

donde nace el uso deben ser uniformes, públicos, múltiples, observados por la generalidad de los habitantes, reiterados durante un largo espacio de tiempo, tolerados constantemente por el legislador, y no contrarios al orden ó al interés público (1).» Savigny nos refiere las opiniones de los demás, y acaba por no decirnos la suya. Blakstone no cuenta entre los requisitos de la costumbre el consentimiento del legislador.

Así se han apartado de la razón legisladores y publicistas, viniendo á coincidir en el fondo con aquellos otros que, partiendo de diverso campo, sostuvieron que la introducción de la costumbre ha sido consecuencia necesaria de la debilidad de los soberanos ó de la ignorancia de los pueblos. Por fortuna, retraimientos de este género han sido siempre en la Historia pasajeros, y no puede tardar la ciencia en reanudar el hilo roto de la tradición, y satisfacer las más legítimas aspiraciones de la vida contemporánea. Principia ya á reconocerse que el Estado, si bien es un organismo perfectamente unitario, realiza su vida, ejecuta los actos en que esta vida se manifiesta, de dos diversos modos: primeramente, de un modo directo, impersonal, tomando parte en ella la sociedad entera como unidad inorgánica é indiferenciada; después, de un modo indirecto, mediato (mediante órganos individuales ó colectivos), oficial, representativo (por mediación de sus agentes ó representantes oficiales, que obran á nombre del todo y para él). Por manera que el Estado es, en un aspecto, Estado general, común, inmediato, constituido por todos los seres racionales que en él viven y expresan esa su vida de un modo original y propio, y en otro aspecto, Estado personal, oficial, mediato, constituido por los órganos ó funcionarios, legisladores, magistrados, y en una palabra, por los artistas del derecho, que desempeñan reflexivamente y con conciencia las mismas fun-

(1) Dalloz, *Repert. de legis l., de doct. et de jurisprud.*, v^o Lois, § 115. En el § 529 cita como contrarios al principio de la abrogación de la ley por la costumbre, además de Bacón (*Ensayo sobre la justicia*, afor. 57), á Zachariae, I, p. 29; Blondeau, *Introd. al estudio del derecho*; Duvergier y Toullier, I, 162, nota 5. Foucard, *Demolombe*, Berriat Saint Prix, Rolland de Villargue. Y añade que en este sentido se ha pronunciado en definitiva la jurisprudencia más general.

ciones que el Estado general ejerce inconscientemente. La vida del Estado va revistiendo estas dos formas simultáneamente, y no puede dejar de revestirlas jamás, porque son totales é irreductibles entre sí. Nace de aquí que todo organismo jurídico se manifieste como en una dualidad, que ofrezca la apariencia de dos Estados en el Estado, totales ambos, y cada uno interior al otro. A causa de esta totalidad, produce el Estado dos géneros de reglas positivas de derecho, igualmente sustantivas, insustituibles y necesarias:—reglas *consuetudinarias*, directamente por sí, sin el concurso de sus interiores organismos, é independientemente de que los tenga ó no, es decir, en cuanto Estado general ó impersonal, en cuanto comunidad que se interpreta y traduce á sí misma;—y reglas *legales* ó pragmáticas, indirectamente, por medio de sus órganos, de sus funcionarios, de sus representantes, sin el concurso directo de la actividad general, esto es, en cuanto Estado oficial. Entrambas formas de derecho positivo proceden de una fuente común, la soberanía única, la soberanía del Estado (ó como suele decirse, restringiendo el concepto Estado á los círculos superiores, la soberanía *del pueblo*), pero en condiciones diversas, y por esto, revestidas de cualidades muy diferentes, que hacen que no pueda sustituirse la una por la otra sino muy imperfectamente, como no puede sustituirse la respiración cutánea por la pulmonal en el cuerpo humano. La historia comparada de las legislaciones nos enseña que de esas dos formas de la regla jurídica, la costumbre es más esencial que la ley, contra lo que han opinado siempre la generalidad de los jurisconsultos hasta Hugo y Savigny. Y si las dos dimanen de una misma potestad, serán, cuando más, dos manifestaciones de ella, paralelas y coordinadas, y la costumbre que la expresa de un modo directo, no habrá menester la confirmación de los poderes oficiales, que tan sólo la expresan por delegación, indirectamente. La formación de las costumbres jurídicas se parece en esto al nacimiento de las personas, así individuales como sociales: el poder oficial toma acta del hecho, lo registra, á fin de conocer su existencia; presta las garantías debidas á los derechos nacidos de él, pero no toma parte algu-

na en su producción. Erró la procedencia de una y otra fuente de derecho, y no acertó con su unidad, el jurisconsulto que dijo: «La ley y la costumbre establecen una relación entre el hombre y el principio del derecho, pero esa relación en la ley viene de arriba abajo, esto es, del legislador al pueblo; mas en la ley sube de abajo hacia arriba, como una súplica respetuosa del pueblo al legislador.» (1.)

3. Antigüedad ó prescripción. — *Falsa analogía establecida entre la prescripción y la costumbre. Trascurso de tiempo requerido en consecuencia.*—No basta, á juicio de los Autores, que se haya producido una pluralidad de actos uniformes: es preciso que esta repetición se haya sostenido durante un largo espacio de tiempo. «La costumbre no es tal si no es *antigua*, es decir, de observancia de mucho tiempo (2);» es decir, que se ha de sustraer á la acción de las leyes biológicas, que ha de nacer perfecta, desarrollada, madura, vieja, como ni siquiera nacieron en la fábula Venus y Minerva. No ya un sólo acto es insuficiente: un millón de actos lo serían también si se ejecutaran simultáneamente (3). Lo enseñaba el derecho romano (*longa consuetudine per annos plurimos observata*, Dig. 35 de legib.; *diuturna consuetudo*, ibid., ley 33; *diuturni mores*, Instit., lib. I, tít. II, § 9); y el derecho canónico, concretando la idea, estableció que para que la costumbre fuese legítima, debía ser *canonice prescripta* (4). Desde entonces, la prescripción ha venido figurando entre los requisitos esenciales de la costumbre, y la desconformidad entre los Autores ha recaído únicamente sobre el

(1) Tarrasa, *ob. cit.*, pág. 105.

(2) Tarrasa, *ob. cit.*, pág. 109.

(3) Vid. etiam Bart. (in lege de quibus), quod non sufficiet quod plures actus fierent eodem tempore, sed debent esse tempore sucesivo (Apud Gregorio López, ad leg. 5, tit. II, Partida 1^a.)

(4) •C. 11, X, de consuetud. (I, 4); C. 1, de consuetud. in VI (I, 49); de offic. ord. in VI (I, 15); C. X, de elect. (I, 6).—Meurer (*Ensayos jurídicos*, Leipzig, 1780) ha hecho un estudio sobre el sentido de estos pasajes, y pretende que aquí se trata de derechos particulares que conferir á un tercero, y no de la costumbre establecida por prescripción. Sin embargo, vuelve á la misma explicación que yo he dado, al menos respecto á la C. II, X, de consuetud.—Glück, I, § 86, ha adoptado la primera opinión de Meurer.—Eichhorn, *Derecho eclesiástico*, p. 42 y 43, refiere estos pasajes, no á un

número de años que debía durar. ¿Existe fundamento racional para esta nueva exigencia?

La prescripción en lo civil está basada en una presunción, —(que el que deja de usar un derecho por mucho tiempo, entendiéndose renunciar á él),—y en una necesidad nacida de la finitud humana—(la necesidad de determinar los derechos, y por tanto, de poner un límite al no uso ó no ejercicio de ellos).—En lo criminal, se supone también fundadamente que el delincuente que ha observado una conducta intachable durante un período tan largo como el que requieren las legislaciones para la prescripción del delito ó de la pena, está ya moralmente regenerado, y se ha cumplido, por tanto, el efecto que trataba de lograrse por medio del castigo. Pero en derecho público constitucional, la prescripción no tiene cabida: es un concepto enteramente extraño á la soberanía y á lo que son emanaciones de ella ó consécuencias de su ejercicio. No bien se modifica el estado social en una cualquiera de sus relaciones jurídicas, ó en varias, forzosamente ha de modificarse en igual sentido la forma de contraerlas, y por tanto, el plan del hecho que responde á ellas, la regla á que tal plan obedece. Si ese estado cesa ó se extingue, la regla correspondiente, sin objeto ya á que aplicarse, deberá también extinguirse ó cesar: ni el nacimiento, ni la modificación, ni la extinción de la regla, dependen de la voluntad, sino de leyes objetivas á que el hombre no puede sustraerse; y no dependiendo de la voluntad, tampoco le es aplicable la presunción que fundó la teoría de las prescripciones. El ejercicio de la soberanía nada tiene que ver con los modos de adquirir: la tiene el pueblo como propiedad inherente á su naturaleza, y no ha menester adquirirla por prescripción ni de otro modo, aún en el supuesto de que esencialmente fuera atributo de los poderes oficiales. Pero éstos la ejercen únicamente por delegación, como mandatarios del Estado, y no siendo cosa suya, no pueden abandonarla, ni re-

derecho consuetudinario propiamente dicho, sino á una *observancia*, es decir, á un estatuto tácito que establece derechos para los terceros (§ 20 f). Acaso estos textos hayan sido dictados para casos semejantes; pero Eichhorn mismo reconocía su generalidad, y acaso también lo vago de la expresión responde á la oscuridad del pensamiento (Savigny, *ob. cit.*, § XXV).»

nunciarla, ni perderla: constituye un deber imperativo para ellos, y los deberes son irrenunciables. La soberanía es una y única, y si el Estado pudiera ganar por prescripción el derecho de introducir una costumbre, lo ganaría de sí propio, no de los poderes, que no pueden perder lo que no tienen; y eso es absurdo. Digámoslo de una vez: la soberanía es imprescriptible. Y por tanto, el nacimiento de la costumbre no puede regirse por las leyes de la prescripción; de otro modo, parece como si se ganara por sorpresa, del legislador, algo que le pertenecía, y que mientras no ha transcurrido el tiempo fijado para que la sorpresa cause estado, la regla consuetudinaria es injusta, aun cuando responda al sentimiento unánime de la sociedad, y los poderes se hacen culpables de debilidad ó de negligencia en el desempeño de sus cargos.

¿De donde ha podido nacer la idea de aplicar á la costumbre el principio de la prescripción? Puede conjeturarse que han contribuído á ello:—1º El derecho feudal, que admitía la prescripción de la soberanía ó de algunos de sus atributos: así, por ejemplo, en Aragón, era cosa corriente ganar los señores contra el Rey la jurisdicción *por costumbre ó prescripción inmemorial*, y el Rey contra los señores por prescripción de treinta años: si no nació de aquí la extraña doctrina de la prescripción de la costumbre, debióse al mismo sentimiento ó al mismo equivocado concepto de la soberanía que inspiró esa supuesta prescripción de la jurisdicción real:—2º La coincidencia del nombre *usus*, que entra en la expresión de entrambos conceptos: *a) usucapio*, quasi «*usu rem capere*:» la prescripción se adquiere «*ex diuturno usu*» (ley si quis diuturno, ff. si serv. vend.): *b) usus*: consuetudinis *ususque* (ley 2 C. quæ sit longa consuetudo): *ex non scripto jus venit quod usus comprobavit, nam diuturni mores consensu utentium...* (Instit., tít. II, lib. I, § 9). De aquí el concepto en distinción y en relación que da Blackstone de la prescripción y de la costumbre, como *uso personal* la una, y como *uso local* la otra (1).

(1) «La distinción entre la costumbre y la prescripción consiste en que la costumbre es propiamente un uso local y no anejo á una persona: tal la costumbre

Bártolo y Baldo distinguían la prescripción de la costumbre diciendo que ésta es derecho ordenador ó imperativo, derecho que dispone (*jus disponens*) por consentimiento de todo el pueblo; y prescripción, derecho ordenado ó dispuesto (*jus dispositum*), introducido por el consentimiento de personas privadas. Salazar impugna el concepto de Bártolo, y dice: «Hablando propiamente, la costumbre no puede decirse prescripción, sino corroboración y confirmación del consentimiento tácito por el trascurso de tiempo. Por esto, en la prescripción de la costumbre no se requiere título y buena fe (1). Como consecuencia, niega el carácter de costumbre á la que es introducida por una minoría del pueblo, y la denomina prescripción (2). De un modo parecido á Bártolo, afirma Dalloz que la prescripción se diferencia de la costumbre (*usage*) en que aquella nació del hecho de un particular, sólo á él aprovecha, quita á uno para trasferir á otro, exige título, buena fe, y en ciertos casos, ciencia cierta; mientras que la costumbre se engendra de actos uniformes de diversas personas, no priva á nadie de cosa alguna, y obliga áun á aquellos que no han te-

en virtud de la cual, en la extensión de tal ó cual señorío, las tierras deben pasar al hijo menor. La prescripción está puramente fundada en un *uso personal*, por ejemplo, cuando Sempronius, ó aquellos cuya propiedad posee, han tenido de tiempo inmemorial tal ventaja ó tal privilegio (Co. Litt., 115). Si, por ejemplo, está en uso, en la parroquia de Dale, que los habitantes de ella tengan libertad de distraerse en cualquier tiempo con la diversión de la danza en un determinado lugar, lo cual se considera como un uso permitido por la ley, constituye esto una costumbre, porque se aplica al *lugar* en general y no á una *persona* en particular. Pero si el que posee en feudo el señorío de Dale pretende que él y sus antepasados, ó aquellos de quienes adquirió la propiedad sobre este señorío, han poseído de tiempo inmemorial el derecho común de pastos en aquel lugar, constituye entonces una prescripción, porque es un uso que atañe á la persona del propietario de ese feudo (Blackstone, lib. II, cap. XVIII).

(1) *De usu et consuet.*, cap. VIII, § 4.

(2) *Ut consuetudo dici valeat, debet esse vel tacito consensu omnium, vel majoris partis populi aut viciniae moribus introductum: l. de quibus l. diuturna ff. de legib.* Igitur, ubi mores minorem partem teneant populi, magis dicitur praescriptio quam mores vel consuetudo, refertur enim ad paucos qui volunt praesudicare circa factum vel donationem. Inde quia paucorum est consensus, non praesudicat majori parti. *l. majorem, ff. de pact. l. aliud, § refertur, ff. de regul. jur., l. quod major, ff. ad muni.* Pariter nec prodest reliquis qui simili jure velint privatim uti. Nam et si quisque eorum qui consentit, faciens actum in favorem alicujus, acquirere alii expressim vellet, id facere non posset, etiam stipulatione interveniente dum in illius sacris non esset: *l. stipulatio ista, § alteri, ff. de verb., et § si quis alii inst. de in util. stipul.* Igitur et sine consentiunt seu dationi (Salazar, *ob cit.*, cap. VIII, § 1).

nido parte alguna en su formación, ó que no la han conocido (1).

Azón y su discípulo Accursio fueron los primeros en definir el *plurimos annos*, fijando su número en diez años contra los presentes y veinte contra los ausentes (2). Juan Andrés y el Abad opinaron que diez años eran la cifra justa, porque el pueblo está siempre presente (3). El Código castellano de las Partidas introdujo, aunque sin especificarla, esa misma tasa de tiempo (4); y Gregorio López y Paz fueron de opinión que la mente del legislador había sido dar por suficiente el período de los diez años (5), por la misma razón de que al pueblo se le considera siempre presente, lo mismo que al legislador; pero, sin embargo, añaden, estaría mucho más claro si el tiempo transcurrido fuese de veinte años. Suárez opina igualmente que bastan los diez años, porque las leyes no dicen sino que la costumbre sea *longaeva et antiqua*, y que para que sea antigua ó de largo tiempo requiérense y bastan diez años, (6): para que una costumbre prescriba contra otra costumbre, cree también necesario que trascorra un decenio. Casi todos los intérpretes están conformes con Suárez y G. López en reducir á un término único de diez años, los dos de diez y veinte que establecen las Partidas (7). Sin embargo, no le parece tan

(1) *Repert. de jurispr.*, t. xxx, v^o *Lois*, § 112; y añade: “una distinción tan evidente por si misma no tenía necesidad de ser desarrollada con toda la importancia que le han dado los autores antiguos (Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, cap. 66, n. 23; d’Argentrée, *Cout. de Bretagne*, art. 277; Beaumanoir, cap. 24; y Dunon, de *Praescript.*, cap. 13).”

(2) Azon, tit. C. *quae sit longa consuet.*; Accurs. in l. 34 ff. de leg. verb. *cum de consuet.*; *ibid.*, § *cum placitum instit. de usu*.

(3) Accurs. *in glos. ad leg. 33 ff. de legib.*; Azon, *in sum. C. quae sit longa consuet.*; Paz in l. 1 Tauri, n. 251 y 207; Juan Andrés, *in trac. de consuet.*, col. 9; el Abad, *in cap. fin. de consuetud.*, col. 7; G. López, in l. 5, tit. II. Part. 1^a;—citados por Fernández de Mesa, *ob. cit.* lib. II, § 63 y 64.

Dicen algunos, que la distinción de ausentes y presentes no cabe en la costumbre, porque el pueblo siempre está presente, por lo cual regulan ser bastante diez años. Bobadilla, *Politic.*, lib. II, cap. x, n. 45; Cevallos, *Comm. contra com.*, q. 357, n. 6; apud Castro, *De las leyes*, lib. II, disc. v, p. 112.

(4) “El pueblo ó la mayor parte de él, si usaren diez ó veinte años á hacer una cosa como en manera de costumbre, etc. (Partida 1^a, tit. II, ley 5^a).”

(5) G. López, *Coment. á la citada ley*, nota 20.

(6) *Tractatus de legib.*, lib. VII, cap. xv.

(7) La Serna, *ob. cit.*, secc. III, n. 63.

inútil é irracional la distinción á Fernández de Mesa, antes bien cree que pueden ser necesarios los veinte años, ó al menos un plazo mayor de diez: 1º, para que obligue á los individuos ausentes la costumbre introducida por el pueblo, que, con efecto, está siempre presente, de igual modo que un particular ausente no pierde una cosa de su propiedad que ha principiado á usar el pueblo, sino hasta que han trascurrido veinte años: 2º, si el príncipe está ausente, á menos que no mediase algún acto positivo por el cual se demostrase que estaba conocedor de aquella costumbre (1). Rochus entiende igualmente que no basta la costumbre de diez años para obligar á los forasteros, porque no siendo súbditos, sólo el propio consentimiento puede obligarles, y para inducirlo, se ha menester el transcurso de veinte años (2).

No podía escapar á Suárez lo absurdo é irracional de este mecanismo; y así, al mismo tiempo que rendía parias al saber de su tiempo, admitiendo el término decenal, según hemos visto, iniciaba un sentido menos estrecho en la concepción de la costumbre jurídica, valiéndose de una de aquellas distinciones artificiales á que tan inclinados eran y á que tan amenudo recurrían los escolásticos, y que ya encontró iniciada en Silvestre y en otros. Divide la costumbre en *prescrita* (de sólo hecho) y *no prescrita* (de sólo derecho): dice que aunque las leyes declaran que basta una costumbre larga, nunca declaran que no baste una menor; que si el príncipe no tiene conocimiento de la costumbre, es esencial que trascurra el tiempo íntegro de la prescripción; pero que si la costumbre nace y se

(1) Fernández de Mesa, *ob. cit.*, § 66 y 68. Sin embargo, si esta interpretación no se admitiese, como no puede suponerse que los doctores que compusieron las Partidas pusieron diez y veinte años á humo de pajas y para hacer dudosa la ley, habrá que convenir, según Mesa, en que esas dos cifras se pusieron como límites dentro de los cuales podía moverse el arbitrio judicial; esto es, que ni el tiempo debía ser menor de diez años ni tampoco inmemorial (§ 65 y 69).

Marton y Santa Pau opinan que el plazo de diez años se refiere á las costumbres introducidas contra pueblos, y el de veinte, á las introducidas contra particulares. (*Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con el de Castilla*, 1865, pág. 81).

(2) *Roc. de Curt., de consuetudine*, n. 705, donde cita otros que sostienen su mismo dictámen. Apud Mesa, § 67.

práctica á ciencia y paciencia del príncipe, por la misma naturaleza de las cosas debe bastar un tiempo menor. Cuánto ha de rebajarse de los diez años por concurrir esa condición, no se atreve á decidirlo, porque depende de circunstancias que no concurren por igual en todos los casos; de modo que en unos tendrá que ser mayor que en otros (según sean de más frecuente uso, más públicos, etc.). Si se pronunciase una sentencia favorable á la costumbre, y esa sentencia procediese directamente del príncipe ó fuese confirmada por él, sería signo seguro de su voluntad; indicio vehemente, si el fallo hubiese sido dictado por un Tribunal inferior y el príncipe lo tolerase (1). La costumbre se introduce entonces, no por modo de prescripción, sino por virtud del personal consentimiento tácito (2). Igual solución sustenta con respecto á la costumbre derogatoria de otra costumbre. Si el príncipe ignora su existencia, se ha menester un decenio para que prescriba contra él; si le era conocida y la consentía, basta un tiempo menor, á juicio prudente de los jueces (3).

El criterio del arbitrio judicial que Suárez aplica en un caso determinado, habíalo proclamado antes Soto como principio general. Sostenía que el tiempo necesario para la prescripción

(1) Ita sentiunt Anton. Sylvest., D. Anton., Angel. et alii... nam distinguitur inter principem scientem et ignorantem populi morem, et dicunt brevis tempus requiri quando princeps scit consuetudinem quam cum illam ignorat... quia licet jura dicunt *longam consuetudinem* sufficere, numquam dicunt minorem non sufficere. Et alioqui *ex natura rei* potest sufficere minor haec consuetudo, si Princeps habeat scientiam ejus, quia potest sufficienter indicare consensum ejus et populi, ut per se notum videtur: ergo illa consuetudo sufficit, quia tantum est necessaria ut sit sufficiens signum voluntatis legislatoris...

...Praesertim vero sententia lata in favorem consuetudinis, si illa preferretur vel confirmaretur à supremo Principe esset sufficiens signum voluntatis ejus. Imo etiam sciretur data ab inferiori iudice, et toleraretur, esset non modicum signum (*ob. cit.*, lib. VII, cap. xv).

(2) *Ibid.*, cap. viii.

(3) Quæri autem potest quanto tempore vel quibus actibus posterior consuetudo deroget priori. Dicendumque est non sufficere unum vel plures actus contrarios, sed requiri consuetudinem praescriptam, vel sufficientem ad revocandam legem... Et ratio est quia nulla consuetudo potest inducere novum jus, nisi sit praescripta, vel consensu Principis probata, et consequenter, nec potest priorem consuetudinem abrogare, nisi ejusdem Principis consensum habeat. Unde ad minimum est necessarium decennii tempus, ignorante Principe, vel arbitrarium secundum prudentiam, si Princeps scientiam habeat novae consuetudinis. (*Ibid.*, cap. xx.)

de la costumbre no está definido por la naturaleza de las cosas: la costumbre cobra fuerza de ley cuando, á juicio de la generalidad, el ir contra ella sería tenido por falta grave. Constituido este criterio, la conclusión era natural: debe dejarse al prudente arbitrio del juez el discernir cuándo ha transcurrido tiempo suficiente para que el consentimiento del príncipe no deje lugar á dudas y la costumbre sea reconocida (1). Por su parte, Salazar opina: 1º, que si no transcurrió el tiempo natural de la prescripción, pero medió una sentencia favorable, debe considerarse suplido por ella el tiempo que falte; 2º, que si no se ha consumado el término de la prescripción, ni se pronunció sentencia alguna confirmatoria, debe el juez inquirir y apreciar la razón por la cual se ha introducido y se observa tal costumbre no prescrita, la frecuencia de su observancia, etc., á fin de reconocerle validez si entiende que procede (2). Idéntico principio sustentó Cujas, increpando á los glosadores porque pusieron tasa á la diuturnidad de la costumbre (3). Y si se exceptúa á los tratadistas españoles, que continúan fieles al

(1) In verbo *praescriptio* considerandum quod tunc consuetudo vim adipiscitur legis, quando communi hominum iudicio et arbitrato peccatum esset facere contra illam. (Soto, *De iustitia et iure*, 1594, lib. prim. quaest. VII, articulo 2º.)

Denique in hac consuetudine locum habet opinio Soti et aliorum dicentium tempus hoc determinandum esse prudenti arbitrio, nimirum quando agitur de conjectanda mente principis et populi. (Suárez, *Tractatus de legibus*, lib. VII, cap. XV.)

(2) Si nondum tempus praeterierit quo praescriptae mores sint, nec demum intervenierit pro moribus sententia, causa cognita, id statuet praetor, quod sibi probatum existat, in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servatum esse, pensata procedenti consuetudine, et ratione quae consuetudine sua sit custodienda. Sin ergo tres casus fingimus: Unum ubi consuetudo est praescripta, quae debet servari pro lege: ita ut praetor litem fecisse dicatur ipsius propiam, si contra talem consuetudinem legitime probatam statuatur; praecipit enim lex quod juxta consuetudinem probatam statuatur, l. 1 *quae sit longa consuetudo*, ibi, praeses provinciae statuatur. Secundus, ubi praescripta nondum sit: caeterum sit rationabilis et juxta ipsam pronunciatum, d. l. 33 incipit *cum de consuetudine*, ff. de legib. Tertius casus est ubi frequentia actuum intervenerit, nondum tamen praeterierit longum tempus, nec demum de negotio intervenerit ulla sententia; in quo casu, relinquatur arbitrium iudicis quod ponderet rationem causamque introducendi consuetudinem qualis fuerit; lex l. Cod. quae sit. l. c. (Salazar, *De usu*, cap. VII, § 14.)

(3) In tit. C. quod sit longa consuetudo; cit. por Fernández de Mesa, *ob. cit.*, § 70.

principio de la prescripción decenal de las Partidas (1), la gran mayoría de los jurisconsultos, á cuya opinión añade gran peso la autoridad de Savigny, se han pronunciado en favor de la libre apreciación del Juez (2). El ilustre jefe de la escuela histórica, lo mismo que Soto, rechaza la reducción y asimilación de la costumbre al modo de adquirir por prescripción en derecho civil: «la naturaleza de la prescripción, dice, no es apropiada para el establecimiento de una regla general de derecho: además, su aplicación sería imposible, porque hay muchas clases de prescripción, y el derecho canónico que requiere que la costumbre sea prescrita, no fija ningún plazo para ella (§ 25).»

Todavía ha encontrado el sano sentido común otro camino por donde abrir portillo en el principio de la prescripción decenal, aprovechando el flanco descubierto que le presentaban las Partidas, al establecer gratuita é infundadamente una confusa distinción entre costumbre y uso: «El uso se adquiere, dice Gregorio López, por tiempo breve, si se introdujo por alguna urgente necesidad por la cual no era posible dejarlo de hacer; pero aunque sea razón que lo que así se hizo valga por entonces, no debe proseguir en adelante (3).» «En todo caso, nunca es menester tan largo tiempo como para la costumbre, pues como menos universal y de menos virtud que ésta, no necesita del mismo tiempo ni de la misma cualificación de actos, porque si los necesitase, valdría lo mismo que la costumbre, á lo menos particular, supuesto que tiene las demás circunstancias.... y por esto también, hablando del uso, no se señala tiempo en nuestro derecho, sino que se deja á arbitrio

(1) "Diez años, por lo tanto, parecen suficientes para que una costumbre pueda considerarse como legítima. De este modo entendió también la ley Greg. López, y generalmente los intérpretes. (La Serna, *ob. cit.*, secc. 3ª, § 63, nota.),

(2) "Más tarde se convino en no fijar plazo alguno, dejándolo todo á la prudencia del Juez. Este partido era el más razonable. Aquí, lo mismo que en lo tocante al número de actos, el único peligro contra el cual hay que precaverse es el de tomar como signo de una convicción común hechos individuales, accidentales y pasajeros," (Savigny, § 29; cita á Puchta, *ob. cit.*, II, p. 93 y siguientes.)

(3) In lege 3, tit. II, Part. 1ª, glos. ult., apud Mesa, § 43.

del Juez, aunque lo contrario suceda respecto de la costumbre, para la cual señala, á lo menos indeterminadamente, el de diez ó veinte años (1).» Así, por un rodeo, se vino á parar á aquella misma conclusión: el arbitrio judicial.

La jurisprudencia francesa ha exigido, para que el uso pudiera abrogar una ley, que sea uso *largo*, y cuente igual número de años que el fijado para la prescripción inmemorial (2), y además, que la inejecución de la ley no proceda de aquellos que están encargados de ejecutarla (3). El Código civil francés, hablando de usufructo de montes, dice: «Conformément à l'usage des *anciens* propriétaires (art. 591).» Se ha decidido especialmente que la ley del 25 Vent. año 11, no contaba en 1826 bastante antigüedad para considerarse como desusada por consecuencia de una costumbre siempre contraria (4): sin embargo, se ha fallado en sentido contrario acerca de este último extremo (5). Así es que los jurisconsultos franceses están de acuerdo con los nuestros en exigir antigüedad ó prescripción á la costumbre: «Para que el uso sea válido, dicen, es preciso que se haya sostenido durante muchos años. Algunos autores han exigido veinte años como *mínimum*. Hoy día, es indudable que corresponde á la apreciación del Juez (6).»

Estas son las principales doctrinas que se han sostenido acerca del tiempo necesario para que una costumbre llegue á sazón: primera, transcurso de diez años: segunda, tiempo prudencial, según el arbitrio del Juez. Otras opiniones se han emitido, pero no han hecho tanta fortuna como aquellas: «Algunos antiguos exigían tiempo inmemorial, pero sin fundamento, y ya ese dictamen ha sido abandonado (7):» sin embargo,

(1) *Idem*, § 43.

(2) *De long cours*.

(3) Tolouse, 28 Nov. 1825, apud *Diet. de Dalloz*, vº Lois, § 529.

(4) Nancy, 26 Jun. 1826, aff. G.

(5) 14 Jul. 1825, aff. Cordod, apud Dalloz, ut supra.

(6) Delamarre et Poitvin, *Traité théorique et pratique de droit commerciale*, § 285.

(7) Aliqui enim antiqui immemorabile tempus postulabant, tamen sine fundamento, et relicta et antiquata est illa sententia (Suarez, *Tractatus cit.*, libro VII, cap. xv).

hay legislaciones, como la aragonesa, que imponen á la costumbre, para ser válida, el requisito de la inmemorialidad (1): otro tanto sucede en Inglaterra: «debe venir practicándose de tiempo inmemorial, dice Blackstone, de modo que si uno pudiese señalar su principio, dejaría de ser costumbre legítima (2): así, no se puede oponer una costumbre á un acto expreso del Parlamento, porque semejante Estatuto es una prueba patente de que hubo un tiempo en que aquella costumbre no existía (3).»—«Otros exigen cien años, fundándose en un texto romano donde la palabra *longævum* significa centenario (4).»—«Otros gradúan el tiempo según la resistencia ó la repugnancia de derecho á la tal costumbre, no siendo á veces suficiente 40 años, sino con algún título putativo, ó tiempo centenario ó inmemorial (5):» también esta interpretación ha sido desechada.—«La duración, según Dunod, que prefiere con razón referirse en este punto al arbitrio del Juez, se fija por la opinión más general en diez ó veinte años para interpretar ó suplir la ley, y en cuarenta para abrogarla; pero no existe cosa tan variable, á causa de las circunstancias, el número y la calidad de los actos que establecen cada costumbre (6).»—Otras veces se hizo distinción, afirmando que contra el derecho canónico debe requerirse una prescripción de cuarenta años; y subdistinguiendo más aún Suarez, falló que «los cuarenta años son necesarios en la costumbre contra ley, pero no en la fuera de ley (7).»—«Niegan otros esta distinción de tiempos y esta separación establecida entre el derecho civil y

(1) Según Franco y Guillén (*Instituciones de Derecho Aragonés*, art. 2º), para que la costumbre derogue el Fuero, es preciso que sea inmemorial.

(2) Si alguien puede fijarle principio, posteriormente á la época á que la memoria puede remontarse *legalmente*, es decir, con posterioridad al primer año del reinado de Ricardo I, no es costumbre válida (Mister Cristian, cit. por Blackstone).

(3) Co. Litt. 111, Blackstone, *Instit. civiles de Inglaterra*, introducción, sección III, § 1.

(4) Savigny, *ob. cit.*, § 29.

(5) Card. de Luca, *de jurisdict.*, disc. 114, n. 3; Castro, *De las leyes y sus intérpretes*, lib. II, disc. V, p. 112.

(6) Dalloz, *Dict.*, t. XXX, vº *Lois*.

(7) «Para prescribir contra el derecho canónico, contra la Iglesia, se exigen cuarenta años, y contra el Soberano, un tiempo inmemorial. Más tarde se convino en no fijar ningún plazo... (Savigny, *ut supra*).» Alii in canonica

el canónico, pero la reconocen por lo que respecta á la prescripción (1).—Algunos, hablando con más precisión y madurez, distinguen de costumbres: ó son *secundum jus*, según el derecho, interpretándolo, en cuyo caso no requieren determinado tiempo, bastando simplemente la frecuencia de actos (2); ó son *praeter jus*, esto es, ni contra el derecho ni conforme al derecho, sino indiferentes, en cuyo caso, piden diez años (3); ó son *contra jus*, derogando el derecho, en cuyo caso (4) piden, unos, diez años tan solo, otros, treinta, otros, cuarenta, otros hacen distinción entre derecho civil y canónico, pidiendo diez años para aquél y cuarenta en éste (5).»—Tocante á la costumbre contra el soberano, también se ha distinguido: si hiere ó destruye alguna prerrogativa inseparable de la magestad, nunca es válida, transcurra el tiempo que quiera; pero si solo es contraria en cierta manera, sin injuria de la Corona, puede ser válida con la real aprobación, sea expresa, sea tácita, pasando un tiempo mayor que el ordinario por el cual se supone el privilegio, cual es el de la prescripción inmemorial (6), ó en algunos casos, la cuadragenaria con título (7).

Ya hemos visto, al exponer una teoría de Suárez, que se ha distinguido también entre costumbre prescrita y costumbre no prescrita, opinando no pocos autores que á esta última quiso referirse Constantino en su constitución 2 quæ sit

consuetudine quadraginta annorum requirunt... sed hoc habet locum in his quæ sunt contra jus, non in his quæ sunt praeter jus (Suarez, *ob. cit.*, libro VII, cap. XV.)

(1) Reiffenstuel, *ad tit. de consuet.*, §. 4, n. 105; apud Castro, lib. II, discursus V, p. 112.

(2) D. Crespi, *Observ.* 1, n. 114; D. Salgado, *De Retent.*, p. 1, cap. 9, n. 9.

(3) Card. de Luca, *De beneficiis*, dis. 30, n. 16.

(4) D. Galindo, *ad tit. 2*, § 24, n. 5.

(5) Castro, *ob. cit.*, lib. II, disc. v, p. 112.—Gregorio Lopez, *ad leg. 5 tit. II*, P. I, dice: "En la costumbre, el tiempo es uniforme, según Juan Andrés, in dict tract. consuetudinis, vers. visa, col. 9, y así se considera por la generalidad en cuanto al derecho civil, según el Abad, in cap. fin., col. 7, de consuetud., y lo mismo en derecho canónico, cuando la costumbre es *praeter jus*. Pero si la costumbre es *contra jus canonicum*, requiérese 40 años. Y si se refiere á las cosas reservadas al príncipe, requiérese en ambos derechos costumbre inmemorial, cap. *super quibusdam*, de verbor., signif., Abb. ubi supra.,

(6) Covarrubias, in cap. posesor., §. 3, n. 3, p. II. L. 3, tit. XIII, lib. ultimo L. I, tit. XV, lib. IV recopil., cit. por Fernández de Mesa, *ob. cit.*, § 61.

(7) Fernández de Mesa, in dict. § 61.

longa consuetudo. «Cujas, *Paratitla in Cod.*, l. 2, VIII, 52, y *Comm. in Cod.*, ad leg. 2, VIII, 52, juzga que dicha constitución alude á una costumbre todavía no avalorada ni fortalecida por el tiempo. Siguen esta opinión Zoesius, *Comment. ad Inst.*, lib. 1, tít. 2, n° 37, *Comment. ad Dig.*, lib. 1, tít. 3, n° 98, y recientemente Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, § 33. A esto se reducen también las distinciones hechas entre costumbre prescrita y no prescrita, y reconocida ó no en juicio contradictorio, que se encuentran en Oldendorp, *Consilia*, I, 3; Schilter, *Praxis Rom. exercit.*, 2, § 21; Kind, *Quaest. forens.*, I, 38.» Pero tampoco esta opinión es conforme al texto de la constitución de que se trata, pues esta habla de «consuetudo ususque *longaevus*,» al cual atribuye *non vilis auctoritas*.» Y luego, ¿en qué podía fundarse la duda de que una costumbre que no carece de todo valor, por faltarle uno de los elementos necesarios, tuviese tanta fuerza que alcanzara hasta á abolir la ley? (1).»

4. Sentencias judiciales.—Algunos han pretendido también que las decisiones judiciales son indispensables para el establecimiento de un derecho consuetudinario (2). Esta opinión, que cuenta muchos siglos de edad, fué ya combatida por Bártolo, el Abad, Rochus, Gregorio López, Salazar y Suarez. El Abad dice con mucha razón que, de exigirse ese requisito, nunca, ó muy rara vez, podría introducirse costumbre, al menos costumbre contra ley (3). El razonamiento de Suarez

(1) Scialoja, Archivo giuridico, t. XXIV.

(2) Lauterbach, I, 3, § 35; Muller ad Struv., I, 3, § 20; Glück, I, § 86; N. V. Guillaume, § 31; Puchta, II, p. 31 y sigs.; cit. por Savigny, obra citada, § 29.

Salazar, *De usu et consuetud.*, cap. VII, § 1, p. 94, dice: Addidit Glossa debere dictos duos actus sententia esse confirmatos ut consuetudo inducatur. Veruntamen, consuetudo non desiderat sententiam: absque ea fit moribus intervenientibus dumtaxat. Ipsa lex de quibus in prin. l. *diuturna* eod. tit., l. 2 C. *quae sit longa consuet.* Quare Bart. et ibi frequenter doctores glossam reprobant in ipsa l. *de quibus*, existimantes non esse opus sententia ad consuetudinem inducendam. Idem Bart. in l. *cum de consuetudine*, eod. tit., et ibi Paul. castren. n. 11, nam legit eam in l. *de quibus*, et affirmat teneri istud communiter.

(3) *Durum esset ita restringere istam materiam consuetudinis, ut per solas*

es incontestable y decisivo. No hay, dice, razón alguna natural que justifique semejante necesidad, ni el derecho positivo impuso nunca semejante condición. Además, para que interviniese acto judicial, habría que suponer contradicción en juicio; pero ¿y si nunca sobrevino tal contradicción? Puede suceder que nunca se promueva juicio de esa índole, y en tal caso, la costumbre no podría introducirse, lo cual es contra toda razón y contra todo derecho. Por otra parte, si para la firmeza y validez de la costumbre se requiere una ó más sentencias, antes de que se haya dictado la primera, no será todavía costumbre perfecta, porque le faltará una condición esencial, y por consiguiente, no podrá ser declarada tal costumbre perfecta ó ejecutiva en esa primera sentencia, ni válido ni lícito el hecho obrado á virtud de ella, ni inducir obligación alguna, porque envuelve error contra la verdad, toda vez que antes de la sentencia no era tal costumbre. Si, por el contrario, se pretende que con una sola sentencia se manifiesta perfecta la costumbre, ya estaba consumada y perfecta sin el concurso de esa sentencia, porque la sentencia no la perfecciona, sino que simplemente declara sus términos (1). Savigny coincide en un todo con Suarez. «Algunos han pretendido, dice, que las decisiones judiciales son indispensables para el establecimiento de un derecho consuetudinario, pero esta opinión ha sido desechada con razón por la generalidad de los autores. Yo voy más lejos aún, y afirmo que esos juicios no son siempre ni siquiera base de un derecho consuetudinario, y que es menester aplicarles los principios expuestos sobre los trabajos prácticos de los jurisconsultos. Si, pues, en un juicio se aplica una regla consuetudinaria, es

sententias induceretur et probaretur: imo daretur occasio quod numquam vel raro consuetudo aliqua induceretur, si sententiae essent necessariae, saltem quando iudicaretur contra legem (ut et perpendit Abb. in cap. fin. de consuetud., col. 9^a, vers. requiritur, et cap. Abbate, de verbor. sign.; et quia etiam sine contradictione potest induci consuetudo, ut probat text. in d. l. cum de consuet. (Gregorio López, ad leg. 5, tit. II, P. 1.)

(1) Si per sententiam vere et juste consuetudo denunciatur perfecta, ergo absque sententia consummata jam erat, nam sententia non consummat illam, sed declarat qualis sit... (*Tractatus cit.*, lib. VII, cap. XI.)

un testimonio grave de que tal derecho existe... Es signo característico del derecho consuetudinario la uniformidad de las decisiones judiciales, lo cual confirma mi explicación, pues en virtud de esa uniformidad, pueden considerarse tales decisiones como manifestación segura de las convicciones comunes: la voluntad individual de los jueces no hubiese podido obligar á la nación. Sería un error crasísimo atribuir semejante efecto á las decisiones judiciales, independientemente del derecho consuetudinario, pues ya queda dicho que el Juez no debe fundarse únicamente en los *praejudicia*: de donde resulta que éstos, careciendo de toda influencia por sí mismos, únicamente tienen valor como monumentos de derecho establecido por la costumbre. Si en una decisión se toma la regla de una teoría viciosa, el juicio continuará bajo el dominio de la teoría, y no podrá ser considerado como testimonio de una convicción común de derecho (1).» Un ejemplo hará comprender esto mejor. Los principios, exclusivamente consuetudinarios, que han regulado la sucesión de las vinculaciones en España, están contenidos en la jurisprudencia de los Tribunales, y de ella han formado parte durante siglos: constituyen, por tanto, un precedente poderoso y una prueba irresistible de la realidad de tales costumbres; pero la jurisprudencia no ha creado esos principios: lo único que ha hecho es declararlos, aceptarlos, escribirlos, como fundamento de derecho, en sus sentencias (2). No existe, pues, razón alguna esencial que abone la distinción propuesta por Fernández Mesa, entre usos introducidos por quienes tienen la jurisdicción, y consentidos por los súbditos (*observancias ó usos*), y usos que se introducen por hechos de los súbditos y consentidos por los que tienen la jurisdicción (*estilos*); porque, ó el estilo es costumbre sustantiva, para uso y gobierno del pueblo, en cuyo caso dimana del pueblo mismo, por más que se haya manifestado por órgano de un tribunal, ó es una costumbre adjetiva, de procedimiento interior, en cuyo caso es una costumbre oficial, privativa del

(1) *Ob. cit.*, § 25 y 29; cf. § 20.

(2) Vid. Zúñiga, *Jurisprudencia civil de España*, t. I, p. 446 y sigs.

órgano mismo que la ha creado, y que nada tiene que ver con el derecho consuetudinario del pueblo.

Conviene los autores en que los actos propios para establecer derecho consuetudinario pueden ser indistintamente judiciales ó extrajudiciales. Mas no ha de entenderse que las decisiones judiciales sean el principio generador de la costumbre: son simplemente un certificado indirecto de su existencia, ó un registro donde esta existencia se hace constar (1): el juez no hace la costumbre, se limita simplemente á aplicarla en un caso concreto. Por manera que, sustancialmente, en las costumbres del estado social, los hechos consuetudinarios son siempre hechos del todo colectivo, en ningún caso de sus órganos, y no hay razón alguna esencial que justifique esa distinción tradicional entre costumbres establecidas por actos judiciales y costumbres introducidas por actos extrajudiciales. De dos modos pueden ser las decisiones judiciales, monumento revelador de la costumbre:—1º porque el hecho consuetudinario no pueda perfeccionarse sin la aquiescencia ó la cooperación del Poder judicial: entonces, la sentencia presta al hecho la única condición que le faltaba para exteriorizarse, y es signo, por tanto, de la convicción común de derecho ó del espíritu general en que se ha inspirado:—2º porque, con haberse consumado el hecho y causado todos sus efectos, y haberlo aceptado como tipo y modelo la generalidad, le haya sido menester, para vencer la oposición de algún interesado en contra, obtener el reconocimiento oficial en juicio contradictorio ú otro: entonces, la sentencia presta á la regla naciente un carácter de certidumbre que no permite ya dudar de su existencia ni de su naturaleza y efectos, y el hecho inicial puede ser ya tomado con plena seguridad como tipo y modelo para los demás de su género. Soto no piensa que sean requisito in-

(1) En este sentido, es muy verdadera la frase de Savigny, que las decisiones judiciales "sólo tienen valor como monumentos del derecho establecido por la costumbre (§ 25),, y acertada la opinión de Juan Andrés y Gregorio López, "si ex actibus judicium consuetudo inducatur, debet esse cum consensu, saltem tacito, populi, ut in consuetudine quae inducitur ex sententiis judicium tradit Joan. Andreas., (G. López, ad leg. 3, tit. II, Part. 1.)

dispensable de la costumbre las sentencias judiciales, pero si les reconoce la virtud de poder hacer las veces de tiempo, su- pliendo el que falte para consumir el de la prescripción, por- que de otro modo, dice, si la sentencia concurrese al par de la prescripción, su efecto sería nulo, toda vez que la prescrip- ción basta por sí sola (1). También el Panormitano entiende, de acuerdo con la opinión de varios doctores, que aunque no sean necesarias sentencias de juez para confirmar una costum- bre, puede, no obstante, servir, no sólo como medio para pro- barla, sino que también para ayudar á su introducción; porque si el juez falló en sentido contrario á la ley, con conocimiento y sin contradicción del pueblo, queda manifiesto el asenti- miento de éste y su deseo de introducir tal costumbre (2). Sin embargo, dice Suárez, si la sentencia fué justa, supone la exis- tencia previa de una costumbre perfecta derogatoria de la ley, y, por tanto, no introduce ninguna regla nueva, sino que sim- plemente la manifiesta y corrobora: si la sentencia fué injusta, la conjetura de que el pueblo consiente la costumbre es infun- dada, porque al pueblo no le es fácil resistir ó contradecir al juez; por manera que del silencio del pueblo no podrá colegirse que consiente la nueva regla judicial, sino que la tolera por- que no puede impedirla (3).

Conviniendo los autores en que los actos judiciales pueden ser inductivos de costumbre, disienten acerca del número de

(1) *Deducimus etiam non impropie coeptam moribus consuetudinem ape- llari consuetudinem. Et enim et antequam praescribatur, consuetudo quidem est, sed non praescripta nec juris. Merito interrumpi potest, ac deberi contra- rio actu.*

Propter quod, si casus acciderit ante impletam praescriptionem consuetu- dinis, de quo contrahentes litigent, valde intererit quod allegetur sententia in simili negotio prolata. Tunc quippe habebitur velut praescripta quae alle- getur consuetudo. Sic intelligendus tex. est in praed. l. 33, quatenus dicit: Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur (ff. de le- gib.) Primum quidem illud explorandum esse arbitror: an etiam contradicte aliquando iudicio consuetudo confirmata sit. Caeterum, si fingas esse consue- tudinem praescriptam, frustra esset sententiam desiderare quae consuetudi- nem tempore diuturno est confirmata. (Y trata de autorizar su tesis con el derecho romano, concordando dos leyes y haciendo de ellas una interpretación tan sutil, que se quiebra por todas partes.) (Cap. VII, § 8 y 9.)

(2) *Apud Suárez, ob. cit., lib. VII, cap. XI.*

(3) *Ut supra.*

decisiones que deban requerirse para que tal costumbre se perfeccione y legitime. Cuatro criterios son de notar, principalmente, entre ellos:—1º El de aquellos que, según el Cardenal Hostiense (1), exijan diez actos para la validez de la costumbre, fundándose en que así también se requiere diez ovejas para formar rebaño; razón que sus mantenedores juzgaban, sin duda, de gran peso, pero que no ha convencido á nadie, pues es la opinión que ha tenido ménos séquito:—2º El de los Glosadores, y otros en pos de ellos, que entendieron ser bastantes dos actos ó decisiones judiciales, con tal de que además trascurriese el tiempo necesario para la prescripción: «los glosadores dicen que bastan dos actos: de modo que si se hubiese pronunciado dos veces é interviniese tiempo legítimo, es bastante (2):» este dictámen lo tradujo en precepto el Código de las Partidas:—3º El de los que, como Baldo, Gregorio López, Paz y otros, mantienen el criterio del arbitrio judicial, diciendo que en causas graves, largas y ruidosas, son suficientes dos sentencias, porque verosímilmente han de llegar á noticia del pueblo; pero que en causas leves, y principalmente si los litigantes son de clase humilde, el negocio hace poco ruido y no tiene ocasión de hacerse notorio, y por tanto, deben requerirse muchos actos durante muchos años, según el prudente arbitrio del Juez: ménos se extiende un hecho leve que otro de mucha resonancia; ménos si se agita ó ventila en un lugar corto que si en una ciudad populosa (3):—4º El de los que se contentan con un acto solo; Savigny dice que «si en un juicio se aplica una costumbre, es un testimonio grave de la existencia de tal regla;» pero no se comprende bien si, en opinión

(1) Refert Hostiensis, in summa de consuetud., vers. quot actus, quod aliqui dixerunt requiri quod decies fuisset iudicatum, sicut et videmus quod decem oves faciunt gregem, l. fin. ff. de abigaeis. (Greg. López, comm. ad leg. 5, título II, Part. 1.)

(2) Glossatores dicunt quod sufficit binus actus, unde si bis fuerit pronuntiatum et intervenit tempus legitimum, satis est... (*Idem, ibid.*)

(3) Et dicunt Doctores, secundum Baldum, quod de numero actuum non potest dari certa regula: possunt esse actus multum nominati in populo, et tunc sufficiunt duo actus vallati temporis adminiculo: possunt esse alii actus parum sciti in populo, et tunc requiruntur plurimi actus. Subdit Baldus: ergo in causis gravibus quae non dirimuntur sine magno strepitu et longo certamine, sufficiunt duo sententiae, quia perveniunt verisimiliter in noti-

suya, un solo juicio tiene virtud bastante para revelar la existencia de una costumbre, ó si entendió someter los actos judiciales á la ley general de la pluralidad (1).

La práctica ha sido en esto más racional y ménos indecisa que la teoría: un solo acto judicial basta para introducir costumbre en Inglaterra (2): exactamente lo mismo sucedió en Castilla, en la Edad Media, con las llamadas *fazañas*, que eran verdaderas sentencias judiciales ó arbitrales con que se introducía regla en los casos nuevos, y muchas de las cuáles hallaron acogida en el Fuero Viejo (3). Algunas de esas fazañas se hicieron célebres, y fueron cantadas por el pueblo en sus romances: ejemplo, la fazaña del leal conde Pedro Anzures, ocasionada por los desavenencias entre Doña Urraca de Castilla y D. Alfonso de Aragon (4); y la de Diego Ordoñez, el fa-

tiam gentis. Sed in causis levibus, et maxime vilium personarum, non resonat ita negotium, neque efficitur notorium, et ideo actus secundum eum debent esse saepissimi, et per multas manus ivisse, ita quod sit verisimile quod populus sciverit et ratum habuerit: in his enim quae tot sunt spectata oculis, et tot insinuata sensibus, verisimile est quod pervenerint ad notitiam publicam, quia homines sciunt quod saepe fiunt.,,

(1) *Ob. cit.*, § 29, artículos 1^o y 4^o.

(2) *Vid. Teoría del derecho jurídico*, § 36.

(3) Hé aquí algunos ejemplos, tomados del Fuero Viejo: "Este es el fuero de Castiella: Que Lope Gonzalez de Sagrero e suos hermanos, fijos de D. Mariscote, demandaban partición á D. Rodrigo suo tío, e a Ferrant Remon, e a Doña Elvira de Cubo, que les diese partición de la abuela de Doña Roma su tia... E judgaron los Alcalles (*jueces*) que...,—"Esta es *fazaña* de Castiella que el Rey D. Alfonso judgó por sua corte: Martin Fernández reniendo dijo mal en riepto á Rois González de Baralejos por muerte de un suo tío, del cuál non dijo el nombre; e el dicho Rois González desmintióle e pidió al Rey merced que tomase suo derecho para si e diese él el suo, e el Rey ovo su acuerdo e conceio con los omes bonos e fijosdalgos de sua corte, e falló que pues non avie dicho comprido nin avie dicho el nombre de aquel suo tío, por quién decía mal, que non era el riepto comprido, e mandole que se desdijese, o que saliese de toda sua tierra...,—"Esto es fuero de Castiella: que si algund ome demanda a Monesterio ó conceio o a otro, e demandan eredamiento que an en alguna viella condenada por pertinencias, non debe recurrir si no por la eredat, que fué en la viella, ó en el término de la viella; e esto fué juzgado en casa del Rey D. Alouso por el Abad de Oña, quel demandaba el conceio de Frias un solar de Montieio con suas eredades e con suas pertinencias, e judgaron los Alcalles del Rey D. Iohan de Piliella y D. Ordoño de Medina, que non recurriese el Abad por las pertinencias, si non fuese por el eredamiento del término de la viella...,—"Esta es *fazaña*: Que Rui Díaz de Rojas ovo tenido al sobrino de Garci-Fernández, hijo de Ferrán Tuerto, e ovól' a dar enmienda como judgaron en casa del Rey D. Alfonso...,—"Conocidísima es en derecho matrimonial la "*fazaña* de Doña Elvira.,,

(4) *Romancero general* de Durán, núm. 917. Declarado el divorcio y separa-

moso retador de Zamora, en la guerra sostenida por Alfonso VI contra sus hermanos á consecuencia del caprichoso testamento de su padre (1): en ellos, ó en las crónicas de donde dimanan, podrá formarse cabal idea del modo como se formaban las *fazañas* en Castilla y como se forman los *precedentes* en el Reino-Unido. En esta misma forma dice De Valroger que se produjo el derecho *coutumier* de Francia: «La memoria de lo que se había juzgado *una vez* servía en lo sucesivo de precedente cuando ocurrían casos análogos. Así se formó en cada tribunal una costumbre grosera que acabó por erigirse en regla úni-

dos Doña Urraca y D. Alfonso, Anzures debía entregar las tierras que tenía bajo su guarda á uno de los dos, faltando al juramento prestado también al otro. Anzures resuelve el conflicto, corta el nudo, poniendo las tierras á disposición de Doña Urraca y encaminándose á Aragón para que el rey venga en la boca y cuerpo que le hiciera el homenaje y prestara el juramento, el haberlo quebrantado entregando á otro las tierras que de él había recibido. El rey quiere darle muerte, pero *los suyos* lo estorban, opinando que el conde había obrado bien entregando á su natural señora las tierras y al rey su persona, con cuya opinión se conforma el rey. Tal es la *fazaña* del leal conde Pedro Anzures, precedente para casos análogos en lo sucesivo.

(1) Los romances 787 y 789 consignan una costumbre de derecho público, consistente en que retando uno á conejo, haya de sostener la demanda contra cinco de la ciudad reptada: "Así en España es *usado*." Era también costumbre que si uno de los campeones salía de la valla antes de terminado el combate, fuese declarado vencido. Ahora bien, en el caso de los romances 796—801, el caballo de Diego Ordoñez, herido por el tercer hijo de Arias Gonzalo, desbocóse y arrastró al jinete fuera del palenque, con gran ira y vergüenza del campeón, el cual, interpretando estrictamente dicho fuero, se tenía ya como vencido y exclamaba desesperado: "Que dirán los extranjeros—cuando sepan ésta hazaña?, Pero los jueces, teniendo en cuenta la equidad, declaran vencedor á Ordoñez y libre del reto y de la nota de traición á Zamora:

Aquí llegan los jueces
 Y le mandan que se vaya,
 Que ellos juzgarán el caso
 Conforme al *fuero de España*.

 Habiendo D. Diego Ordoñez,
 En defensa de su reto,
 Muerto á tres en la estacada,
Aunque cinco manda el fuero,
 Porque en el tercer combate,
 El caballo revolviendo,
 Lo sacó de la señal
 Y del límite, huyendo,
 Dán á Zamora por libre
 Y á él la gloria del hecho.

ca para las sentencias. De esta suerte vinieron las leyes escritas á verse suplantadas por un derecho consuetudinario» (1).

Háse creído por muchos que en Castilla, por derecho de Partidas, no puede introducirse costumbre si no han intervenido dos sentencias favorables en juicio contradictorio, Favorece esta opinión, dice Suarez, el tenor literal de la ley (2); pero su sentido es tan absurdo, que de admitirlo, resultaría que nunca podría pronunciarse una primera sentencia para la costumbre, sino conforme á ella; y añade que lo que el texto quiere decir es que las sentencias no son necesarias para introducir y dar efecto á la costumbre, sino para hacerla irrevocable por virtud de aquella ley (3). Menos desacertada nos parece la explicación de Fernández de Mesa, y más se aproxima á la verdadera y recta inteligencia de la famosa ley alfonsina: «Dudan algunos de nuestros hombres doctísimos, dice, si serán menester para la costumbre precisamente dos actos judiciales, ó bastarán otros extrajudiciales (cita á Suárez, Paz y G. López); la razón de dudar la fundan en una ley de Partida, donde se dice que debe ser guardada la costumbre si se hubieren dado dos juicios uniformes sobre ella por hombres sabedores de derecho; pero yo, salva la autoridad de tales varones, siento que por la misma ley se prueba que bastan actos extrajudiciales, porque dos medios da para probar la costumbre: el uno, que se hayan dado dos sentencias conformes sobre el hecho que se pretende justificar; y el otro, que en contradictorio juicio negándose la costumbre, se hubiese declarado haberla: luego puede haberla sin actos judiciales, porque si no, có-

(1) *Origines de nos institutions coutumières. Revue critique de droit et de jurisprudence*, t. X, 1857, pág. 339.

(2) "El pueblo, ó la mayor parte de él, si usaren diez ó veinte años á hacer alguna cosa, como en manera de costumbre, sabiéndolo el señor de la tierra, e non lo contradiciendo, e teniéndolo por bien, puédenla facer, e debe ser tenida e guardada por costumbre, si en este mismo tiempo fueren dados concejaramente dos juicios por ella de homes sabidores y entendidos de juzgar, e no habiendo quien se los contralle. Eso mismo sería cuando contra tal costumbre, en el tiempo sobredicho, alguno pusiese su demanda ó querella, ó dijese que non era costumbre que debiese valer, e el juzgador, oidas las razones de ambas las partes, juzgase que era costumbre de todo en todo, non cabiendo las razones contrarias..... (Partida 1ª, tit. II, ley 5ª.),"

(3) *Tractatus* cit., lib. VII, cap. XI.

mo daría la ley por medio diferente, para probar la costumbre, la declaración de que la había, si ésta hubiese de recaer también sobre la prueba de actos judiciales: cierto que extraña el que haya podido perturbar este texto á sujetos de tanta doctrina, y especialmente, que Gregorio López, que mueve esta cuestión y defiende mi opinión, no la pruebe con la misma ley. Y confirma todo lo dicho el ser esta sentencia conforme á la de Acursio y á la de Azón (1).»

A mi juicio, el error jurídico de los intérpretes ha nacido de una falta de ortografía de los pendolistas. El redactor hubo de escribir: «...*puédento facer. E debe ser tenuta é guardada por costumbre...*» El giro del discurso resulta así más natural, y los medios de introducirse la costumbre ó de probarla son, no uno ni dos, como se ha venido creyendo, sino tres, expresados en otros tantos apartados. El glosador de este Código opina que, según su tenor literal, el medio de prueba por sentencias judiciales no excluye los demás que puedan conducir al mismo resultado, y por tanto, que no es requisito esencial para el nacimiento de la costumbre (2). Sin embargo de esto, el Tribunal Supremo, enemigo jurado de la costumbre, continúa apegado á la antigua rutina, exigiendo una doble sentencia: «Considerando (dice en una de 1869) que dicho *fuero de Vicedo* no puede aceptarse como costumbre derogatoria de la legislación general del reino, porque no consta que haya sido introducido con los requisitos que taxativamente exige la ley 5^a del tít. 2^o de la Partida 1^a, supuesto que no está acreditado que dicha costumbre se haya observado general y constantemente en Laredo por más de diez años, y que en este mismo tiempo se hayan dado consejeramente dos juicios por ella...» Pero si no se da un primer juicio favorable, ¿cómo quiere el Tribunal Supremo que llegue á haber nunca un segundo, dado consejera ni no

(1) *Arte histórica y legal*, lib. II, cap. V, § 63.

(2) "Videtur ad istam legem dicendum ut procedat quando isto modo quis vult probare consuetudinem, scilicet per actus sententiarum, cum populi vel majoris partis acquiescentia. Si vero non sit iste modus probandi, sed alius, ex quo colligi possit tacitus consensus populi, non excluditur per istam legem..... Ostendit igitur ista lex unum modum inducendi et probandi consuetudinem, et per hoc non alios excludit (G. López, ad leg. 5, tit. II, Part. 1^a)."

consejeramente? ¿Es esto serio siquiera? Los tribunales franceses han exigido también, como cosa corriente, que el uso, además de practicado durante mucho tiempo, haya sido controvertido y seguido de algunos juicios contradictorios (1).

Una última duda asalta á los intérpretes: ¿De qué tribunales deben proceder las sentencias para que sean inductivas de una costumbre? Las sentencias, dice Laserna, deben dimanar de aquellos tribunales que juzgan de los negocios en última instancia: las demás, ni tienen carácter de generalidad, ni suponen el conocimiento del legislador, requisitos esenciales para considerar legítima á la costumbre (2). Cuya opinión lleva envueltos los siguientes supuestos: 1º, que sólo se admite como viables las costumbres nacionales, y no las provinciales, municipales y demás, las cuales son, sin embargo, tan legítimas como aquellas y se rigen por los mismos principios: 2º, que se aplica á la manifestación de la costumbre la absurda teoría que ha hecho del Tribunal Supremo una especie de fábrica de jurisprudencia con privilegio exclusivo. En realidad de verdad, no es maravilla que piensen así los que juzgan ineficaz la costumbre mientras no le asista el consentimiento del legislador: Suárez es de opinión que la sentencia pronunciada por un Juez inferior en sentido de una determinada costumbre, es indicio vehemente de que tal costumbre existe, *si es tolerada por el príncipe* (3).

En punto á detalles, son de notar en los autores, principalmente, los siguientes:—1º Las sentencias deben ser definitivas, no interlocutorias, porque estas carecen de la solemnidad y publicidad que acompaña á aquellas (Alber., in lege *de quibus*, n. 22):—2º No hay que probar que tales sentencias fueron ejecutadas, salvo si consta que hubo oposición al instarse el cumplimiento (Alber., *ibid.*, n. 26):—3º Son admisibles para ese efecto las sentencias de árbitros, siendo como son ejecutorias por las leyes del reino, pero serán menester en

(1) Toulouse, 30 Jul. 1825, aff. Olive, apud *Dict.* de Dalloz, vº Lois, § 529.

(2) *Ob. cit.*, § 63.

(3) *Ob. cit.*, lib, VII, cap. xv.

mayor número que si fuesen de las recaídas en juicios ordinarios (Juan Andrés, in dict. tract., vers. *visa*, col. 8):—4° *Quid* si se juntan sentencias diversas ó contradictorias (Bart., l. *de quibus*, col. 7 y 8, y Juan Andrés, ut supra, col. 8, vers. *quero*):—5° *Quid* si las sentencias se pronunciaron entre extranjeros ó no súbditos (Bart., ut supra) (1).

5. Racionalidad de la costumbre.—Han solido los autores agregar á los anteriores requisitos este otro: que la costumbre sea conforme á razón. El enunciado de esta condición es redundante é inútil, porque va implícito en el concepto mismo de la costumbre, supuesto que si su contenido no fuese racional, no sería jurídico, y no siendo su contenido jurídico, la costumbre no sería costumbre de derecho. Y no tan sólo es redundante; es, además, por todo extremo peligroso: de imponer como condición á la costumbre el que sea racional, parece como si esta cualidad dependiese de esa declaración legal, como si la ley se reconociese autorizada para atribuir carácter jurídico á la costumbre que carezca de dicho requisito, como si la costumbre irracional pudiera adquirir fuerza con el trascurso del tiempo si la ley expresamente no la desautorizase. Así se explica que discutiendo Hoffacker el rescripto de Constantino *quæ sit longa consuet.*, haya caído en el error de no ver en el vocablo *consuetudo* la expresión de un derecho consuetudinario, sino un uso material de hecho, y de interpretar el texto como si dijera que semejantes usos, aunque no son de poca autoridad, no pueden abrogar la ley.

Se han inspirado los intérpretes, para declarar esencial ese requisito:—1° En el derecho romano, que contiene aquel rescripto famosísimo de Constantino (*quæ sit l. c.*), según el cual, «*consuetudinis ususque longevi, non vilis auctoritas est: verum usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*»:—2° En el derecho canónico, el cual, parafraseando para mayor claridad ese rescripto en una decretal de Gregorio IX, declara que: *licet etiam lonæge vconsuetudinis*

(1) Ex Glossa, Greg. López, comm. ad leg. 5, tit. II, Partida 1.