

peligro del alma, deberá seguirse el derecho canónico con preferencia al civil, aun en los tribunales seculares en puntos temporales; porque la salud del alma, dicen, es cosa espiritual, que debe dirigirse por las disposiciones eclesiásticas.

47. En orden á los intérpretes y autores de derecho, su autoridad por sí es de ningún momento en los juicios; porque no son legisladores, y sus opiniones no pueden tener mas fuerza que la que proviene de la ley. Sobre este punto distingue Mayans¹ con mucha oportunidad, si interpretan las leyes extrañas ó las patrias: si lo primero, dice, su autoridad es ninguna en los juicios, porque no tratan de interpretar la mente de las leyes que deben observarse, sino de las que no debemos obedecer; añadiendo que en esto no se comprenden las leyes extrañas confirmadas por legítimo legislador, porque entónces la confirmacion las hace propias; y lo mismo es interpretar una ley del derecho civil ó canónico trasladada á las *Partidas*, que interpretar la misma ley de las *Partidas*. Cuando la interpretacion recae sobre las leyes patrias, continúa el citado autor, ó es contraria á la ley ó conforme á ella: si es contraria, su autoridad es ninguna, porque lo que se dice ó hace contra ley es de ningún momento², y jamas se ha de seguir lo que la ley prohíbe, sino lo que manda³; si fuere conforme, debe seguirse, no como opinion de intérprete por autorizado que sea, sino como verdadero sentido de la ley: y esto propiamente no es seguirse la opinion que por su naturaleza es dudosa, sino la mente de la ley en sí cierta y obligatoria, que no puede obligar sin ser conocida con certeza moral; por cuya causa el mayor número de los intérpretes no añade autoridad á la interpretacion.

48. Las opiniones de los autores nacionales deben preferirse á las de los extranjeros⁴; porque como aquellos escribieron con conocimiento de la legislacion patria, circunstancias del pais, y práctica de los tribunales, se presume que su interpretacion será mas arreglada y conforme á la mente del legislador, que la de los otros en quienes no concurren tales circunstancias. Del mismo modo las opiniones de los juristas deben ser de mayor autoridad que las de los teólogos; porque estos, como dicen el señor Salgado⁵, Zevallos⁶ y Fermosino⁷, aunque sean muy instruidos, carecen de conocimientos teóricos y prácticos de jurisprudencia, y por lo mismo muchas veces discurren en puntos jurídicos arbitrariamente, desviándose sin advertirlo, del camino de la verdad y de la justicia. Cuan-

1 Citada carta.

2 L. 5 C. *De legibus*.

3 L. 7 ff. eod.

4 Aut. 1 tit. 1 lib. 2 de la R., ó nota 2 tit. 2 lib. 3 de la N.

5 *De retentione*, part. 1 cap. 11 núm. fin.

6 *De cognitione per viam violentiae*, part. glos. 6 núm. 24.

7 *De sede vacante*, quaest. 9 núm. 18.

do un autor refiere dos opiniones contrarias ó diversas, no declarando cual sigue, en duda, dice Hevia Bolaños¹ citando á Gregorio Lopez, es visto adherirse á la última y segunda. Por último, la verdad de alguna opinion no debe deducirse de sola la muchedumbre de autores que la defienden, siendo á veces preferible á de uno solo².

1 *Curia Filipica*, part. 1 §. núm. 17 al fin.

2 *Constit. De concept. disg. ad Tribon.* §. 6

CAPITULO IV.

Del derecho no escrito ó de la costumbre.

- | | | | |
|---|--|----|--|
| 1 | Qué cosa sea derecho no escrito ó costumbre. | 7 | La costumbre debe ser racional. |
| 2 | Divisiones de la costumbre. | 8 | Usarse por diez ó veinte años. |
| 3 | Diferencias entre esta y la ley, el estilo de curia, y la prescripcion. | 9 | Y consentirse por el legislador. |
| 4 | La costumbre puede introducirse por el pueblo aun cuando reconozca superior. | 10 | La costumbre tiene fuerza de ley. |
| 5 | Cualidades que deben concurrir en los actos del pueblo, para que por ellos pueda introducirse costumbre. | 11 | De las leyes en que se encuentra la cláusula: <i>No obstante cualesquiera costumbre.</i> |
| 6 | Su número se deja al arbitrio del juez; no siendo de necesidad que | 12 | El que alega una costumbre debe probarla, y modo de verificarlo. |
| | | 13 | De qué maneras pierde su fuerza la costumbre. |
| | | 14 | De las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. |

1. Dijimos ya en el número 11 del capítulo I de este título, que derecho no escrito era *aquel, que sin promulgacion y solo por el uso se introduce en la república, recibiendo su confirmacion del consentimiento tácito de la suprema potestad.* Para inteligencia de esta definicion debemos observar con Heineccio¹ que la única causa del derecho en la república, es la voluntad del soberano, ya sea este el príncipe, ó el senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo imperante manda alguna cosa estableciéndola expresamente, se llama *derecho escrito* ó ley; pero si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito* ó *costumbre*².

2. La costumbre primeramente se divide en *costumbre de hecho* y de *derecho*. La primera no es otra cosa que el *uso* comunmente repetido, ó la frecuentacion de los actos del pueblo, por los que se colige cual es su voluntad³. La segunda es el mismo derecho obli-

1 *Recitationes* lib. 1 tit. 2.

2 L. 4 tit. 2 part. 1.

3 L. 1 id. id.

gatorio, que resulta de la voluntad de este manifestada por medio de aquella repetición de actos. También se divide la costumbre, en costumbre fuera de ley (*praeter legem*), según la ley (*secundum legem*), y contra la ley (*contra legem*). Fuera de la ley se dice, la introducida acerca de alguna cosa sobre la que no había ley anterior: según la ley se llama, la que restablece el uso de algún derecho preexistente, ó lo interpreta si es dudoso; y contra la ley es aquella, por la cual ó nunca se usó alguna ley, ó se derogó si en algún tiempo llegó á ponerse en práctica¹.

3. La costumbre se diferencia de la ley: 1.º en que esta es escrita y aquella no, por lo ménos al principio²; pues alguna vez suele después reducirse á escritura³, por cuyo solo hecho advertimos que no adquirirá el carácter de derecho escrito aunque provenga del mismo legislador, si no es que este tuviere la intención de afirmarla y elevarla á aquella clase, comunicándole su expresa aprobación⁴. En 2.º lugar, la ley dimana de la voluntad expresa del legislador, y recibe su fuerza en un solo acto, sucediendo todo lo contrario en la costumbre. De lo que se llama *estilo de curia* ó práctica de los tribunales, se distingue como la especie del género; porque aquel (en el sentido en que es comparable con la costumbre) es una especie particular de ella, que solo tiene lugar en los actos judiciales, en los que debe observarse, pues por lo común es relativo al modo de procesar⁵. Por último, se diferencia de la prescripción, en que esta requiere buena fe, solo se verifica entre personas privadas, (pues aun cuando una comunidad prescribe contra otra, se reputan ambas moralmente como individuos particulares) no requiere consentimiento de aquel contra quien se prescribe, ni produce un derecho legal, sino el de propiedad ú otro semejante: la costumbre por el contrario, no exige buena fe, ántes la supone mala, (pues para ella es indispensable el ánimo de derogar la ley anterior, que no puede haberse sin tener noticia de ella) no es relativa á particulares, sino á la comunidad á la que impone ó remite alguna obligación, introduce siempre un derecho legal, y requiere finalmente el consentimiento del legislador⁶.

4. La costumbre puede introducirse por el pueblo, no solo cuando este no reconoce superior como sucede en la democracia pura, sino aun cuando lo reconozca, por haber depositado en sus representantes los poderes constitucionales; pues como en él reside radical y esencialmente la soberanía⁷ ó la facultad legislativa, esto

1 L. 6. tit. 2. part. 1.

2 CC. 3, 4 y 5 Dist. 1.

3 Suarez. *De legibus* lib. 7 cap. 2 núm. 3.

4 Murillo *Cursus. jur. canonici* lib. 1 n. 115.

5 Murillo lug. cit.

6 Suarez. *De legibus*, lib. 7 cap. 1 núm. 11 y

12. Murillo lug. cit.

7 Art. 3 de la Acta constitutiva.

basta, dice Murillo¹ citando á Santo Tomás² y una ley de Partida³, para que accediendo el consentimiento del legislador, pueda introducir costumbres que tengan fuerza de leyes. Por faltar aquel requisito en una comunidad imperfecta, cual es una familia particular, no podrá esta introducir por sí costumbre alguna obligatoria, y mucho ménos cualquiera persona privada, aunque sea el mismo legislador, pues es claro que entónces no concurre el consentimiento tácito del pueblo⁴.

5. Los actos para introducir la costumbre, deben dimanar de todo el pueblo ó de su mayor parte⁵; no siendo por lo mismo bastante para el efecto el consentimiento de algunos particulares, ni sirviendo tampoco de obstáculo para ello la ignorancia ó el uso contrario de la parte menor⁶. Deben ser además públicos y notorios⁷, uniformes, pues habiendo desconformidad no se manifestaría por ellos el consentimiento del pueblo; practicados con libertad, no por miedo ó ignorancia⁸; y con noticia de la ley contraria, si la hay, porque el error y la coacción son opuestos al consentimiento. Por último, debe tener el pueblo ánimo de derogar la ley, cuando la costumbre sea *contra legem*, ó de establecer una nueva si fuese *praeter legem*; de otro modo no habrá costumbre obligatoria introducida, pues faltó la voluntad de obligarse⁹. Cuando haya duda sobre si existió ó no tal ánimo, nunca se presumirá este; y para decidir aquella se tendrán presentes la gravedad y dificultad de la cosa de que se trate, el bien que produciría á la república, si los superiores castigaban por su transgresión, si los sensatos reprobaban la conducta de los contraventores, y otras circunstancias de este órden¹⁰.

6. El número de actos necesario para introducir costumbre no está designado por ley, y se deja por lo mismo al arbitrio del juez¹¹. Sobre esto se advierte, que como la costumbre importa frecuencia de actos, y no es frecuente lo que acontece solo una ó dos veces, deberán aquellos repetirse en diversas ocasiones¹². Mas no se requieren para ella actos judiciales, ni que alguna vez se apruebe en juicio contradictorio¹³; aunque ambas cosas contribuirán mucho para su mas fácil y firme prueba: siendo así como deben entenderse

1 Lug. cit. núm. 116.

2 L. 2 q. 97 art. 3 ad 3.

3 L. 5 tit. 2 part. 1.

4 Suarez *De legibus*, lib. 7 cap. 3 núm. 8.

5 L. 5 tit. 2 part. 1.

6 Gregorio Lopez en la gl. 3 de dicha ley 5.

7 Ley 2 ibi: *No debe ser fecho á furto ni es-*

condido; L. 3 ibi. *Que sea fecho paladi-*

namente; tit. 2 part. 1.

8 L. 5 cit. allí: „*E non por yerro.*”

9 La misma ley allí: „*Como en manera de cos-*

tumbre.” Suarez. *De legibus* lib. 7 cap. 14

in 6.

10 Suarez *De legibus* lib. 7 cap. 15 núm. 15.

11 Vinnio in § 9 *Inst. de jur. nat. &c.* n. 4.

12 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 1 núm. 115.

13 Suarez *De legibus* lib. 7 cap. 2 y Murillo

lug. cit. núm. 117.

8 L. 5 cit. allí: „*E non por yerro.*”

9 La misma ley allí: „*Como en manera de cos-*

tumbre.” Suarez. *De legibus* lib. 7 cap. 14

in 6.

10 Suarez *De legibus* lib. 7 cap. 15 núm. 15.

11 Vinnio in § 9 *Inst. de jur. nat. &c.* n. 4.

12 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 1 núm. 115.

13 Suarez *De legibus* lib. 7 cap. 2 y Murillo

lug. cit. núm. 117.

las leyes¹, que parece que exigen uno y otro, las que son en concepto de Vinnio², de consejo, no de necesidad; pues lo que constituye la costumbre, según observa Bartulo³, es el consentimiento y uso del pueblo, que por sí es bastante público para que llegue á noticia del legislador. Además, para los actos judiciales es indispensable contradicción en juicio, y si sin ellos no se introduce costumbre, no existirá jamás esta, mientras no haya contradicción; lo que ciertamente es un absurdo.

7. La costumbre además, para que pueda introducirse, debe ser racional (a), pues toma toda su fuerza del consentimiento presunto del legislador, y en una cosa irracional no se puede presumir que este consiente, aunque haya pasado tiempo inmemorial. „La costumbre, dice la ley 5 tit. 2 part. 1.^a, que el pueblo quiere poner, é usar de ella, debe ser con derecha razón, é non contra la ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar do se face, é dévenla poner con gran consejo, é non por yerro, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho, é razón, é pro; ca si de otra guisa la pusieren, non sería buena costumbre, mas dañamiento dellos é de toda Justicia;” ó corruptela, como se expresa el derecho canónico⁴. De la costumbre introducida contra el derecho de gentes, dice Gregorio Lopez⁵, que valdrá si de ella resulta utilidad al público; mas Murillo⁶ observa, que no puede concebirse cómo una costumbre de esta clase puede no ser irracional.

8. Se requiere también para la introducción de una costumbre, que se prescriba legítimamente, esto es, que el pueblo ó su mayor parte use de ella por espacio de diez ó veinte años.⁷ Este tiempo debe ser continuo, no interrumpido; y se dirá que se interrumpe, cuando el pueblo ó su mayor parte obran contra la costumbre, aunque sea una sola vez, cuando la autoridad pública castiga por su observancia, y en una palabra, cuando de cualquier otro modo aparezca la voluntad contraria del pueblo ó la reprobación del legisla-

1 LL. 5 tit. 2 part. 1 y 34, D. De legibus.

2 Lug. cit.

3 Citado por Suarez en dicho capítulo núm. 2.

(a) Las leyes 4 tit. 1 lib. 2, y 22 tit. 2 lib. 5 de la Rec. de Ind. disponen que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que fueron cristianos, no siendo opuestas á la religión ni á las leyes escritas, se guarden y ejecuten; aprobándose por dichas leyes, y confirmando si así fuere necesario.

4 Cap. 3n. De consuetudine.

5 Glos. 13 de dicha ley 5.

6 Cursus jur. canon. lib. 1. n. 118.

7 L. 5. tit. 2. part. 1. Gregorio Lopez en su glosa 4 dice, que bastan diez años para la introducción de una costumbre, por la razón de que el pueblo siempre está presente, y de consiguiente no necesita de los veinte años que se conceden para la prescripción contra el ausente; de manera que en su juicio se habló inadvertidamente cuando se señaló el periodo de veinte años, siguiendo la doctrina común de las prescripciones. Meza (Arte de conocer la fuerza y uso de los derechos, lib. 2. cap. 5.) sin embargo, opina por la necesidad de los veinte años para la introducción de la costumbre contra ausentes, ó estándolo el señor de la tierra.

dor¹. Sin embargo, hay casos en que es necesario el transcurso de todo ese tiempo para establecer una costumbre, y se verificarán siempre que el legislador tenga conocimiento de ella y la permita, de tal modo, que moralmente hablando, pueda inferirse por un hombre sensato y prudente que consiente su observancia y le comunica su tácita aprobación².

9. Por último, se requiere para la costumbre el consentimiento del legislador, acerca del cual se expresa la ley 5 tit. 2 part. 1.^a en los términos siguientes: „Sabiéndolo el señor de la tierra, é non lo contradiciendo, é teniéndolo por bien.” Mas sobre este punto debe advertirse que no es necesario un consentimiento personal tácito ó expreso, siendo bastante el interpretativo ó legal, como asientan muchos autores³; de otro modo no habría diferencia alguna entre la ley y la costumbre⁴. Con todo, esta tolerancia en el soberano para introducir la costumbre, ha de ser no solamente permisiva, sino operativa ó aprobativa, lo cual podrá distinguirse por las circunstancias.⁵

10. La costumbre tiene la misma fuerza que la ley, y por lo mismo introduce nuevo derecho, é interpreta y deroga el establecido, tomando según eso diferente nombre, como ya advertimos en el número 2. Mas para adquirir aquella calidad la costumbre, ha de ser afirmativa, esto es, que se ha usado tal cosa; porque siendo negativa, esto es, que no se ha usado, no la tiene aunque dure mil años, á no ser que envuelva en sí algunos actos afirmativos, por lo ménos tácitos⁶. Cuando hay dos costumbres en algun pueblo, vale la mas moderada; y no habiéndola sobre alguna cosa, se ha de guardar la del lugar mas cercano⁷. Si además de lo que es necesario de derecho, se usan en cualesquiera actos algunas cosas para mayor seguridad, cautela y consejo, no valdrá esto para introducir costumbre que tenga fuerza de ley⁸. Para que la costumbre derogue absolutamente una ley, debe ser general; pues siendo particular, solo producirá este efecto en el lugar donde se hubiere introducido⁹.

11. Cuando en la ley se pone la cláusula: „No obstante, ó á pesar de cualesquiera costumbre en contrario;” debemos distinguir, si solo se refiere á la costumbre anterior, ó habla en general. Si lo primero, no se entiende prohibida la costumbre futura, sino solo la anterior que es la que entonces resiste á la ley¹⁰; advirtiéndose, que por lo regular esa cláusula no deroga la costumbre inmemorial, excepto

1 Suarez De legibus lib. 7. cap. 8. n. 14 y 15.

2 El mismo lib. 7 cap. 18 n. 17.

3 Teatro de la legislación, tomo 10 pag. 7.

4 Murillo Cursus jur. canon. lib. 1. n. 122.

5 Suarez De legibus, lib. 7. cap. 13. n. 7 y 12.

6 Curia filipica part. 1. § 8 n. 18.

7 Arg. de la ley 4 tit. 19 part. 1.

8 Curia filipica lug. cit.

9 L. 6 tit. 2. part. 1.

10 Suarez De legibus, lib. 7. cap. 7.

cuando es irracional ó inicua, ó de ella se hace expresa mención. Cuando dicha cláusula es general, como la ley por su naturaleza es siempre relativa á lo por venir², se extiende también á la costumbre futura; la que entónces, como destituida expresamente del consentimiento del legislador, no podrá prevalecer contra aquella³, ni aun siendo inmemorial⁴.

12. El que alega una costumbre debe probarla, porque la prueba siempre corresponde al que afirma⁵; y por otra parte, como la costumbre es una cosa de hecho⁶, no se presume mientras no se prueba⁷. Esta prueba es por lo regular difícil⁸, porque para verificarla es necesario probar todo lo que hemos dicho que constituye la costumbre⁹. Sin embargo, podrá efectuarse: 1.º por escritura, si con el trascurso del tiempo hubiere llegado á escribirse¹⁰; 2.º por sentencia judicial, cuando en juicio contradictorio se disputare si tal cosa era ó no costumbre, y por último el juez decidiere por la afirmativa¹¹; 3.º acreditándose que se han pronunciado por juez competente dos sentencias con arreglo á la costumbre de que se trata¹²; 4.º probándose que desde tiempos muy remotos se ha observado alguna cosa inviolablemente, sin que haya noticia de haberse practicado jamás lo contrario¹³; y 5.º por dos testigos contestes que depongan del uso del pueblo ó de su mayor parte, de la frecuencia de los actos y del trascurso del tiempo legal¹⁴; sin que baste que algun autor, aunque sea muy célebre, testifique de ella en sus escritos, porque en las cosas de hecho se engañan aun los muy sabios¹⁵. Para probar la costumbre inmemorial se requiere además, que los testigos depongan que así lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años; así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, los que asimismo así lo vieron y oyeron; que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que de ello es pública voz y fama, y comun opinión entre los vecinos y moradores de la tierra¹⁶.

13. La costumbre pierde su fuerza, ó por una ley que la destruya, ó por otra costumbre que le sea contraria¹⁷. Respecto de este segundo modo, se advierte, que para que una costumbre extinga otra

1 Suarez *De legibus*, lib. 7. cap. fin. Barbosa. *De Clausulis*, claus. 87. n. 8.
2 Véase el n. 7 del cap. 2 de este título.
3 Barbosa lug. cit.
4 Acevedo en la ley 3 tit. 1. lib. 2. R. C.
5 LL. 1 tit. 14 part. 3. y 2. *De probationibus*.
6 Cap. 1. *De constitutionibus*, in 6.
7 LL. 12. § 2. D. *De captiv. et postl. rev.*, y 10 C. *De non numer. pecunia*.
8 Reiffenstuel *Jus canonicum*, lib. 1. tit. 4. n. 170. Glos. in cap. fin. *De consuetudine*.
9 Reiffenstuel lug. cit.
10 El mismo, n. 172.

11 L. 5 tit. 2. part. 1. vers. *Eso mismo seria*, cap. 25. *De verb. signif.* l. 34. *De legibus*. Reiffenstuel, lug. cit. n. 174.
12 L. 5 cit. vers. *Si en esta tiempo*, Reiffenstuel, lug. cit. n. 175. Véase el núm. 6 de este capítulo.
13 Cap. 37. *De praebendis et dignitatibus* Hostiensis in sum. tit. *De consuetudine* n. 6.
14 Mascardo *De probationibus*, conclus. 424.
15 Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 1. n. 124. citando la ley 2. *De jur. et fact. ignorant.*
16 L. 1. tit. 7. lib. R., ó l. tit. 17. lib 10 N.
17 L. 6 vers. *E desatase* tit. 2. part. 1.

costumbre que sea contraria á la ley, no se requieren los mismos actos, ni el trascurso de aquel tiempo que se ha dicho para su introduccion; sino que entónces son bastantes los actos que á juicio de un varon sensato y prudente manifiesten el consentimiento del pueblo acerca de volver á la antigua ley, renunciando el derecho que habia adquirido por la costumbre¹.

14. Además de la costumbre, dice Vinnio² que algunos tienen por especie de derecho no escrito las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero añade el mismo autor que en su concepto piensan muy mal: porque aunque no sea despreciable la autoridad de las decisiones de los tribunales, sin embargo no ha de atribuírseles tanta, que deban seguirse como ley, si entre otros hubiese despues algun pleito igual ó semejante. Una ley romana³ decia: „*Non exemplis sed legibus judicandum est*”; y la de Partida⁴ establece: „*Guisada cosa es, é derecha que el juicio que fuere dado contra alguno, non empesce á otro*”.

1 Reiffenstuel, lug. cit. n. 198, citando á Suarez *De legibus*, lib. 4. cap. 1.º n. 13.
2 Vinnio en el § 9. *Inst. De jur. nat. &c.*
3 L. 13. C. *De sent. et interl.*
4 L. 20 tit. 22 part. 3.