos— como la conducta misma de la comunidad (ciertamente, actos voluntarios y libres, «consentidos») que, al ser legítima (esto es, racional y prescrita; al reunir los requisitos legales), conlleva necesariamente la presunción del consentimiento del legislador (consentimiento que de hecho, por ejemplo, puede incluso no existir); ¿qué se quiere decir con esto?: sencillamente que toda la problemática sobre la naturaleza de la norma consuetudinaria descansa en el carácter de la *racionalidad* y, supuesta ésta, la oposición por el Príncipe a su eficacia jurídica *también ha de ser racional*.

En definitiva: cuando la costumbre es racional lleva a presumir —de hecho— el consentimiento psicológico del legislador (esto es, el consentimiento legal) que quizá no existe (por ejemplo, cuando simplemente desconoce el hecho de la costumbre); además, en ese caso la eventual oposición del *Príncipe* a tal «forma de creación de derecho» —para la cual no carece de poder— también ha de ser *racional*. Por tanto, en la mente del Doctor Eximio no se interpreta la aparición del derecho consuetudinario sobre la tensión entre poder del superior y poder de la comunidad —como es frecuente leer en sus modernos comentadores— sino, más bien, en el marco de los requisitos concretos para la justicia de la norma; ésta vendrá siempre condicionada por el hecho de los comportamientos sociales pues, por ejemplo, ya San Isidoro de Sevilla señalaba la necesidad de que las leyes fuesen honestas, posibles y también *secundum consuetudines loci*. La costumbre de derecho o el derecho consuetudinario, pues, pende siempre de su bondad intrínseca y de la capacidad de la comunidad concreta para introducir el uso como obligatorio; el carácter de la racionalidad matiza —en una instancia prudencial— el cómo del ejercicio del poder, sea quien fuere su detentador, de manera que en este sentido la comunidad siempre es causa o concausa formal del derecho consuetudinario, incluso en el ordenamiento canónico donde —por voluntad divino-positiva— la ley canónica no puede dejar de ser justa en el caso concreto.