

LECCION VEINTITRES.

De la costumbre.

Su clasificacion.—Efectos.

La ley y la costumbre, son las dos manifestaciones, las dos formas de expresion del Derecho en general, y á la vez, son las fuentes del Derecho positivo humano; la costumbre, segun San Isidoro de Sevilla, «*est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur ubi lex deficit*». Para entender esta definicion, es preciso distinguir la significacion de las palabras latinas *usus, mos et consuetudo*, que parecen iguales.

Usus, es la aplicacion libre de una facultad el acto de usar, y en lo moral, es la frecuencia de actos semejantes; el uso tiene dos aspectos, como hecho y como derecho; en el 1.º, es la frecuencia de obrar libremente y de un modo uniforme acerca de alguna cosa; en el 2.º, es un

derecho con las condiciones que señalan las leyes.

Mos, unas veces se toma por un acto humano, otras por el hábito procedente de estos actos, y otras por la costumbre; en su aspecto moral, es la continuacion por algun tiempo de esos actos semejantes; se diferencian el *usus* y el *mos*, en que el *usus* se refiere tanto á la frecuencia de actos, como á cada uno, y *mos* es la frecuencia de actos morales semejantes, y el que hay entre esas palabras, la relacion de causa á efecto, produciendo una inclinacion determinada.

Consuetudo: Esta palabra tiene dos aspectos distintos: como hecho en su principio, y se confunde con los dos anteriores *usus et mos*, porque no es más que la frecuencia de hechos; como un derecho, y es un ser moral á modo y semejanza de facultad ó derecho, que obliga á obrar de cierta manera ó que quita una obligacion existente, y así es un derecho introducido por la frecuencia; pues así como el *mos* induce inclinacion á actos semejantes y dá facilidad, de la que nace el hábito, así tambien la *consuetudo*, como hecho, induce una facultad moral ú obligacion, ó la quita *creando* ó *induciendo*, no solo un ser físico, sino moral, que es lo que llamamos derecho: y así como el *mos* de la frecuencia de los actos morales pasó á significar el *hábito* ó *inclinacion*, así tambien la *consuetudo*, aunque en su origen significa algun hecho, despues significó un ser jurídico, pues los nombres de las causas, pasan á sus efectos.

Por consiguiente, *mos* se refiere á la frecuencia de hechos, *consuetudo* al derecho creado por actos; y por tanto, podemos decir que la costumbre como hecho, es la frecuencia de obrar libremente del mismo modo; y como derecho, la *legítima* frecuencia de hechos conforme á algun derecho, con las demás condiciones exigidas; y en este sentido la definió San Isidoro, y la define el Sr. Morató: «un derecho justamente introducido por el uso del pueblo con el tácito consentimiento del legislador» las leyes de la Partida 1.^a, tit. 2.^o, confunden el *usus*, *mos* y *consuetudo*, y atribuyen iguales efectos y propiedades al uso que las que nosotros atribuimos á la costumbre, si bien diferencian el uso de la costumbre en la prioridad de aquel sobre esta, pues el uso nace de actos anteriores que constituyen un hábito arraigado en el pueblo por largo tiempo, y la costumbre nace del uso, que es su causa, y los dos constituyen la espontánea formacion del derecho positivo, introducido por larga é inveterada frecuencia de actos jurídicos, con la aquiescencia y consentimiento del legislador, el pueblo, y éste con sus órganos de expresion, y los que les dán forma, los tribunales y los jurisconsultos.

Con estos precedentes se entiende la definicion dada de San Isidoro; se dice *jus quoddam*, para significar el género y su relacion inmediata con la ley escrita; y así no hay círculo vicioso, porque se toma por *un cierto* derecho introducido; *moribus*, por la frecuencia de hechos

comunes públicos de una sociedad perfecta; las últimas palabras marcan las diferencias que la separan de la prescripcion; esta nace del uso privado, de hechos singulares de una persona privada y la costumbre de hechos públicos de personas jurídicas perfectas: la costumbre introduce un cierto derecho legal público á manera de ley, y la prescripcion un derecho privado á manera de dominio ú otro derecho semejante; se diferencian por razon de las condiciones, pues en la prescripcion basta el uso de una persona privada, física y jurídica; no se necesita el consentimiento del antiguo dueño, y exige ordinariamente título; la costumbre, necesita el uso del pueblo, el tácito consentimiento del legislador, contra quien se introduce, y no necesita título, pero sí es requisito esencial que la costumbre no se promulgue ó escriba en sentido jurídico, aunque sí puede escribirse en sentido gramatical, como se recopilieron muchas y fueron aprobadas por el legislador, v. gr., las leyes del Estilo, las observancias de Aragon: la costumbre no siempre supone que no haya leyes de otra clase, sino que supone la falta de una ley que mande lo establecido por ella, y en este sentido la admite el Código Civil (art. 6.^o, 5.^o y 2.^o).

La costumbre y prescripcion convienen en que ambas tienen algo de hecho y algo de derecho, y en que en cada prescripcion hay algo de costumbre, y en ésta algo de prescripcion, por cuanto ha de ser costumbre prescripta.

Acerca del título en que se funda la legitimidad de la costumbre, hay dos opiniones; los partidarios del pacto social la fundan en la soberanía del pueblo, y en su virtud puede establecer leyes y derogarlas, doctrina parecida á la consignada en la Instituta de Justiniano; otros, en la comun aceptación de la costumbre, indicio de su oportunidad, confirmada por la autoridad y aprobación del Soberano, el cual alguna vez establece leyes contrarias á la conveniencia pública, y viendo la imposibilidad de cumplirlas, permite la introducción de la costumbre contraria á la ley: nace, pues, por una parte, de la voluntad general, expresada de un modo espontáneo en la repetición de ciertos actos, los cuales suponen la necesidad de elevarlos á ley por ser justos; y por otra, del tácito consentimiento del legislador, el cual, conociendo la existencia de esos actos, su necesidad y conveniencia, no los deroga y prohíbe: á propósito de esto dice Saavedra Fajardo: «las costumbres son leyes, no escritas en el papel, sino en el ánimo y memoria de todos, y tanto más amadas, cuanto no son mandato, sino arbitrio, y una especie de libertad del pueblo (Suárez lib. 7.º; Soto q. 7, a. 2, lib. 1.º).

Clasificación de la costumbre.—Se clasifica la costumbre:

PRIMERO. Por razón de la materia sobre que versa, en costumbre sobre las cosas y sobre los hechos y servicios de las personas (l. 4.ª, título 2.º, Partida 4.ª), y estas se confunden con la

prescripción por cuanto las acciones se consideran, no como acciones morales, sino como prestaciones y servicios que están en el comercio humano, con tal que no sea durante toda la vida, según el art. 1583.

SEGUNDO. *Se divide* en universal, pública, comun, civil, y privada; las dos primeras constituyen el derecho de gentes, introducido por las prácticas de toda la humanidad, y así la definición de costumbre dada por San Isidoro, conviene al derecho de gentes y algunas tradiciones de la Iglesia católica; la comun y civil es la introducida por una nación ó sociedad perfecta, y puede tomar los mismos nombres que los de las sociedades civiles ó eclesiásticas que las introducen: y privada, es la introducida por una persona privada, física ó jurídica; mas esta no es verdadera costumbre, porque nadie puede imponerse á sí mismo una ley, ni una obligación por la repetición de actos.

TERCERO. Por sus efectos, puede ser *præter legem, contra et juxta legem*; es decir, costumbre fuera de ley, contra ó conforme á ley, cuya división la estudiaremos con relación: 1.º á la ley natural; 2.º al derecho de gentes; 3.º al derecho divino positivo; y 4.º al derecho humano. En el primer caso, no es exacta esta clasificación, porque la costumbre conforme á la ley natural, no crea un derecho positivo sobre los mismos actos mandados por esta, solo facilita el cumplimiento de sus preceptos; y porque costumbres contra la ley natural, no

tienen fuerza ninguna, el mismo derecho positivo humano las anula, como contrarias á las buenas costumbres y al órden público en los actos jurídicos, pactos, contratos, testamentos, y objetos de estos mismos actos, en los artículos 15, 132, 707, 713, 767, 792, 901, 1271-1275, 1666, 1304, 1316, 1232, 1233, 1255, etc., del Código Civil, de acuerdo con las leyes romanas y pátrias citadas testualmente (en la Leccion 13.^a), al hablar de las relaciones del Derecho con la moral; y, por último, porque la ley natural tiene unos caracteres incompatibles con la naturaleza de la costumbre, y por eso no se dá contra ella, y se llaman corruptelas.

En cuanto al derecho de gentes, afin del natural, puede darse la costumbre conforme y fuera de la ley, que admiten los Autores; mas la costumbre contraria al derecho de gentes, unos no la admiten porque confunden este derecho con el natural, otros sí la admiten, y son los que consideran al de gentes como humano en cierto modo; depende, pues, del concepto que formen del derecho de gentes.

Respecto al derecho divino positivo, esa clasificacion no es aplicable, porque si bien puede darse costumbre fuera de ley, conforme con ese derecho, como son las tradiciones divinas, como determinó el Concilio de Trento (Ses. 6.^a), de ningun modo puede darse costumbre contra ese derecho, porque el hombre no puede crear un derecho contra Dios, ni cambiar las leyes é instituciones establecidas por Él.

Con relacion á la ley humana, hay costumbre fuera de ley, creando un derecho nuevo, como supone el art. 6.^o del Código; costumbre conforme á ley, facilitando el cumplimiento de la ley, por lo cual se llama costumbre imitativa, ejecutora y cumplidora de la ley, en cuanto la confirma, quitando los obstáculos que se opongan á su observancia, y además la interpreta, extendiendo su significacion, fijando así el verdadero sentido de la ley, como determina el art. 1287, hablando de la interpretacion de los contratos; en cuanto á la costumbre contra ley, hay dos opiniones contrarias; los Códigos romanos, las Partidas, y algunos modernos, la admiten con fuerza de derogar las leyes escritas; otros Códigos, y el nuestro, art. 5.^o, de acuerdo con los proyectos, no la admiten; «las leyes solo se derogan por otras posteriores, y no prevalecerá contra su observancia *el desuso*, ni *la costumbre ó la práctica* en contrario», derogando la costumbre contra ley (Suárez, capítulo 4, lib. 7).

CUARTO. Por razon de la materia temporal ó espiritual sobre que versa, en civil y canónica, distinguiéndose además del *estilo*, *rito* y *fuero*; el estilo, es la forma de disponer los actos jurídicos en el órden del lenguaje, y el que nace de esta práctica se llama estilo de derecho, especialmente en los actos solemnes judiciales ó extrajudiciales, v. gr., fórmulas de los testamentos; cuando proceden de interpretacion auténtica hecha por los tribunales ó de prácticas de los mismos, se les llama estilos

de curia, pero no han de ser establecidos por el legislador, como formas solemnes en los documentos, v. gr., la ley de redaccion de instrumentos públicos, los formularios de la Ley Hipotecaria. El rito, es la forma externa y solemnidad legal de los actos jurídicos, y así decimos la ritualidad del juicio, de los instrumentos, que es lo que podemos llamar forma necesaria de los actos. Fuero, es el tribunal á que estamos sujetos, la competencia para conocer de ciertos actos, de ciertas clases de personas; los derechos que competen por razon de jurisdiccion ó en orden á esta, v. gr., el fuero militar, el fuero eclesiástico.

QUINTO. En negativa y positiva: esta la constituye la frecuencia de actos, en cuanto tales; la otra trae su origen del no uso frecuente y continuado, á manera de costumbre, que inclina á no obrar, y segun los jurisconsultos y Paulo de Castro, el no uso negativo no introduce costumbre, porque no es accion ni omision moral, y no es uso racional; el no uso privativo continuado crea costumbre, segun el Sr. Morató al hablar de los efectos de la costumbre, y concilia las leyes de Partida con la 11.^a, tít. 3.^o, lib. 3, de la Novísima, diciendo que esta habla del *no uso*, cosa distinta de la *costumbre*, que es uso contrario á la ley; cada ley de las citadas, tiene lugar en caso distinto y no se oponen mutuamente, y si la una prohíbe el *no uso*, á sensu contrario permite *el uso contra* la ley (véase la nota del Sr. Morató en su Derecho Civil).

SEXTO. En buena, racional, ó mala é irracional en cuanto hecho, pues como derecho siempre es buena, racional, adornada de todos los requisitos y condiciones de la ley: cuando los hechos son malos é inmorales y el efecto tambien, recibe el nombre de *abuso, corruptela*; y si la materia es indiferente y la manera de introducirse es mala, se llama costumbre mala *per accidens*, y de aquí el axioma *multa fieri prohibentur, quæ tamen facta tenent*; la racional es la conforme, ó que no se opone al derecho natural; la irracional la que se opone.

SÉPTIMO. Costumbre *aprobada* por el derecho, y *prohibida*, cuando dice «no obstante cualquiera costumbre en contrario», y las hay *prescriptas, perfectas, consumadas*, por reunir los requisitos de la prescripcion y el tiempo legal; la que no los reúne *imperfecta, no prescripta*.

Acerca de cuánto tiempo es necesario para prescribir la costumbre, dicen unos, como Soto (q. 7, lib. 1.^o), que no está determinado por el Derecho Civil ni Canónico, y hay que dejarlo al prudente arbitrio del juez, por no ser aplicables en este caso las condiciones de la prescripcion, la cual se dá *in vito domino*, en el Derecho privado, aunque la ley suponga su voluntad, y por eso hubo que fijarle tiempo y plazo para reclamar el derecho de que se le va á privar; la costumbre se dá no contra invictos: otros creen, que el tiempo está fijado de un modo general, implícito, cuando llama á la costumbre *longa, diuturna, inveterata, prescripta*;

por el derecho pátrio diez años y ha de ser continua y no interrumpida por actos contrarios ó ley posterior.

Causas de la costumbre ó sea sus caracteres en comparacion con la ley.—La ley y la costumbre en sus causas y efectos son idénticas, y cuanto se ha dicho de la ley es aplicable á la costumbre, exceptuando la forma sensible y la promulgacion propias de la ley, suplidas en la costumbre por los hechos públicos externos, conocidos del pueblo: una y otra tienen por *objeto* una materia honesta, racional y útil, y *por fin* el bien comun: una y otra dependen del *consentimiento del legislador*, *obligan* en conciencia, *anulan* los actos cuando les falta la forma externa señalada como necesaria para la validez, y *obligan* solo á los súbditos; de aquí que las costumbres universales de la Iglesia obligan á todos los fieles, las generales á todos los súbditos, las provinciales ó locales á los de la provincia ó lugar, las de comercio á los comerciantes, etc., (art. 6.º del Código Civil). La causa eficiente de la costumbre es doble, una próxima y son los actos repetidos de los súbditos, que crean la costumbre de hecho, y la remota y primaria, que es el legislador aprobándola.

En la causa próxima hay que atender: 1.º á la persona operante, que ha de ser una persona ó sociedad perfecta, independiente, que pueda legislar por sí ó por otro, y si no es perfecta, que tenga el tácito consentimiento del superior,

y que sea observada por la mayor parte é introducida por las personas que puedan consentir y realizar los actos constitutivos de la costumbre: 2.º á la operacion exterior ó frecuencia de actos; estos han de ser públicos, frecuentes, voluntarios, en cuanto así manifiestan el consentimiento del pueblo (Suárez, cap. 9, 16 del libro 7).

Respecto al *número* de actos que han de ser para constituir costumbres, no están determinados por la ley, y se deja al prudente arbitrio judicial, teniendo en cuenta la materia y la publicidad, para que pueda llegar á conocimiento del legislador; segun las Partidas de Gregorio Lopez, bastan dos actos; en lo que no están conformes los autores, es en la *naturaleza* de esos actos, si han de ser judiciales solamente, ó si tambien pueden serlo los extrajudiciales; fúndanse los que afirman que solo los judiciales: 1.º en las leyes romanas y pátrias, tit. 2.º, Partida 1.ª, que así lo determinan, y en que de este modo es más conocida la existencia de la costumbre: «si en este tiempo fueren dados concejeramente por ella dos juicios», dice la citada ley de Partida; mas otros tienen como falsa esa opinion y se fundan 1.º en que la costumbre no exige por su propia naturaleza acto judicial, pues basta el consentimiento del pueblo y el tácito del legislador, con tal que sea prescripta, inveterada: 2.º en que si fuera necesario un acto judicial, jamás podría introducirse la costumbre, pues