

non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura ut vel jure positivo debeat præjudicium generare nisi fuerit rationabilis et legitime sit præscripta:—3º En el derecho castellano, que, en su Código de las Partidas, declara que la costumbre debe ser *con derecha razón* e non contra ley de Dios ni contra derecho natural, etc. (1).

Por lo que respecta al rescripto de Constantino, es sin disputa la ley romana que ha dado margen á mas empeñadas controversias. Quince modos diversos de entenderlo registra Scialoja en un trabajo especial, asombroso de erudición, que queda ya citado (*Archivio giuridico* t. xxiv, pág. 520 y sigs.) Según una de esas varias interpretaciones, el texto en cuestión declara que la costumbre racional prevalece sobre la ley, pero no la costumbre irracional. Esta doctrina, que encuentra su primer germen en la *Glossa*, ha sido sostenida por Meier, *Collegium Argentoratense*, lib. 1, tit. III, n. 38, Cyrillus, *ad lib. 1 Institutionum*, pág. 19, 20. Fúndase, dice, en las palabras *sui momento*, que entiende significar «por sí sola, sin ayuda de la razón».—Según Scialoja mismo, para interpretar esa ley, hay que concordarla con el fr. 32, § 1, *Dig. de legibus*, según la cual «rectissime illud receptum est ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur;» y entender, de acuerdo con Dirksen y contra la opinión general, que *desuetudo* no significa no uso, sino *consuetudo abrogans*. Con tales supuestos, el rescripto «*quae sit longa consuetudo*» significa sencillamente que una costumbre no puede prevalecer sobre una ley que expresamente la abroge: la costumbre y la ley tienen igual fuerza, son in genere iguales: según el texto de Constantino, la ley posterior abroga la costumbre anterior: según el texto de Juliano, la costumbre posterior abroga la ley anterior: en un Estado como el romano, donde la costumbre era tenida como fuente ordinaria de derecho, podía nacer la duda de si una costumbre, cuando perseveraba á pesar de existir una ley pos-

(1) Ley 5, tit. II, Partida 1.

terior contraria á ella, debía prevalecer sobre tal ley ó vencerla, y Constantino quiso resolver la duda y promulgó aquella ley, que Justiniano trasladó á su Código. De ese mismo dictámen han sido Pichardus, Nood, Averanius, Hilliger, Heinecius, Harpprecht, Kemmerich, Höpfner, Glück, Göschen, Busch, P. Conticini y Brinz, citados por Scialoja, que los sigue. Pero aun suponiendo que esta sea la interpretación derecha del oscurísimo rescripto, habría recaído únicamente sobre uno de los dos miembros de la serie, «*ut legem vincat,*» quedando todavía en pié el otro, «*ut rationem vincat;*» por manera que, en todo caso, la costumbre de derecho, para abrogar una ley anterior, debía ser conforme á la razón natural, según la doctrina legal romana.

Esta cualidad ó requisito de la costumbre se ha explicado de muy diversos modos, y ha dado lugar á muy reñidas disputas entre los intérpretes (1), rechazando unos en absoluto la costumbre irracional, y admitiéndola otros más ó menos. Resumiré las opiniones más salientes y que más séquito han alcanzado.

Discutiendo el precepto de las Decretales, que «la costumbre sea *rationabilis,*» observa Navarro que no es racional la costumbre que directa ó indirectamente se opone á la ley natural ó á la ley divina: «*non est irrationabilis consuetudo nisi quae directe vel indirecte repugnat naturali legi vel divinae* (2). El apreciar cuál costumbre responde á esas condiciones y cuál las contradice, ha de dejarse al arbitrio del Juez, según el Hostiense, Juan Andrés, el Abad, y demás comentaristas, con muy raras excepciones: el Juez debe estimar si el fin de la costumbre es bueno ó malo, si fué inducido por alguna derecha razón, etc. (3). Pero dice Savigny que si se atribuye á di-

(1) Vid. Reiffenstuel, ad tit. *de consuetud.*, § 2. n.º 31, que dice: “*Quaeritur quanam consuetudo generatim censeatur esse rationabilis? Respondeo: circa hoc magnam reperitur Doctorum varietas, atque sententiarum diversitas in declarando quanam consuetudo censeatur rationabilis atque irrationabilis. Apud Castro, De las leyes, t. I, p. 106. --Vid. también Rochus, De consuetudine n.º 210, cit. por Mesa, § 61.*”

(2) *De Spoiliis*, § 14, apud Suárez, *Tractatus* cit., lib. VII, cap. VI.

(3) Greg. López, *Comm. ad tit. II, Partida I.*

cho precepto un sentido positivo, y se permite al Juez apreciar el mérito y la sabiduría de la regla contenida en la costumbre, un poder tan ilimitado comprometería la certidumbre del derecho: por esto se da ordinariamente á tal principio un sentido negativo, y como consecuencia, únicamente se dirige contra las costumbres que son á todas luces irracionales y rechazadas por el sentido moral (1). En parecido sentido, pero de un modo más práctico y tangible, dice Blackstone: «Las costumbres deben ser racionales (Litt. § 212), ó más bien, deben no ser irracionales. Y como dice Coke (2), no hay que juzgar siempre por la razón del común de las gentes, sino por la razón legal dirigida con método y garantida por la autoridad de la ley. De modo que una costumbre puede ser válida aunque no se pueda justificar su motivo particular, porque basta que no se le pueda oponer ninguna razón legal valedera. Si, por ejemplo, en una parroquia no puede llevar nadie su ganado á los pastos comunes antes del 3 de Octubre, esta costumbre será válida, y sin embargo, sería difícil decir por qué se ha fijado particularmente ese día y no la víspera ó el día siguiente. Pero una costumbre según la cual ningún ganado pudiera ser llevado á esos pastos antes que hubiese llevado el suyo el señor del lugar, sería irracional, y por lo mismo, mala, porque pudiera suceder que el señor no enviase nunca su hato ó rebaño á dichos pastos, en cuyo caso, los colonos perderían todo disfrute en ellos (3).»

El Cardenal Hostiense distingue:—1º Si la costumbre es tan mala que induce pecado, será nula no solo en derecho canónico, sino también en derecho civil: si no induce á pecado, valdrá para los casos comprendidos en ella, luégo que hubiese prescrito por tiempo de diez años: si la prescripción viene de tan lejos que nadie recuerde cuándo principió, tendrá fuerza aun para otros casos, porque en el transcurso de tan largo tiempo, el hecho que en un principio era injusto se considera legitimado:—2º Todo esto vale con respecto al derecho civil:

(1) Glück, I, § 86, N. III; cf. Puchta, II, p. 49 y sig. Apud Savigny, § 29.

(2) *Instituta* de Ed. Coke, vol. I, 62.

(3) *Co. Copih.* § 33. Blackstone, *ob. cit.*, introd., sec. 3ª.

en el canónico, semejante costumbre carecería de toda eficacia, aun concurriendo la prescripción inmemorial, porque el derecho canónico requiere simplemente que la costumbre sea racional (1).

La Glosa, á la cual sigue Baldo (dice G. López), prescribe que, cuando la costumbre no sea reprobada por la ley, la mala costumbre puede prescribir en treinta años. La misma Glosa invoca y sigue Paul. de Cast. in *l. de quibus, ff. de legibus*. El comentarista de las Partidas recuerda por vía de ejemplo, un pleito suscitado entre los pobres y los ricos de una ciudad, sobre el modo de contribuir á los servicios y tributos reales, en cuyo pleito alegaban los ricos una costumbre de largo tiempo contra los pobres, y se pronunció, sin embargo, contra la costumbre (2).

Hoy los publicistas suelen expresar este carácter ó requisito

(1) Dicit tamen idem Cardinal quod si consuetudo in tantum sit mala quod inducat peccatum, tunc non valebit etiam de jure civili pernotata, in cap. fin. *de praescript.*, et in dict. cap. fin. *de consuetud.* Si vero non inducit peccatum, licet sit contra rationem, valebit in suo casu, secundum eum, per dictam l. quod non ratione, si sit praescripta spatio decem annorum, per l. fideicommissum § Aristo cum simil ff. qui et aquibus. Sed si est praescripta tanto tempore, quod non sit memoria de contrario, tunc valebit, secundum eum, etiam ad alios casus, quia, ex tanto tempore, factum quod erat injustum censetur justum, cap. I, *de praescript.*, lib. VI, et propter auctorit. Glossae in d. I. *domini praediorum*, potest dici, secundum eum, quod sufficiat tempus triginta annorum. Hoc tamen jure non probatur secundum eum... et si sit praescripta tempore inmemoriali per ea quae habentur in dicta l. *quod non ratione*, inclinatur etiam se Card. Host. Ant. de Bu. quod licet de jure civili mala consuetudo dicto tempore roborata procedat in casu suo, non tamen procedet de jure canonico, quod requirit tantum consuetudinem rationabilem esse.,

(2) Acaso habría de decirse que si la costumbre no induce pecado, y es, no obstante, mala, por tener alguna causa de racionalidad contra el derecho, se fortifica con el trascurso de treinta años, y lo mismo si el caso de la costumbre pudiera proveerse por pacto expreso de las partes; pero que si la costumbre no sólo fuese contra ley, sino irracional además, no existiendo razón alguna en favor suyo, no se confirma con ningún trascurso de tiempo, y de igual modo cuando se tratase de materia en que los particulares de una ciudad pudieran perjudicarse por pacto; porque resultando de tal costumbre un perjuicio público á los ciudadanos que han de habitarla en lo futuro, no parece que el consentimiento tácito implícito en la costumbre, tratándose de cosa tan perjudicial, deba obligarles en lo más mínimo, y esto opino respecto de la costumbre antedicha inducida contra los pobres de una población en favor de los ricos, la cual nada tiene de racional, y es contra el derecho positivo, que dispone que se repartan los tributos conforme á las facultades de cada uno. (G. López, *Comm.* al tit. II, Part. 1^a.)

diciendo: que «el uso no sea contrario al orden ni á las buenas costumbres, por que, al igual de la ley, debe tener un carácter eminentemente moral (1)».

6. Verdad de los actos.—Otra de las cualidades que los intérpretes consideran inherentes á los actos inductivos de legítima costumbre, es: que no se funden en un error. El origen de su doctrina se halla en un pasaje del derecho romano, debido á Celso, que dice así: «*Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet (Dig., l. 39 de legib.)*.» Lo mismo que el famoso rescripto de Constantino, «*quae sit longa consuetudo*,» ha sido origen este texto de innumerables confusiones y disputas. Algunos intérpretes antiguos, á quienes siguió Bártolo, interpretándolo como si dijera que la costumbre inducida por error es válida tan sólo respecto de aquella materia á que directamente hace relación, pero que no debe extenderse por analogía, limitan su eficacia diciendo que no procede en la costumbre contra ley, porque si el pueblo la infringió por no conocerla, ó porque estaba en la creencia de que lo disponía así, es evidente que no fué su ánimo derogar la ley (2).

Pero, dice F. Suárez, precisamente la costumbre que más se presta á ser inducida erróneamente es la costumbre contra ley: ¿cómo se explicará respecto de ella el *quod non ratione*? En la costumbre «*preter jus*,» no cabe error sino de uno de estos dos modos: ó juzgando el agente del hecho que lo que hace está prohibido, ó juzgando que está mandado. En el primer caso, no se produce una costumbre inductiva de derecho nuevo, porque no es ésta la intención del pueblo, porque lo que entiende es derogar la ley; ni se induce una costumbre derogativa de una ley, porque en realidad de verdad no se da ley alguna que sea derogada. Supuesto el error en lo segundo, no puede formarse costumbre con fuerza de ley, porque el ánimo de los que ejecutan el hecho no es crear una regla

(1) E. Vidari, *Corso di diritto commerciale*, 1877, § 66.

(2) Apud Suárez, *Tractatus*, lib. VII, cap. XII.

nueva, sino observar la antigua. Y cuando dice *in aliis similibus non obtinet*, no significa que en aquella materia tenga fuerza tal costumbre y no en las análogas, pues esto lo mismo pudo haberse dicho de los demás géneros de costumbre, sin excluir la introducida á sabiendas; sino que debe desaparecer tan pronto como se note el error, que desde ese instante se pierde el derecho de ejecutar actos análogos á aquellos que antes se ejecutaban por error, en virtud de una cuasi-costumbre tenida por legítima (1).

No han hallado tan accesible ni tan facil de resolver este problema Schweitzer y Hübner, cuya conclusión es perfectamente lógica, supuesto el criterio de la pluralidad de actos para inducir costumbre. Si la regla debe ser establecida por la costumbre, es evidente que no existía cuando se verificó el primer hecho; y si, por otra parte, este primer hecho debía ir acompañado de la *necessitatis opinio*, es que descansaba evidentemente en un error, y no puede ser contado, por consiguiente, entre los actos nacidos de tal opinión. Y como este razonamiento se aplica de igual modo al segundo acto, al tercero, y sucesivamente á todos los demás, se hace absolutamente imposible instaurar un derecho consuetudinario, á no admitir el error como inherente á sus orígenes. Los escritores citados no titubean en admitir este absurdo, cortando así el nudo que no han acertado á desatar (2).

Según mis principios, dice Savigny, no hay contradicción alguna, puesto que la regla de derecho no es engendrada, sino simplemente manifestada ó declarada, por la costumbre; con

(1) Cum dicitur *in aliis similibus non obtinet*, non est sensus in illa materia obtinere, non vero in similibus. Hoc enim fortasse de omni consuetudine, etiam ex certa scientia introducta, dici potuit... Sensus ergo erit, non obtinere in similibus, id est, talem consuetudinem non durare, et intellectu errore non dare jus ad exercendos actus similes illis qui antea per errorem quasi ex consuetudine putata legitima exercebantur. (*Ob. cit.*, lib. VII, cap. XII.)

(2) Schweitzer, *De desuetudine*, p. 78; Hübner, *Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner*, p. 164. Este último, para escapar á la ley 39 de legib., pretende que no se aplica á las falsas interpretaciones de las leyes. Pero la restricción es puramente arbitraria; y además, si el error puede fundar un derecho consuetudinario, ¿porqué no el error sobre la interpretación de una ley? (Savigny, *ob. cit.*, § 29.)

lo cual, la *necessitatis opinio*, sin error alguno, puede y debe existir cuando se verifique el primer hecho. El derecho consuetudinario no debe descansar en un error probado, porque entonces faltaría esa convicción directa, que es aquí lo esencial. Lo que el texto latino quiere significar, por tanto, es que cuando una costumbre tiene por fundamento, no una idea de derecho común á toda la nación, sino un error (lo que excluye necesariamente la convicción universal), tal costumbre no constituye un verdadero derecho consuetudinario, y no hay razón alguna para aplicarla en lo sucesivo. Sin embargo, el principio de que la *necessitatis opinio*, sin género alguno de error, puede y debe existir al ejecutarse el primer acto, sufre algunas restricciones: por ejemplo, si se funda en una teoría falsa, arraigada en la conciencia del pueblo, la regla fundada en tal convicción común subsiste independientemente de la falsa teoría. Lo cual es un error *non ratione obtentus*, y por consiguiente, incapaz de valer ni de obrar como derecho consuetudinario: la práctica creada por las necesidades de la civilización moderna se funda en la *ratio*, en la *necessitatis opinio*, y tiene autoridad de un verdadero derecho consuetudinario, aun cuando, al establecerse, impurificasen la teoría errores históricos (1).

Prescindiendo del fondo de la doctrina que cada intérprete formula con ocasión ó con pretexto del pasaje de Celso, y citándome á la letra de éste, es de toda evidencia, á mi juicio, que no se ha dado á algunos vocablos su verdadero significado, y que cada cual le ha atribuído el sentido que mejor se adaptaba á su teoría ó á su propio modo de ver. Gira el texto en derredor de estos tres conceptos: *ratio*, *error*, *consuetudo*; y es casi seguro que ninguno de los tres ha sido interpretado derechamente.

1º *Error* no significa precisamente *equivocación*, *ignorancia*, lo opuesto á verdad, sino, además, pecado, malicia, vicio, tuerto, delito, dolo y fraude, y con esta acepción lo usan frecuentísimamente los autores latinos. Ejemplos:—*Quid deceat*,

(1) Savigny, *ibid.*, § 29, números 6º y 7º.

quid non, quo *virtus* quo ferat *error* (Horat., *Epist. ad Pis.*, v. 308):—Sive velis, qui sint, mores inquirere nostros; *Error*em misero detrahe, labe carent (Ovid., *Pont.*, IV, 8, 19):—*Error*em pœnitendo corrigere (Ciceron *Fragm.*, apud Lact. 6. 24):—Admiscere atque implicare se hominum *vitiis* atque *erroribus* (*Id.*, ap. August., *de Trin.*):—Aut aliquis latet *error*: equo ne credite, Teucri (Virgil., *Aeneid.*, II, 48).—Es el sentido que mejor conviene con el conjunto del pasaje en cuestión. También en castellano, *yerro* equivale á falta, culpa, defecto, según el Diccionario de Autoridades, como en este refrán: «al que hace un yerro, y pudiendo no hace más, por bueno le tendrás.»

2º *Consuetudo* no ha de entenderse aquí como *regla* consuetudinaria, sino como *hábito*, acepción muy común entre los clásicos, y que se adapta perfectamente al tono general de la declaración trascrita del Digesto. Hé aquí algunos pasajes donde *consuetudo*, al igual de *mos*, es sinónimo de hábito, y no de costumbre jurídica:—*Exercitatio* ex qua *consuetudo* gignitur (Cic., *in Verr.*, 2):—*Difficile* est mutare animum, et si quid penitus *insitum moribus*, id subito evellere (Cic., *Epist.* 29):—*Quæ*, quamquam gravia sunt, tamen *consuetudine* jam pro nihilo habentur (Sallust., *Bell. jugurt.*, 36):—*Benefacere* jam ex *consuetudine* in natura vortit (*Id.*, 85, 9):—Cf. *Tantum usu* quotidiano et *exercitatione* efficiunt. (Caes., *Bel. gal.*, IV, 33.)

3º *Ratio*, lo interpreta Savigny en este lugar como convicción directa y común del pueblo, como *necessitatis opinio*, y en el rescripto citado de Constantino, como *ratio publicæ utilitatis* ó interés general del Estado. Sin embargo, parece más indicada aquí la significación de *derecho* (*ratio juris*), que es una de las que en lengua latina le corresponden, consagrada por el uso constante de los clásicos, de acuerdo en esto con todas las lenguas aryas. En celta, justicia es *reiz* (breton y gael), *reic'h* (Vannes), y razón se dice igualmente *reizon* (breton), *reizion* (Gales), *riazon* (Escocia), *reizun* (Irl.). Por esto, nuestra frase «no tienes *razón*,» la traduce el inglés por «you are not *right*,» y antiguamente usaba nuestro pueblo como sinónimas entrambas voces, v. gr.: «quien no oye *razón*

(razones, motivos) no hace *razón* (justicia).» El refrán «la *razón* no quiere fuerza» equivale á este otro: «do fuerza viene, *derecho* se pierde.» La frase «ponerse en la *razón*,» vale tanto como «ponerse en lo *justo*.» *Razón escrita* se ha llamado al *Derecho romano*. Y *razón de Estado* expresa siempre algo concerniente al *Derecho público*. «Necessité est la moitié de *raison*,» recuerda el apotegma «Necessitas caret *lege*.» Solís en su *Hist. de Nueva España* (1) dice: «Puso en congoja á la nobleza y á todos los que tenían la parte de la *razón y la verdad*,» es decir, de la justicia. Y Molière: «Philinto: Mais qui voulez vous donc qui pour vous sollicite?—Alcestes: Qui je veux? La *raison, mon bon droit, l'equité*» (2).

En conclusión, el sentido del oscuro pasaje del Digesto que hemos transcrito, es sencillamente este: la práctica ó hábito vicioso, ó contrario á derecho, no constituye una costumbre jurídica, y no puede, por tanto, ser invocada como regla ni como precedente para legitimar actos análogos á aquellos que la introdujeron. Reducido así á sus naturales límites, pierde aquél sentido trascendente que se había creído sorprender al través de la nebulosa vaguedad de que parece quiso hacer gala su ilustre autor. Diríase que los redactores del Código de Partidas habían penetrado en la mente del jurisconsulto romano, cuando escribieron: «Débenla poner (la costumbre) con gran consejo, e *non por yerro*, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, *sino derecho, razón e pro*. Ca si de otra guisa la pusieren, non sería buena costumbre, mas dañoamiento de ellos e de toda justicia (3).» Así la ley 238 del Estilo: «Cinco cosas son que embargan los derechos escritos: la primera, la costumbre, *si es razonable...*» inspirado sin duda en el *nisi fuerit rationabilis* de la famosa Decretal de Gregorio IX.

Dicho se está, por lo demás, que los actos jurídico-consuetudinarios deben ser actos verdad, esto es, conformes de toda conformidad con el principio ideal que los inspira, congruen-

(1) Lib. I, cap. IV, cit. en el *Diccionario de la lengua castellana de 1787*.

(2) *Misant.*, I, 1, apud Littré, *Diction. de la langue franc.*

(3) Partida 1^a, tit. II, ley 5^a.

tes con el fin racional que en ellos se propone lograr el agente, adecuados á la naturaleza de la necesidad en cuya virtud los ejecuta; pues faltando esa congruencia, por error del entendimiento acerca de uno cualquiera de los elementos constitutivos del hecho, pierde éste todo significado jurídico, y carece, por consiguiente, de toda virtud para incoar una costumbre válida. Pero esto lo lleva consigo la naturaleza misma de la costumbre, y es ociosa su enunciación como especial requisito.

Fernández de Mesa sostiene que «por lo mismo que la costumbre debe ser racional, se ha de hacer promeditadamente y sin error, y si al principio se introduce con él, puede después aprobarse con deliberación (§ 62);» desdichadísima interpretación de la ley citada del Digesto. Doctores hubo que juzgaron que si el error no afecta á la inducción misma de la costumbre, sino á su causa, la costumbre es válida, como es válido el hecho de la trasmisión del dominio aunque se yerre en la causa por la cuál se hace la entrega (1). «Parece esto claro, añade Gregorio López, cuando el error recae sobre la causa impulsiva: pero si recae sobre la causa final, los doctores más comunmente parecen inclinarse por que no valga entónces la costumbre. Juan de Imola dice que ni el uno ni el otro error vicia la costumbre. A mí me parece duro que el error en la causa final no impida la costumbre, exigiendo como exigen las leyes, así las de derecho común como las de Partidas, la ciencia cierta del pueblo en inducír costumbre, y donde hay tal error, no hay consentimiento del pueblo en inducir la misma costumbre, y en ese caso, el mismo Imola confiesa que se vicia la costumbre (2).»

(1) *Secus si non esset populus in consuetudine inducenda, sed in causa consuetudinis, quia tunc valebit, sicut videmus quod transfertur dominium licet erretur in causa qua traditur (ad leg. 3, tit. II, Partida 1.)*

(2) *Hoc videtur clarum quando errant in causa impulsiva; sed si erretur in causa finali, doctores magis communiter videntur velle quod tunc non valebit consuetudo. Imola vero dicit quod sive erretur in causa impulsiva, sive in causa finali, non vitietur consuetudo. Mihi videtur durum quod error in causa finali non impediatur consuetudinem, cum leges tam juris communis quam istae Partitarum ita exigant certam scientiam populi in inducenda consuetudine, et ubi est talis error, non est consensus populi, in ipsa consuetudine inducenda, et ubi est talis error, ipse etiam Imola fatetur vitari consuetudinem (ad leg. 3, tit. II, Part. 1.)*

7. Libertad de los actos.—No es más pertinente ni menos redundante que las demás esta otra cualidad que se impone como requisito esencial á los actos jurídicos para que sean al mismo tiempo consuetudinarios, porque si careciesen de él, principiarían por no ser tales actos jurídicos, y les faltaría, por tanto, toda base y supuesto para la costumbre. Las costumbres en que intervino violencia, dice Baldo, no pueden prescribir; de donde infiere G. López que si, por ejemplo, todo el pueblo, excepto dos personas, observase la costumbre de que el primogénito suceda en la universalidad de los bienes, y antes de hacerse firme y de causar estado tal costumbre, un primogénito, para desheredar á sus hermanos, obligara por la fuerza á aquellas dos personas á consentirla, la costumbre se viciaría y perdería toda virtud y eficacia (1). También Suárez es de opinión que no introducen costumbre los actos obrados *per vim vel gravem vel injuriosum metum*, porque tanto la violencia como el miedo son óbice al *consensus* necesario para crear costumbre (2).

Alberico discute esta cuestión y distingue el caso en que la coacción proceda del juez, por vía de jurisdicción, ó de las personas privadas; y resuelve que, en el primer caso, la violencia no vicia la costumbre, porque lo que el juez hace, se presume que lo ejecuta el pueblo entero por cuya autoridad está constituido (3). Aun haciendo caso omiso del derecho natural, y ciñéndonos únicamente al texto del derecho romano, la distinción carece en absoluto de todo sentido, ó es absurda á todas luces. En un error análogo incurre la Glosa cuando dice que

(1) *Consuetudines cum violentia praescribi non possunt* (Bald. in cap. I, col. 3, de his qui feu. da. poss.). Unde succedit quod si per majorem partem populi, exceptis duobus, usitatum sit quod primogenitus succedat in totum, et quidam primogenitus ante firmatam consuetudinem volens succedere, compulit istos duos consentire, an per hoc sit vitiata consuetudo.

(2) *Tractatus* cit., lib. VII, cap. XIII.

(3) Alberico (in d. l. *de quibus*, col. 21) movet istam quaestionem et distinguit an coactio fiat per judicem per viam jurisdictionis, an per privatum. Primo casu, dicit non vitiari consuetudinem (ut ff. de leg. l. cum de consuetud. 2)... quod enim facit judex, totus populus facere videtur, cum judex sit auctoritate populi praepositus (l. 2, § omnia C. de veter. jur. enucl. Bart. in l. de quibus). Apud G. López, *coment.* á la ley 1^a, tit. II, Part. 1^a.)

si la ciudad es gobernada por concejales (*decuriones*), representan éstos al pueblo, y pueden, por tanto, introducir costumbre en lugar suyo (1).

El error que inspira todas estas doctrinas salta á la vista, y no hay para qué ponerlo en evidencia.

8. Publicidad de los actos.—Es otra de las condiciones que deben reunir los actos consuetudinarios, al decir de muchísimos autores, para quienes la publicidad es un corolario natural del *consensus populi*, fundamento inmediato de la costumbre en derecho romano. Ya el Código de Partidas puso como regla que el uso «non debe ser fecho á furto, ni escondido; mas en manera que lo sepan e se paguen los que fueren conocedores de razón e de derecho,» así como también «paladinamente e con gran consejo:» y de la costumbre dice que sólo puede introducirse «sabiéndolo el señor de la tierra é non lo contradiciendo,» y añade que «d ébenla poner con gran consejo.»

Suárez dice que los actos consuetudinarios deben ejecutarse públicamente, tanto para que todo el pueblo ó su mayor parte pueda convenir en prestar su consentimiento, como para que pueda ser conocido ó inferido el consentimiento del príncipe, porque ejecutar los actos clandestinamente es indicio seguro de que ni interviene el consentimiento común del pueblo ni el del príncipe: por esto, si los actos no son públicos, ó al menos ejecutados paladinamente, no tienen eficacia para inducir una costumbre pública (2).

Sin duda alguna, añade Savigny, que el carácter público ú oculto de ciertos actos no carece de influencia sobre el derecho consuetudinario.... pero todo se reduce á mostrar que estos actos son más ó menos propios para expresar la condición común

(1) Ut notat Glossa in rubrica C. *quae sit l. c.*, ley final ff. de decret. *ab ordi fac.* Alber. in diet. rubr. col. 5, apud G. López.

(2) Quod si actus clam fiant et in abscondito, per illos et per tale modum operandi indicatur non fieri ex communi consensu populi, nec consentiente Principe: ideoque nisi actus sint publici, saltem notorietate facti, non possunt esse apti ad publicam consuetudinem inducendam (lib. VII, cap. x.)

que les sirve de base. Los que conceden una importancia especial á la publicidad, fundan la costumbre en el *consensus populi* ó en el *consensus principis*, y parten de un error fundamental acerca de la naturaleza del derecho consuetudinario; de donde colijo que la publicidad de los actos no es en manera alguna condición esencial de este derecho (1).» Esta conclusión de Savigny es la racional, y no necesito justificar mi conformidad con ella, porque se desprende como lógico corolario:—1º, de la teoría que en otro lugar tengo expuesta acerca del hecho consuetudinario social (2);—2º, de la solución hallada al problema del consentimiento del legislador (3).

Mientras no se renuncie á considerar la costumbre como una concesión graciosa del legislador, y como una regla eventual, cuya total y única función es colmar los vacíos de la legislación y suplir los descuidos y la negligencia de los poderes públicos, se seguirá admitiendo la posibilidad de costumbres clandestinas en las personas sociales, é imponiendo como condición la publicidad á los hechos consuetudinarios. Así, por ejemplo, dice Tarrasa, haciéndose intérprete de la casi universalidad de los tratadistas: «Las prácticas clandestinas de que el legislador no tiene ni puede tener noticia, no pueden acusar á éste de negligencia en proveer lo necesario para satisfacerlas (4).» Consecuencia natural de este requisito debía ser el que la prescripción, á juicio de los mismos autores, no debe

(1) Savigny, *ob. cit.*, § 29, n.º 8; Puchta, II, p. 40 y sigs.

(2) *Teoría del hecho jurídico*. § 36.

(3) Vid. supra, § 2, Consentimiento del legislador.

(4) *Ob. cit.*, p. 109. Por más que luego se contradice en parte, al sustentar la tesis de que la costumbre es un estado excepcional en materia legislativa, y le atribuye un origen que no es el consentimiento del legislador: "Cuando la ley añade á su elemento oficial el elemento popular, y ésta ha de ser la habilidad del legislador, entonces la costumbre será imposible, porque no tendrá razón de ser; pero cuando, por desgracia, esos elementos anden divorciados, la costumbre será inevitable, ora como supletoria de la ley, ora como aclaratoria ó como derogatoria de la misma. ¿Cómo es, pues, posible atribuir á la costumbre el fundamento que se le supone? ¿Y qué significa el que, arrastrados los legisladores por esa opinión, quieran autorizar á la costumbre, dando reglas acerca de la misma, cual se ve en el Derecho romano y en las Partidas, como si miraran en la costumbre un suplemento á su inercia, como si encargaran al mismo pueblo la formación de leyes que por incuria ellos no quisieran dar? (p. 105.).,"

principiar á correr sino desde el día en que llegue á conocimiento del pueblo ó de la mayoría de él el acto ó actos consuetudinarios (1).

9. Pluralidad de agentes.—Fieles á la teoría mecánica de la costumbre, que se inaugura con los glosadores y sigue, quebrantada no más, imperando todavía en nuestro tiempo, era natural que los intérpretes, al tratar de definir numéricamente al «*tacitus consensus populi*» de la ley romana, entendiesen que debía tomar parte directa en ella la mayoría de las personas que componen la comunidad. La voluntad social reputábase ser la *suma* de las voluntades individuales, y era preciso contar los sufragios emitidos tácitamente por los ciudadanos en sus hechos, como se cuentan los votos depositados en la urna por los miembros de una Asamblea cuando resuelve acerca de una ley. No se les alcanzaba que un individuo solo pudiera obrar en representación del todo, sin que este todo le hubiera conferido de un modo expreso su poder. No bastaba, pues, que la costumbre fuera estatuida en una pluralidad de actos durante un tiempo largo: era menestér, además, que el agente de esos actos fuese también plural y constituyese mayoría en el pueblo. Así lo entendieron ya los jurisconsultos castellanos á quienes estuvo confiada la redacción de las Partidas: «el pueblo, ó la mayor parte dél, si usasen á fazer alguna cosa...»

Esta doctrina profesaba Suarez. Para que el pueblo introduzca una costumbre, es forzoso y basta que la observe el mayor número de sus miembros: no basta el consentimiento de la minoría, con menos razón aún que en las elecciones (2). En

(1) Et incipit currere istud decenium a die primi actus consuetudinis, ex quo devenit in notitiam populi vel majoris partis. Bart. in d. 1. *de quibus*, co. 7. Ange. etiam q. 3 Iaso col. 14 Ioan. And. ubi supra, in dict. co. 9 vers. 3 quaeritur (G. López, ad leg. 5, tit. II, Part. 1.)

(2) Suarez, *ob. cit.*, lib. VII, cap. IX.—Vid. también Salazar: Propterea ut populi consuetudo dici valeat, omnis populus vel ejus major pars, in id debet convenire quod utitur: ita ut reliqui tanquam agresti et á populo alicui in eo usu habeantur; nec valeant dici quod corrumpunt consuetudinem (*De usu*, capítulo VII, § 5.)

idéntico sentido Bártolo: si la minoría obra de distinto modo, sus actos no perjudican á la costumbre, la cual se introduce por la mayoría (1). Quien más ha mecanizado la doctrina acerca de la pluralidad de personas es Juan Andrés: en opinión suya, no es de rigor que la mayoría ejecute materialmente cada acto, pero sí que tenga noticia de ellos y no los contradiga (2).—No todos, sin embargo, juzgaron necesario el consentimiento de la mayoría: «Aunque también comúnmente, dice Castro, enseñan ser necesario el consentimiento de todo el pueblo ó de su mayor parte, no falta quien asegure no ser necesaria esta mayor parte del pueblo, y ser suficiente una parte considerable de él (D. Galind. *in Phœnic.*, lib. I, tit. II, § 24, Prop. et Glos. 3), y aun poder una parte del pueblo introducir costumbre contra otra parte. (García, *de Nobilit.*, Gloss. 6, n° 14), y á una sola familia dan algunos esta potestad (Velasco et alii, apud Barbos. in cap. fin. *de Consuetud.*, n° 20) (3).»

La mayoría; pero ¿qué clase de personas deben entrar en el cómputo de esa mayoría? Ya en la Edad Media hubieron de surgir dudas acerca de este punto entre los cavilosos intérpretes: en prevención de ellas, el Código de las Partidas definió el pueblo como «ayuntamiento de gentes de todas maneras, de aquella tierra do se allegan. Y desto no sale ome, ni mujer, ni clérigo, ni lego. E tal pueblo como este, ó la mayor partida dél, si usaren diez ó veinte años á facer alguna cosa, etc.» De distinto modo opinaron Bártolo, Acevedo, Reiffenstuel, Castro

(1) Ut tradit Bart. in repl. l. *de quibus*, col. 7; apud G. López, *comm. ad leg.* 5, tit. II, Part. 1.

(2) Si tamen frequentatur actus et populus sciatur, probatur animus inducendi consuetudinem, et computabitur tempus ex primo actu, ut superius dixi, et ponit Joan. And. in dict. tract. vers. *visa*, col. 5.—Idem tamen Joan. And. in dict. versículo *visa*, col. 13, latius ista declarat, et vult quod et de primo actu ex quo devenerit in notitiam populi, testes dicant quod venit in notitiam majoris partis populi, et non sufficere quod testes dicant factum esse actum centum praesentibus, et alii testes deponentes de alio actu dicant quod centum praesentibus factus fuit actus alius, et sic de tertio actu, nam licet ita dicerent, esse potuit, quod idem fuerint qui cuilibet ex dictis actibus praesentes fuerunt, et sic non arguetur scivisse majorem partem populi. Oportet ergo de hoc constare, et in talibus quae non ita liquide probari possunt stabimus conjecturis (G. López, *ad dict. leg.* 5, tit. II, Part. 1.)

(3) Castro, *De las leyes*, lib. II, disc. v.

y otros, que excluían á la mujer, fundados en que las mujeres no tenían potestad legislativa (1). Más en lo cierto se puso Suárez: «Todos convienen, dice, en que únicamente deben computarse las personas hábiles para prestar su consentimiento en derecho consuetudinario, quedando, por consiguiente, excluidos los niños y los ausentes. Algunos eliminan también á las mujeres, porque no pueden estatuir leyes, y á los varones menores de veinte años; pero, añade, ni lo uno ni lo otro parece fundado en razón, ni se apoya en ley alguna (2). Distingue una doble capacidad en las colectividades: una activa, para estatuir y quitar leyes; otra pasiva, para recibirlas: esta segunda basta para introducir costumbre, interviniendo consentimiento del príncipe; y así, por ejemplo, el pueblo seglar, que carece de potestad para hacer leyes eclesiásticas, puede, sin embargo, introducir una costumbre que abrogue una ley eclesiástica, y de igual modo las mujeres pueden derogar consuetudinariamente una ley que á ellas exclusivamente se dirija (3).

Se comprende la duda en cuanto al número de personas que deben cooperar de un modo material á la generación de la regla consuetudinaria, por la razón que queda apuntada; pero maravilla que hayan puesto en litigio los comentaristas el derecho de las mujeres y de los menores de edad á introducir costumbres jurídicas, cuando no ya la razón, sino hasta la experiencia de todos los siglos pudo haberles enseñado que la capacidad es mucho más lata en esta esfera que en la esfera de la legislación, no conociendo otros límites que los que la

(1) "Mores seu usus mulierum non inducunt consuetudinem, quia non possunt mulieres condere legem (l. 5 et ibi Bar. ff. de legibus, apud G. López, ad l. 2, tit. II, Partida 1^a).", "Sólo, y con razón, á las mujeres se les deniega este derecho. (Acev. in l. 1, tit. I, lib. II, Recop. n.º 7; Reiffenstuel ad tit. *De consuetud.*, § 5, n.º 113; Castro, *De las leyes*, lib. II, disc. V.)."

(2) Quomodo sit computanda haec major pars populi. In hoc omnes conveniunt esse computandas tantum personas habiles ad consensum praestandum in jure consuetudinis. Unde excludunt omnes infantes et ausentes. Aliqui etiam omnino excludunt foeminas, quia non posunt legem ferre, et ex viris excludunt omnes minores viginti annorum. Neutrum tamen video sufficienter jure probari, nec ratione convinci. Sed hoc resolvetur melius circa singulos effectus legis (lib. VII, cap. IX.)

(3) *Ibid.*, lib. VII, capítulos IX y XVIII.

misma naturaleza le impone; y que la han tenido y ejercido siempre, y con perfecto derecho, no sólo las mujeres y los menores, sino hasta los niños, los malhechores y los penados, cada uno en su género de vida y en su esfera de acción. Las limitaciones, más ó menos arbitrarias, de la ley por razón de sexo y edad, no han penetrado nunca ni ejercido la menor influencia, ni la ejercerán jamás, en la política interna de la costumbre. La capacidad consuetudinaria desconoce los sexos, y no admite esas tasas de edad que ahogan el tiempo individual de cada persona, absorbiéndolo en el tiempo común de la sociedad.

Los modernos no han introducido apenas novedad alguna en la doctrina de los antiguos. «En cuanto al número de habitantes que han observado el uso y á la duración de su observancia, es imposible determinarlos por una regla invariable. Únicamente se deberá mostrar mayor rigor respecto de un uso que tienda á abrogar la ley que respecto de otro que la interprete ó supla. En todo caso, una notoriedad absoluta es tan imposible para la costumbre como para la ley: basta que no sea ignorada sino de un corto número (1).» «La primera cualidad formal de la costumbre es que sea *popular*, es decir, introducida por todo el pueblo, que, como á este propósito dicen las leyes de Partida, quiere decir ayuntamiento de gentes de muchas maneras, etc. Lo que es práctica admitida por cierta clase de personas, por respetables que sean, no es uso del pueblo, pues esta palabra comprende á *todos*, y el uso ha de ser universal (2).» «Si se trata de un uso local, es menester que sea *quod in regione frequentatur*, es decir, observado por la generalidad de los mercaderes del lugar (3).»

10. Coordinación.—Admite Salazar, con otros, que donde el pueblo se halle dividido en vecindades, tribus, curias ó parcialidades (pone por ejemplo los guelfos y los gibe-

(1) Dalloz, *Diction. cit.*, v^o Lois, § 115.

(2) Tarrasa, *ob. cit.*, p. 109.

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

linos), etc., la mayoría de los individuos que las componen podrá introducir costumbre dentro de la suya respectiva, lo mismo que en el conjunto del pueblo la mayoría de los ciudadanos (1). También Bártolo, Alberico, G. López y otros son de opinión que una parte, cuartel ó barrio de una ciudad, puede introducir costumbre respecto de aquellas materias que á él solo atañen, y lo mismo las villas, aldeas y castillos dependientes de dicha ciudad (2). El principio es de aplaudir, porque se aparta de ese absurdo formalismo que tiende á hacer del pueblo una unidad abstracta, no diferenciada interiormente, y á desconocer (lógicamente, dado tal principio) la sustantividad de la costumbre local.

¿Pero qué valor alcanza esa costumbre local, de un municipio, por ejemplo, enfrente de una ley general de la provincia, v. gr., ó de la nación á que aquel municipio pertenece?

Algunos autores han propuesto una solución á este problema, refiriéndolo al rescripto tantas veces citado de Constantino *quae sit longa consuetudo*. Los primeros que establecieron, á propósito de él, una distinción entre costumbre general y costumbre especial, fueron los glosadores Azón y Accursio; posteriormente, han sido sus más decididos mantenedores Donello y Savigny. Sostiene el primero que en dicho

(1) *Caeteri vero admittentur ubi in tribus (quos dicunt vados vel partialitates) populus reperiatur divisus, l. 2, § hisdem temporibus, ff. de origine juris. In hac specie, de tribu vel de sectione idem dicemus quod dicimus de populo. Nam populus, ut dixi, reputatur l. plane, § ult. ff. de leg. 1. Sic enim eujusque curiae vel partis populi desumptae lective major pars poterit, ut ipsius integralis populi major pars introducere consuetudinem: nec dicitur a reliquis interrupta (cap. VII, § 5). Cum non unus vicinus, duo vel plures introducant consuetudinem, sed major populi pars; viciniaeve vel populi partialitates, ut Gueffi seu Gebellini (cap. VII, § 14).*

(2) *Item et una pars, seu unum quarterium civitatis, posset inducere consuetudinem, secundum Alber. in l. de quibus, ff. de legibus, n° 46. Et intellige circa ea quae spectant ad modum expediendi: ea quae incumbunt ipsi quarterio, non ad decisiones causarum, ut tradit Bartolus in rep. l. omnes populi, col. 3, ff. de just. et jure. Et an castrum subditum civitati possit habere consuetudinem de per se.—Angel. in dict. l. de quibus, col. pen., dicit quod sic si civitas pateretur: secus si civitas vellet prohibere et revocare, nam posset eo quia castra et villae debent regi per civitatem, ut in auth. quibus modis effi. sui, § si quis ergo. Quod forte posset intelligi et limitari, nisi in concernentibus expeditionem incumbentium tali castro de per se ut dictum est in quarterio civitatis (G. López, ad leg. 5, tit. II, Part. 1°).*

rescripto se trata de la *consuetudo* y de la *lex in genere*, dándolas como especies coordinadas de igual dignidad y fuerza; la *consuetudo in genere* no tiene más valor que la *lex in genere*; por esto, una costumbre general podía abrogar una ley general, y una costumbre particular á una ley particular; pero una costumbre particular no podía abrogar á una ley general, que le es superior (1).—Savigny entiende igualmente que Constantino no ataca en lo más mínimo á las costumbres generales en el rescripto en cuestión, que éste se refiere sin ningún género de duda á las costumbres locales; como que en su tiempo, dice, apenas podía introducirse otro género de costumbres que costumbres locales; cree, además, que *lex* en dicho texto significa ley imperial. Esto supuesto, entiende que la cuestión está en saber qué autoridad gozaban en tiempo de Constantino las costumbres locales enfrente de una ley general. A este efecto hay que distinguir entre leyes absolutas y leyes supletorias. Si se trata de una ley absoluta, la unidad de la constitución política no admite costumbre local contraria; aun independientemente de toda ley, una costumbre local no puede ir contra el interés general del Estado, y es evidente que ese interés no tiene menos fuerza porque esté protegido por una ley absoluta; así, pues, ninguna costumbre posterior, sea de un municipio, sea de una provincia, puede prevalecer sobre una ley de esta naturaleza. Si se trata de una ley supletoria, esos principios dejan ya de ser aplicables. Azón cita como ejemplo cierta costumbre de Módena y de Rávena, según la cual, el censo enfiteútico de bienes de la Iglesia no se rescinde por el no pago del canon durante dos años; semejante costumbre es válida, porque el enfiteuta podía renunciar en el contrato á ese motivo de rescisión. Esto por lo que respecta al precepto *consuetudo non vincit legem*. En cuanto á que *consuetudo non vincit rationem*, entiende Savigny que *ratio* aquí no significa la convicción común ó la necesidad de la regla, sino *ratio publicae utilitatis*. En tal sentido, el rescripto puede traducirse parafrásticamente

(1) *Comment. juris civilis*, lib. I, cap. 10; cit. por Scialoja, *Archivio*, loc. cit.

de este modo: «las costumbres locales no pueden prevalecer contra el interés del Estado, hállese garantido ó no formalmente este interés por una ley.» En él, pues, no se restringe la autoridad de las costumbres por una disposición positiva y arbitraria: se limita á expresar el verdadero carácter de las costumbres locales con relación á la constitución política (1).

Las antiguas legislaciones consagraron una doctrina mas racional que esa de los científicos modernos. Según el Código castellano de las Partidas, «la costumbre especial abroga ó desata la ley en el lugar donde fuere usada» (2): desgraciadamente, este reconocimiento resulta totalmente ineficaz en la práctica, porque el mismo Código impone á la costumbre, para que sea válida, ciertas condiciones que, tal como las interpretan los tribunales, es imposible que las reuna nunca. También en Aragón, el fuero «De iis quae Do minus rex» manda que se observe inviolablemente no solo la costumbre general del reino, sino también la particular, «usus et consuetudines *tam particularia quam generalia* (3); y en la relación de unas á otras, los jurisconsultos aragoneses colocan las locales en primer lugar y las generales en segundo: la costumbre especial ó particular, dicen Sessé y Suelves, prevalece sobre la general y deroga al Fuero, sin ser derogada por éste (4).

11. Uniformidad y continuidad de los actos

—Nacido de ese prurito de cualificar, distinguir y promover montañas de dudas y dificultades en los lugares más abiertos y llanos de la ciencia del derecho, han solido añadir los tratadistas á los requisitos anteriores, este otro: que los actos sean uniformes y constantes, «es decir, que no hay costumbre donde existen actos fundados en reglas contrarias: esto por sí mismo se comprende (5);» ó como dice Larrea, «que si una

(1) *Sistema del derecho romano*, t. I, apénd. II.

(2) Partida I, tit. II, ley 6ª.

(3) Vid. *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum*, por M. de Molino, 1507, vº *Consuetudo*: cf. vº *Libertates Regni*.

(4) Sessé, *Decisiones de los tribunales*, 1611, de 413; Suelves, *Consejos decisiones*, semicent. 1ª, c. 42; cit. por M. Dieste *Diccionario del derecho civil aragonés*, 1866.

(5) Puchta, II, p. 89 y sigs., en Savigny, § 29, nº 2º.

vez se observó de un modo y otra de otro, no se puede llamar costumbre (1):» «si las prácticas se refieren á distintos objetos, ó no ha habido semejanza en el modo de llevarlos á efecto, no pueden argüir asentimiento general del pueblo ni evidencia de su generalidad; todo lo cual se encuentra cuando entre las prácticas hay una absoluta conformidad en los diferentes tiempos y lugares (2).» Por lo demás, la cualidad de la «uniformidad» es un corolario de estas otras dos: antigüedad ó prescripción de la costumbre y pluralidad de actos y personas (3).

¿Esa uniformidad debe ser absoluta? O ¿cuántos actos son menester para interrumpir la formación de la costumbre? Este problema, que es una consecuencia del principio de la pluralidad de actos, ha recibido muy diversas soluciones, desde el Cardenal de Luca y Steph. Gratiano, que consideran suficiente un acto solo para interrumpir y desbaratar la formación de la costumbre, como si se hubieran inspirado en el procedimiento de las antiguas Cortes de Aragón, hasta Bobadilla y otros, según los cuales, una vez ejecutados varios actos uniformes, para destruir su efecto son menester otros tantos actos contrarios y que hayan estado en observancia tanto tiempo como los primeros (4).

Al mismo género de este pretendido requisito de la cos-

(1) Decis. 2, n.º 20, apud Castro, *ob. cit.*, lib. II, disc. v, t. I, p. 113.

(2) Tarrasa, *ob. cit.*, p. 109.

(3) Etenim cum debeat consuetudo esse præscripta, cap. ult. extra de præes. l. 2 Cod. quæ sit longa consuet., l. de quibus, l. diuturna, et l. sed ea ff. de legib., quam nemo usquam declaravit in hac parte præscriptionis debeat esse moribus comprobata non posset dici præscripta, ubi nonnulli eam inducerent: nonnulli contra interrumperent facientes actus contrarios. Glosa elegans et singularis, in l. *nemo* § temporales, ff. de regul. juris, quam citat ad hoc Paul. eam appellans singularem in d. l. *de quibus*, n.º 11 *de legib.* Unde, ut dici possit præscripta, non debet esse interrupta, sed perpetuo continuata per decenium, ut in d. l. *de quibus* et. d. l. *diuturna*, ff. de legib., et cap. fin. de consuetud. Id quod Paul. comprobavit ubi supra ex l. nam Imperator, ff. de legib., consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere (Salazar, *ob. cit.*, cap. VII, § 5.)

(4) Improbabilis redditur dicta pretensa consuetudo, cujus essentielle requisitum est, ut nihil actum sit in contrarium. Card. de Luca, *de Pensionibus*, disc. 25, n. 10: Stephan. Grat., *Discept. Forens.*, cap. LXXIX, n.º 9; Bobadilla, *Politiæ*, lib. 2.º, cap. 10, n.º 42;—apud Castro, *ob. cit.*, lib. II, disc. v.

tumbre pertenece la llamada *continuidad* de la costumbre, y no tiene más valor científico que ella. «Debe ser continúa la costumbre, dice uno, es decir, no interrumpida por ley que la contradiga ó por otra costumbre que la contrarie; pues en este caso no responde á una necesidad constante. Un interés variable ó pasajero, que en ocasiones se presenta y en otras no, no debe fundar derechos, los cuales presuponen relaciones permanentes de la vida, por estar fundados en la naturaleza invariable del hombre y de la sociedad (1):» «debe ser *constante*, es decir, su autoridad ha de ser invocada siempre, cuantas veces surja aquel determinado caso jurídico», dice Vidari, y añade, que «los tribunales de apelación de Florencia (8 En. 1862) y Lucca (7 Junio 1865) juzgaron con razón que los usos mercantiles, para que produzcan efecto en juicio, deben estar justificados con ejemplos.» «Ha de ser uniforme, dicen Delamarre y Poitvin, si se trata de un uso que se pretende general, es decir, que sea el mismo en todas las plazas del reino, y que practicado en las unas, no sea desechado en las otras (2).»

El Código civil francés, en los casos en que reconoce validez á las costumbres locales, exige que sean costumbres constantes y reconocidas: hablando de plantaciones en las lindes, dice: *usages constants et reconnus* (art. 671): hablando de usufructo de montes, dice también: «conformément à l'usage *constant* des propriétaires (art. 590).» «Y debe ser constante, añade Laurent, porque es la expresión de la voluntad general; debe estar reconocida á título de derecho, para que no se haga pasar por uso lo que es una simple tolerancia. Si existe divergencia acerca de la existencia del uso, el que lo alega tendrá obligación de probarlo (3).»

Blackstone distingue entre interrupción de *hecho* é interrupción de *derecho* ó de posesión; aunque su doctrina más bien atañe al desuso que á la interrupción en la formación de la costumbre. Toda interrupción, dice, hace cesar la costumbre,

(1) Tarrasa, ut supra, p. 110.

(2) *Traité théorique* etc., § 285.

(3) *Principes de droit civil français*, por F. Laurent; t. VII, § 6.

y su establecimiento es un comienzo nuevo que no se remonta ya á un tiempo inmemorial, y por esta razón, la costumbre se hace nula. Pero esto debe entenderse únicamente de la interrupción *de derecho*, porque la de la *posesión* tan sólo durante 10 ó 20 años, no destruye la costumbre. Si los habitantes de una parroquia tienen adquirido por costumbre el derecho de abreviar su ganado en un determinado lugar, la costumbre no será destruída ó revocada (Co. Litt. 114), aun cuando cesen de usarlo 10 años: lo que hay es que se hará más difícil probarlo. Pero si, por una causa cualquiera, el derecho se interrumpe por un solo día, la costumbre cesa de existir (1).

Al mismo orden pertenece otra cualidad que los autores suponen ser propia también de los hechos consuetudinarios y de la costumbre. «Debe haber sido practicada *pacíficamente* (dice el mismo juriconsulto inglés, con referencia á Coke), sin contradicción, sin oposición, sin controversia. Las costumbres deben su origen al común consentimiento, y si han sido contradichas en todo tiempo, sea en juicio contradictorio, sea de otro modo, es prueba de que les ha faltado ese consentimiento.»

12 Certidumbre.—«La costumbre, dice Blackstone, debe tener un sentido determinado, *cierto*. Una costumbre según la cual las tierras de un propietario hubiesen de pasar al más digno de sus descendientes, sería nulo, porque ¿cómo, en efecto, se determinaría y apreciaría los grados de mérito que concurren en cada hijo? Pero una costumbre que hace pasar el dominio de tales tierras al varón más próximo de la misma sangre, con exclusión de las hembras, es determinada, cierta, y por tanto, buena (1 Roll. Abr. 565). Lo mismo sucede con la costumbre de pagar dos peniques por acre en calidad de tributo; pero si la costumbre fuese pagar ora dos, ora tres peniques, á voluntad del poseedor de la tierra, semejante costumbre, á causa de su misma incertidumbre, tendría que ser nula. Sin embargo, una costumbre según la cual se pagase el producto de un año por la enajenación de un fundo *en tenure*, sería bue-

(1) Blackstone, *ob. cit.*, Introd., sec. III, § 2.

na, aun cuando ese valor fuese una cosa incierta, porque llegaría á poder estimarse una vez ú otra, y según la máxima legal, *id certum est quod certum reddi potest* (1).»

Hay escritores que refieren la certidumbre á la existencia, no á la naturaleza, de la costumbre: así, por ejemplo, Ercole Vidari dice: «para que el uso produzca eficacia jurídica, es menester que esté adornado de algunos requisitos: 1º, ha de ser *cierto*, es decir, no ha de haber la menor duda acerca de su existencia... (2).»

La exigencia de la certidumbre como requisito de la costumbre, es enteramente inútil:—1º porque va implícitamente contenida en el concepto de la regla consuetudinaria, y no constituye un carácter peculiar, como si no hubiese de concurrir asimismo en la ley:—2º porque, supuesta la naturaleza de esta regla, no cabe en lo posible que nazcan costumbres inciertas del género de las propuestas como ejemplo por el ilustre comentarista inglés. En el Alto-Aragón, v. gr., es costumbre que el patrimonio de cada casa recaiga en el más digno de los hijos, pero no así en abstracto, que no constituiría costumbre, cierta ni incierta, sino determinando al propio tiempo el modo cómo se ha de elegir entre ellos aquél en quien tal condición se cumple: el heredamiento universal y el consejo de familia (3).

13. Que la costumbre sea obligatoria.—Esta nueva condición que se impone á la costumbre, es contraria á su naturaleza: hay costumbres que son obligatorias, y costumbres que no lo son: el derecho es voluntario ó necesario, y los actos jurídicos, en consecuencia, lo son también (4). No tiene, pues, razón Blackstone cuando dice: «Aunque el común consentimiento haya sido necesario para establecer una costumbre, se hace *obligatoria* una vez que se halla establecida: nadie dice ser libre de observarla ó de no observarla. Una costumbre que somete á todos los vecinos al pago de un impuesto

(1) *Ibid.*, § 5.

(2) *Curso* citado, § 66.

(3) *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, cap. III y IV.

(4) *Teoría del hecho jurídico*, § 11 y 41.

para reparar y conservar un puente, es legítima; pero si deja á cada cual en libertad de contribuir ó no á ello, según su voluntad, es insignificante y absurda: no es costumbre (1).

Fabricio tuvo una intuición viva, pero incompleta, de la verdad, con ocasión de discutir el problema de la racionalidad de la costumbre: «donde por pacto y consentimiento de las partes pueda contravenirse á la ley, podrá contravenirse también por la costumbre, según Juan Fabricio, in § *ex non scripto*, Instit. de jure nat. gent., donde infiere contra el Hostiense que valdrá la costumbre que dé derecho á pignorar, por propia autoridad, pudiendo, como pueden, pactarlo las partes.... pero no valdrá la costumbre de reducir el castigo de los delitos á penas pecuniarias, por ser esto contrario al bien de la justicia, según Juan Fab., ubi supra (2).» En parecidos términos Vidari: que la costumbre no ha de subrogarse en lugar de la ley sino cuando ésta sea permisiva ó declarativa (3).

«Algunos autores, entre ellos Schweppe, Müllebruch y Fritz, extraviados, sin duda, por la Glosa, han referido á este requisito la const. 2 quae sit longa consuetudo, afirmando que, según ella, la costumbre puede abrogar las leyes dispositivas, subsidiarias ó declarativas, no las absolutas, sean imperativas, sean prohibitivas. Pero, dice Scialoja, las palabras del fr. 32 de legibus y de la const. 2 de Constantino son demasiado generales para admitir tales distinciones, ni caben éstas en los motivos generalísimos del texto de Juliano: por otra parte, la diferencia entre las leyes dispositivas y las absolutas no está en la mayor ó menor facilidad de su abrogación, sino tan sólo en la posibilidad del pacto privado contrario (4).»

14. Animo de inducir costumbre.— Según Savigny, los actos propios para establecer un derecho consuetudinario han de reunir, además de las cualidades antedichas,

(1) Blackstone, ut supra, § 6. (2) Apud G. López, *ob. et. loc. cit.*

(3) Ut supra, § 66.

(4) Schweppe, *Röm. Privat-Recht*, col. I, § 34; Müllebruch, *Lehrbuch*, Fritz, *Erläuterungen zu Wenig-Jungenheim*, I, pág. 38; citados por Scialoja, *Archivio*, XXIV, p. 420.

esta otra: los autores de ellos deben tener conciencia de su necesidad como derecho (*necessitatis opinio*). Si muchas personas repiten durante un largo espacio de tiempo actos de pura liberalidad, esto no establece costumbre, pues el donante y el donatario sabían que eran libres de omitir ó de modificar esos actos (1). Según Gregorio López, es menester que el pueblo, al ejecutar aquellos actos, los haga «como en manera de costumbre,» es decir, «con ánimo de inducir costumbre (2).»

Si hubiesen descendido á la práctica y analizado el proceso genético de la costumbre, es seguro que habrían visto las cosas de muy diverso modo: habrían hallado que hay: 1º, costumbres de derecho voluntario, las cuales nunca dejan de ser de libre aceptación, y que, sin embargo, son legítimas; 2º, hechos voluntarios (por ejemplo, donativos de carácter feudal) que enjendran una costumbre obligatoria; 3º, habrían hallado, por último, que los que en un principio ejecutan los actos consuetudinarios, ignoran que con ellos introducen una regla nueva ó derogan un precepto antiguo, según en otra ocasión he tratado de demostrar, analizando la génesis interna del hecho social. (3).

La exigencia de este requisito es muy antigua. «Según la *Glossa*, la costumbre vence á la ley cuando el pueblo la introduce *ex certa scientia*, no si la practica *ignorans*; pero esta doctrina carece de fundamento, no ya por la razón que propone Acursio «quia melioris conditionis esset populus delinquens quam innocens,» sino porque la voluntad de constituir un determinado derecho, que es la base de la costumbre, se debe tener también en el pueblo *ignorans*, y en esta voluntad va implícita la de no obedecer un derecho distinto de aquel» (4).

(1) Savigny, *ob. cit.*, § 29, núm. 5º.

(2) Praesumitur talis animus ex quo populus scivit et non contradixit. Non potest tamen ex unico actu quantumcumque notorio dici consensus populi, quia forte, per errorem et causa vitandi scandali, populus prima vice non contradixit, secundum Abba., *ibi*, col. 9 vers. requiritur (*Comm. ad leg. 5. título II, Part. 1.*)

(3) *Teoría del hecho jurídico*, § 40 y 41.

(4) V. Scialoja, *loc. cit.*