

## SECCION III.

## De la costumbre.

62. Es principio consagrado en todos los códigos, que la costumbre tiene fuerza de ley; máxima heredada de los pueblos nacientes, gobernados sólo por usos y reglas tradicionales. La formulacion de los preceptos en leyes, si bien dió estabilidad al derecho, dejó vacíos que no era posible evitar, y que sólo puede llenar la costumbre, que es el suplemento de la ley. Podemos definirla, *derecho introducido legítimamente por la repetición de actos consentidos por el legislador*. Se funda en el uso, esto es, en la práctica general que le da origen.

63. Para que la costumbre se repute legítimamente introducida, se requiere:

- 1.º La repetición de actos uniformes sin contradicción.
- 2.º Su conformidad con la religión é interés del país.
- 3.º La ciencia y paciencia del legislador, que en su silencio se presume de derecho.
- 4.º El uso no interrumpido por diez años (1).

Cuando se trata de probar la costumbre por actos judiciales,

(1) Ley 5.ª, tit. II, Part. I. Esta ley, al señalar las circunstancias que debe tener la costumbre para obtener fuerza legal, fija el tiempo de diez ó veinte años, sin expresar cuáles son las costumbres que requieren uno ú otro término. Ninguna variante hay acerca de este punto, ni en los códigos que tuvo presentes la Academia de la Historia, ni en las ediciones hasta ahora publicadas, ni hemos visto autor alguno que explique satisfactoriamente la diferencia. De creer es que las Partidas tomaron estos términos de la prescripción romana respecto á los bienes inmuebles, que, como entre nosotros sucede, se completaba á los diez años entre presentes, y entre ausentes á los veinte; doctrina que con poca oportunidad se aplicó á este lugar, porque ni el pueblo que con la repetición de actos introduce la costumbre, ni el legislador que con su tolerancia los permite, pueden estar ausentes. Diez años, por lo tanto, parecen suficientes para que una costumbre pueda considerarse como legítima. De este modo entendió la ley Gregorio Lopez, y así la entendieron generalmente los intérpretes.

se requieren treinta sentencias, según la edición de las Partidas de la Academia, declarada oficial, y dos sentencias según la de Gregorio Lopez de 1555, que también es oficial (1).

64. La costumbre así introducida, ya explica la ley y resuelve las dudas á que pueden dar lugar las palabras oscuras y ambiguas que la componen, ya suple las omisiones del legislador y crea derecho en puntos á que no alcanza la ley, ya por último deroga el mismo derecho escrito (2). De aquí ha dimanado la triple división que suele hacerse de la costumbre, *según la ley, fuera de la ley, y contra la ley*.

65. De la costumbre según la ley hemos hablado ya en el pá-

(1) La notable variedad en esta parte entre los dos textos declarados oficiales, hace dudar cuál de las dos lecciones debe ser la preferida. En las Partidas de la Academia se lee en la ley 2.ª del tit. II, Part. I: *debe ser tenida é guardada por costumbre, si en este tiempo fueren dados dos veces juicios por ella*. La edición de 1555 de Gregorio Lopez, nada habla en la expresada ley acerca de este punto; se limita á tratar del uso. La ley 5.ª del mismo título y Partida dice en la edición de la Academia: *é debe ser tenido é guardado por costumbre, si en este mismo tiempo fueren dados concejaramente de treinta juicios arriba*. La misma ley, en la edición de Lopez: *é debe ser tenida é guardada por costumbre si en este tiempo fueren dados concejaramente dos juicios por ella*. De notar es que en la edición de la Academia no se hace mención de variante alguna en los numerosos y preciosos códigos que tuvo presentes, y que Gregorio Lopez nos dice que halló en los muchos y antiquísimos códigos que había visto, de *treinta juicios arriba*, y que por el contrario, en todos los impresos se leía *dos juicios*; lección aprobada y declarada auténtica por el Consejo de Castilla, á quien se consultó. Los textos oficiales, pues, están en contradicción abierta, y es difícil decidirse por uno con preferencia al otro. Considerada esta cuestión respecto á la pureza de los orígenes, juzgamos preferible el texto de la Academia; pero más conforme con el objeto del legislador, que no puede ser el de hacer difícil y aún imposible la prueba de la costumbre, y más autorizado en la práctica, el de Gregorio Lopez. En uno ú otro caso nos parece que las sentencias deben dimanar de tribunales que en última instancia juzgan de los negocios; las demás, ni tienen carácter de generalidad, ni suponen el conocimiento del legislador, requisitos esenciales para considerar como legítima la costumbre. Además, ya dejamos dicho anteriormente, que en caso de divergencia esencial entre ambos textos, se ha de optar por el de Gregorio Lopez, según declaración del Tribunal Supremo.

(2) Ley 6.ª, tit. II, Part. I. Cualquiera que sea la fuerza de la costum-

rafo V de la sección que antecede: es la interpretación usual, la manera de entender la ley generalmente, la jurisprudencia admitida en la práctica. La *costumbre fuera de la ley* es la que, supliendo el silencio del legislador, llena un vacío existente en el derecho escrito. Por último, por *costumbre contra la ley* entendemos la que en oposición abierta con el derecho escrito, y empezando por infringirlo, concluye por derogarlo y sustituirlo con la repetición de actos que en un principio eran ilegales. No deben confundirse la *costumbre contra la ley* con el no uso, el cual no puede alegarse contra la observancia de las leyes (1).

66. La costumbre queda abrogada ó derogada, ya por una ley, ó ya por otra costumbre que la contrarie (2).

---

bre, hay necesidad de probar su existencia, conforme á derecho. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1877.)

En Aragon, para que la costumbre derogue el fuero, es menester que sea inmemorial.

En Cataluña está expresamente ordenado (ley 13, tit. XVII, lib. I de los Usajes) que no pueda valer la costumbre, ni áun inmemorial, contra los usajes, leyes, capítulos y actos de Córtes, privilegios, usos, prácticas y costumbres antiguas.

(1) Ley 11, tit. II, lib. III de la Novísima Recopilación. Algunos han supuesto que esta ley derogaba la 6.<sup>a</sup> del tit. II, de la Part. I, citada ántes, por ordenarse en ella que todas las leyes del reino que *expresamente* no se hallen derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso. Estos, á nuestro modo de entender, confunden el *no uso* de la ley, esto es, un acto negativo, con la *costumbre contra ley*, que se funda en hechos positivos y apreciables por los tribunales. Muchas costumbres contra ley podríamos alegar que tienen fuerza en la práctica.

(2) Dicha ley 6.<sup>a</sup>, tit. II, Part. I.

## DERECHO CIVIL.