CAPITULO IV.

EL HECHO CONSUETUDINARIO.

A.—*Cuándo es consuetudinario el hecho jurídico.*

Hasta aquí hemos analizado el hecho jurídico en sus elementos constitutivos y en su produccion, independientemente de que sea ó no esquema material ó signo visible de una regla consuetudinaria de derecho. Ha llegado el momento de preguntar: ¿es consuetudinario todo hecho jurídico por sólo su carácter de tal, ó añade á esta cualidad alguna otra que diferencie el género en dos opuestas variedades, hechos jurídicos consuetudinarios y hechos jurídicos no consuetudinarios? Este problema muestra una doble faz, correspondiente á la doble esfera en que, segun vimos, realiza su vida el derecho: Estado individual y Estado social. La sustantividad de entrambos aspectos del problema, nace de la posibilidad de que un hecho sea consuetudinario en la esfera individual y no lo sea en la social y viceversa.

38. Hecho consuetudinario individual.—Cuando decimos: «si la noble accion que acaba de ejecutar F. se hace en él costumbre, está salvado,» entendemos un hecho que puede ser consuetudinario, pero que por sí solo no lo es; que encierra en sí esa característica en estado latente, pero que su manifestacion está pendiente de alguna condicion aje-

na á él. Cuando añadimos: «F. ha obrado tal acto en la forma que acostumbra,» queremos dar á entender que se ha atemperado al tipo ó modelo de otros actos de la misma naturaleza que le han precedido en la vida del mismo sujeto. Investigando la razon de esta diferencia, observaremos que todo hecho jurídico ejecutado libremente por una persona individual, corresponde exactamente á un estado suyo de derecho, esto es, á una manifestacion concreta de su esencia jurídica: si no fuese así, semejante hecho no obedeceria á fin alguno racional, no satisfaria ninguna verdadera necesidad, no sería hecho jurídico. Sabemos ya que la vida es una, sucesiva, contínua, rítmica: se hace efectiva en série de estados temporales, que se suceden unos á otros sin interrupcion, que fluyen incesantemente del fondo inagotable de nuestra esencia, como rio de un manantial perenne: la actividad libre del sujeto tiene que responder á esa série de estados ó de situaciones con otra paralela de hechos—(pues precisamente en esto consiste la vivificacion de la esencia, ó sea el vivir, y sin eso no se viviera):—esos hechos han de hallarse entre sí en idéntica relacion y proporcion que aquellos estados. Si los estados son, unos respecto de otros, progresivos, si están encadenados por una relacion de evolucion, el agente ha de tener en cuenta esa progresion, para adecuar y proporcionar á ella los medios. Por el contrario, todo órden ó grupo de estados homogéneos requiere otra série de actos tambien homogéneos, por ser una misma la necesidad sentida y unos mismos, consiguientemente, los medios con que ha de acudirse á satisfacerlas: de suerte que todos ellos tendrán una misma naturaleza, revestirán una misma forma, y cada uno será como la reproduccion y el tipo de los demás: visto el plan del primero, visto el plan de todos. Habrá que considerar, por tanto, en estos hechos, dos elementos: uno transitorio, expresivo de una relacion de derecho, que pasa con el estado individual que hubo de exigirlo; otro permanente, que expresa una relacion de relaciones, ó sea, la ley de homología de cada hecho con los demás de la série. Ahora bien; esto que tienen de comun y de permanente todos esos hechos, ese plan uniforme que ha presidido á su forma-

cion, es la regla consuetudinaria, es la costumbre. En todos los estados se trasparenta una comun esencia, la esencia del sér jurídico producida ó puesta de una vez en una concrecion infinitamente finita: en todos los hechos responsivos de aquellos estados, resplandece un mismo plan, que es como la esencia ideal comun, como el principio eterno que les ha dado nacimiento. Conclusion: los hechos jurídicos que corresponden á estados y relaciones accidentales de la vida, no son consuetudinarios: únicamente lo son los hechos que responden á estados ó situaciones que subsisten, en todo ó en parte, durante un tiempo mayor ó menor. Cada uno de esos hechos, considerado aisladamente, es meramente jurídico; en relacion á los demás afines de la série, es además consuetudinario. Un acto excepcional de derecho, que no expresa un modo ordinario de obrar, es jurídico, pero no consuetudinario.

Cuando un indivíduo siente por primera vez la necesidad de obrar en determinado sentido, ó se encuentra colocado frente á un determinado estado de derecho que lo solicita á la accion, reflexiona, delibera, hace su composicion de lugar, se propone un plan, lo medita, lo corrige, y últimamente lo pone por obra. Cuando aquella necesidad se reproduce, ó sobreviene otra vez ese mismo estado, todo ese trabajo de elaboracion interior lo omite de ordinario, porque juzgando aquel plan, que ya tiene experimentado una vez, el mejor posible, lo acepta sin discusion, y lo adapta á todos los hechos subsiguientes de la misma índole. A lo más, con lo que le ha enseñado la experiencia de los primeros hechos, retoca el plan primitivo, hasta que á poco, y dándolo por inmejorable, deja de atender á él, y el plan se hace definitivo, se inmoviliza. Por esto observamos en los indivíduos normas fijas de conducta, que nos permiten adivinar cómo obrarán en determinadas circunstancias, con sólo conocer el modo como obraron en ocasiones semejantes. Por esto llama Ciceron *consuetudo mea* á la que tenia de no ocultar al público nada de cuanto pensaba y temia acerca de la república (1), y César al modo que tenia de diri-

(1) «Sin consuetudinem meam, quam in republica semper habui, tenuero; id est, si libere quae sentiam, de republica dixero...» (*I Phillip.*, c. 11).

gir las legiones (1). Por esto pueden articularse, y por decirlo así, codificarse las costumbres jurídicas de un indivíduo: Blazquez escribió un tratado de Política ó «*Perfecta razon de estado, deducida de los hechos de Fernando el Católico* (2).» Por esto llama Plinio *lex mea* á la costumbre que tenia de cumplir escrupulosamente la voluntad de los difuntos, aunque estuviera exento de ello por la ley del Estado (3). Hé aquí, con referencia al mismo ilustre jurisconsulto, un ejemplo de costumbre individual:—«Me han llenado de tristeza las enfermedades de mis esclavos y la muerte de algunos de ellos en la flor de su edad. Tengo dos motivos de consuelo, demasiado pequeños para tan gran dolor, pero que, al fin, no dejan de ser consuelos. Uno, el placer que he sentido declarándolos libres, porque me parece que, en cierto modo, no he perdido demasiado pronto á aquellos á quienes he perdido libres. Otro, el permiso que á los mismos siervos concedo para que hagan una especie de testamento, que yo observo y cumplo tan religiosamente como si fuese legal. Ellos disponen y ruegan lo que tienen por conveniente, y yo ejecuto, sin vacilar, su voluntad, como si fuese un precepto. Distribuyen entre sus camaradas lo que poseen; donan, dejan legados á quien quieren, siempre que sea á persona de la casa, porque la casa es como la república y la pátria de los esclavos (4). Sin embargo, aunque esta conducta me alivia algun tanto, la misma humanidad que me la inspira me quebranta y abate...»

Segun esto, podemos sentar como regla que, en igualdad de circunstancias, el hecho anterior ha de reputarse que da ley á los que le subsiguen, y no anduvo acertado Gregorio Lopez al negar carácter jurídico á la costumbre individual (5). Siempre que se suscite dudas acerca de alguna relacion jurídica,

(1) «Consuetudine sua Caesar, legiones expeditas ducebat...» (Caes., *De bell. gal. comm.*, IV, 19).

(2) Impresa en Méjico, 1646.

(3) Plinio, *Epist.* 16, lib. II.

(4) «Dividunt, donant, relinquunt, dumtaxat intra domum, nam servis respublica quaedam et quasi civitas domus est» (Plin., 16, lib. VIII).

(5) «Consuetudo enim privati vel patris familias jus non inducit, licet attendatur interdum ad declarandum intentionem suam in verbis vel factis à se prolatis vel gestis» (*Glosa* ad leg. 1, tít. 1, *Partida* 1ª).

ó sobre el significado de un acto, y el agente no pueda declarar cuál fué su voluntad, ó su declaracion haya de presumirse interesada é ineficaz, será de razon consultar los hechos obrados con anterioridad por aquel mismo sujeto en circunstancias idénticas, á fin de atenerse á lo que de ese exámen resulte, sin precipitarse, como suele hacerse, á invocar el uso de la tierra, que es decir, á interpretar el acto litigioso por los hechos y la voluntad de los demás. Se trata sencillamente de despejar una incógnita: qué se propuso determinadamente el autor de aquella relacion, que dejó sin expresar su voluntad, ó que la expresó de un modo confuso, vago, incoherente y ocasionado á conjeturas y varias interpretaciones; y es lógica presuncion atribuir una misma voluntad al agente en todos aquellos actos que ejecutó bajo el influjo de unas mismas circunstancias, que se inspiraron en una razon comun de derecho; y es una operacion legítima reconstruir el acto oscuro ó incompleto, infundiéndole el mismo soplo de voluntad que dió vida á los primeros. Este criterio es aplicable lo mismo á los actos unilaterales que á los sinalagmáticos. Ya el Digesto estableció como regla general de interpretacion que: *potius id quod actum quam id quod dictum sit, sequendum* (lib. XVIII, tít. I, ley 6). El Código de Comercio español admite tambien como regla para interpretar los contratos, «los hechos de las partes subsiguientes al contrato, que tengan relacion con lo que se disputa (artículo 249);» y en idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia civil: «Cuando ocurran dudas sobre la inteligencia de un contrato, por los términos breves ó confusos en que se redactó la escritura relativa á él, nada puede explicar mejor su objeto, condiciones y límites, que los actos inmediatos y posteriores de los mismos otorgantes, referentes á lo convenido (1).»

Y si se admite en clase de criterio los hechos subsiguientes, ¿por qué no tambien los anteriores á la celebracion del contrato? Si dos personas han pactado varias veces sobre una misma materia y en condiciones semejantes, ¿por qué no se

(1) Sentencia del Trib. Sup. de Just., 6 Julio 1868.

habrian de admitir las cláusulas de uno ú otro contrato, y los hechos en que se tradujeran, como medio de esclarecer el sentido dudoso de los demás? Una série de estipulaciones congruentes ó iguales entre dos ó más personas, constituye una especie de costumbre individual, que debe prevalecer sobre la costumbre local ó general: hállanse unas respecto de otras en la misma relacion que entre sí las cláusulas de un contrato, y segun la regla universalmente admitida, las cláusulas de un contrato deben interpretarse unas por otras, sirviendo las adveradas y consentidas de explicacion á las dudosas, y atribuyéndose á cada una en particular el sentido que resulte de su totalidad: «para la interpretacion de las cláusulas oscuras ó dudosas, deben apreciarse en primer término las indicaciones ó referencias que en el documento en que se consigne el contrato, ó en otro cualquiera, se hicieren sobre el punto que motiva la duda» (1).

39. Hecho consuetudinario social. Posiciones de un hecho con respecto al estado jurídico de la sociedad: 1ª *Contrario:* 2ª *Indiferente.*— En el párrafo anterior, hemos definido el hecho jurídico consuetudinario de un indivíduo en relacion al indivíduo mismo; pero como, segun hemos manifestado, el indivíduo es órgano permanente y necesario de la vida colectiva (§ **14**), sus hechos han de tener forzosamente un valor y una significacion con respecto á la sociedad en cuyo seno han sido producidos. Tres formas fundamentales puede afectar la relacion entre el hecho de un indivíduo y el espíritu de la sociedad: 1º Puede ser hecho jurídico, y sin embargo, *opuesto* diametralmente á lo que la sociedad siente, quiere y practica: 2º Puede serle *indiferente*, esto es, extraño á los usos ó á las prácticas admitidas, pero no repugnante al sentimiento general: 3º Puede ser *conforme* de toda conformidad con el estado jurídico de la sociedad, coincidir plenamente con el sentimiento dominante en la generalidad de los miembros que la componen. Discutamos con separacion estos diversos aspectos relativos del hecho.

(1) Sentencia del Trib. Sup. de Just., 18 Set. 1863.

Ya digimos que la vida consiste en un perpétuo «venir á ser» de los séres vivientes: lo que permanecé inmutable y rígido, lo que no realiza esencia, lo que no se desenvuelve y progresa, existe, pero no vive: lo que cesa de mudar, decimos que ha muerto. Esta propiedad de mudar reviste una forma que á toda hora llevamos en los lábios: el *tiempo.* No es el tiempo una forma vacía de pensamiento, pero tampoco algo sustantivo y por sí, que pueda causar efectos, como en multitud de frases usuales se da á entender, hablando en figura (1), sino una forma real de los séres en cuanto mudan, como ellos eterna, y por tanto, uno de los factores que integran el concepto complejo de la vida. No pensamos el tiempo sino donde hay séres, esencia, actividad, mudanza, sucesion de estados, vida. Ahora bien; siendo el tiempo una forma de la esencia en cuanto muda y viene á ser, en cuanto se manifiesta en estados—(que por esto se dicen temporales),—es evidente que sólo en razon de esos estados, ó lo que es igual, de la esencia informada en los hechos que á ella responden, podremos apreciarlo: el tiempo producido está en razon directa de la cantidad de esencia vivificada ó hecha positiva: á mayor desenvolvimiento del sér viviente, corresponde tambien un tiempo mayor. Derívanse de este concepto importantes consecuencias:

1ª El tiempo no es una realidad homogénea, única, igual para todos los séres: no teniendo más fundamento que la mutabilidad de los organismos, y siendo éstos sustantivos, desenvolviéndose en una série de mudanzas propia é individual,—cada uno de ellos producirá un tiempo individual tambien, distinto del de los demás, y por tanto, no se podrá, en todo rigor, medir la vida y el tiempo de un organismo por el tiempo de otro, á causa de ser entrambos relativos, ó de lo contrario, resultarán aparentes anomalías y paradojas. Así, por ejemplo, apreciando la duracion de la vida de los cereales con relacion al tiempo de la vida terrestre, decimos que son plantas anuales;

(1) El tiempo todo lo amansa.—Para verdades el tiempo.—El tiempo destruye las obras de los hombres.—El tiempo, inventor de usanzas.—El tiempo da remedio donde falta el consejo, etc.