

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

repugnaria el primer fallo judicial justo en favor de la costumbre, y repugnaria, por consiguiente, introducirse por esta clase de actos, á no ser que el primer fallo suponga ya perfecta la costumbre, lo cual es absurdo; si basta el primer fallo favorable á la costumbre para constituir la, se infiere claramente que nunca habrá costumbre, pues además de ser quizá dado por error, es injusto, es uno solo, y este nunca constituye costumbre: 3.º en que las citas de la opinion contraria no son oportunas, ni aplicables á la costumbre, y sí solo á la prescripcion; y aunque fueran oportunas, esas citas favorecen la segunda opinion, pues la de *cum de consuetudine*, quiere decir que es muy conveniente averiguar si alguna vez se ha fallado en conformidad á la costumbre, por ser el primer medio de prueba de su existencia, y el adverbio *primum* es ordinal y supone un segundo, tercero etc.; porque la ley que permite lo más, permite lo menos, y si se permite que se pruebe la costumbre por los actos más contrarios á su naturaleza, como son los judiciales, tambien permitirá lo menos; *in eo quod plus est, inest et minus*. Respecto á la Ley de Partidas, si bien el tenor material de las palabras parece exigir dos sentencias, sin embargo, sería absurda esta interpretacion; porque jamás la primera sentencia pudo ser justa y legitima, por no existir la costumbre, y una sola no la pudo crear; Suárez distingue en esta Ley dos cosas: 1.ª que la costumbre esté introducida y

tenga fuerza de derecho, y para eso no exige dos sentencias: 2.ª que la costumbre sea irrevocable, en virtud de lo dispuesto en la ley, y para esto exige las dos sentencias *e deue ser tenuta é guardada por costumbre*. 4.ª á lo sumo podrá decirse, que así como por actos extrajudiciales, testamentos, contratos y otros, se crea costumbre en actos semejantes extrajudiciales, así tambien son necesarios los actos judiciales para crearla en materia de procedimientos; pues la forma de obrar el pueblo, causa próxima, la repetición de actos, más bien se verifica fuera de los juicios y tribunales que en estos, y cuando se acude á ellos, es porque no había uniformidad en el uso del pueblo, como la hay en los extrajudiciales.

Además de atender á la persona operante y á la operacion, debe atenderse, por último, al tácito consentimiento del legislador, que es la principal causa eficiente, bien sea el legislador una ó muchas personas, como en los congresos modernos, bien sean ciudades libres, que puedan establecer leyes municipales, hoy ordenanzas: este tercer requisito es necesario para la existencia de la costumbre, y puede prestarlo *consintiendo, callando, viendo* el uso contrario á las leyes y no impidiéndolo, ó puede determinarlo en las leyes, marcando las condiciones constitutivas de la costumbre, sus caracteres y efectos, como hicieron los Códigos romanos y las Partidas; el Código civil trata

de que la costumbre no deroga á la ley, de que puede aplicarse en defecto de esta, de que nada se haga contra las buenas costumbres, de que es una regla de interpretacion de los contratos, mas nada determina acerca de la naturaleza de la costumbre, actos constitutivos y probatorios de la misma, infiriéndose que sobre esto regirá la ley de Partida (Suárez Caps. 10 al 13 inclusive, lib. 7.º).

Efectos de la costumbre.—Los efectos de la costumbre son crear ó inducir derecho positivo en donde no exista, interpretar el existente y antes derogarlo tambien; en cuanto al primero lo consignan los Códigos antiguos y nuestro Código Civil, § 2.º del art. 6.º, porque pueden concurrir en la costumbre los mismos requisitos que en la ley, menos la promulgacion suplida por el lapso del tiempo: y con este motivo se pregunta ¿cuánto tiempo se necesita para que exista la costumbre?: unos, exigen un tiempo inmemorial; otros, cuarenta años, cuando sea contra derecho escrito; y otros, diez años fundados en los textos romanos y pátrios al llamar á la costumbre *longa, diuturna, inveterata*; y otros distinguen diez entre presentes y veinte entre ausentes, lo cual no puede tener hoy lugar por ser imposible que se ausente el legislador, que lo son las Córtes con el Rey: otros dicen, que el tiempo depende de la *naturaleza de los actos, de las condiciones, de las personas y de las sentencias favorables*, distinguiendo en los actos los *constitutivos* de costumbre y los

probatorios de la misma, aunque en algun caso los actos tendrán, bajo diverso aspecto, esa doble naturaleza de constitutivos y probatorios (Suárez, Cap. 14, 15 idem).

Segundo efecto, interpretar la ley á la que es conforme, no cuando no existe ley, ó la costumbre sea á esta contraria: fúndase este efecto en que para interpretar la ley no se necesita más valor y eficacia que para crearla; si pues la costumbre crea la ley, tambien puede interpretarla, haciéndolo de dos modos, uno en razon de *testigo*, en cuanto testifica é indica que aquella fué la mente del legislador, y así fué recibida, entendida y aplicada á los casos, y en este sentido dice S. Isidoro, que las leyes se robustecen con la costumbre, y se afirman con los hechos: otro modo, como *causa concurrente* á la introduccion de la costumbre, y primera de interpretacion y obligacion de la ley en el sentido que la dá la costumbre; en este, el art. 1287 invoca la costumbre para interpretar los contratos (Cap. 17, Suárez lib. 7).

Tercer efecto, era derogar la ley escrita «tirar las leyes antiguas, que fueron fechas antes della», fundándose en los textos de ambos derechos, y en que en la sociedad perfecta existe la soberanía, poder legislativo para constituir costumbre, concurriendo á la vez el pueblo como causa activa, ejecutando los actos, y el soberano como parte eficiente, aprobándolos, como disponían las leyes del tít. 2.º, Partida 1.ª

Otros niegan este efecto á la costumbre, porque no sería racional y justa contrariando á la ley, y porque los actos primeros de la costumbre serían injustos por cuanto iban contra lo determinado en la ley, era subversiva y atentatoria á los derechos y al orden público, que es la opinion seguida por nuestro Código Civil con otros vários, y por eso derogan esa clase de costumbre.

Suárez distingue en la costumbre tres conceptos: *revocacion* de la costumbre, *prohibicion* y *reprobacion* de la misma: la revocacion añadida á la ley, no impide que esta pueda ser derogada por una costumbre posterior, porque la ley revoca la costumbre anterior á ella, no las posteriores á su existencia, siempre que reunan las costumbres las condiciones y caracteres de la ley, respecto á la materia y objeto, y al fin.

La *prohibicion* de la costumbre, segun unos, anula por completo la costumbre, ya porque eso expresan las palabras prohibitivas, que algo han de significar, ya porque no puede invocarse en favor de la futura costumbre contra ley, el tácito consentimiento del legislador, pues expresó lo contrario en la ley al prohibirla; por consiguiente la prohibicion de la costumbre, impide el nacimiento de una contraria á la ley prohibitiva, porque aquella carecería de los requisitos y condiciones necesarias para su existencia; otros, creen que pueden nacer y alegarse contra la ley, fundándose en que pueden cambiar las circunstancias, hacerse

inútil ó perjudicial la ley prohibitiva, y de este modo cambiar también la voluntad del legislador.

La *reprobacion* de la costumbre por la ley, impide que esta pueda ser derogada por la costumbre, á no ser en casos muy raros y ocurriendo cambios notables en cosas y circunstancias, y aun en la voluntad soberana.

Lo dispuesto en el art. 5.º del Código Civil, «determinando que las leyes solo se derogan por otras leyes, y que no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario» ¿qué valor tiene, es revocacion, es prohibicion, ó es reprobacion de la costumbre? Debemos advertir, que si el derecho prohíbe, como nuestro Código Civil, alegar contra la ley toda clase de costumbre antigua y nueva, anterior ó posterior, por larga é inveterada que sea, entónces esa disposicion es una verdadera prohibicion de la costumbre, la cual no podrá de ningun modo derogar la ley por lo expuesto antes; mas la disposicion del artículo 5.º, no es verdadera reprobacion, en cuanto admite la costumbre como una de las fuentes directas del Derecho en el art. 6.º, que solo prohíbe la costumbre contra ley; por consiguiente subsiste aquella en los demás efectos, aparte de admitirla el Código en el art. 6.º, fuera de ley y la conforme en los arts. 571 y 1287, hablando de las medianerías é interpretacion de los contratos, porque la costumbre siempre será el complemento de los Códigos, pues estos no pueden comprender todos lo casos posibles.

Además de admitirla el Código en los casos expresados, debemos hacer constar, que admitida la costumbre en toda la extension de sus efectos con todos sus caracteres por nuestros Códigos antiguos, y disponiendo el nuevo que no pueda derogar y anular la ley, parece lógico que la deja vigente en todos los demás extremos, porque á las reformas no debe dárseles más extension que la que le dá el mismo legislador, quien solo anula la costumbre contra ley; luego la deja vigente en los demás, y á mayor abundamiento el mismo Código la reconoce como fuente directa general, como medio de interpretacion, no solo en el derecho foral provincial (arts. 12 y 13), sino en el Derecho general comun, y aunque no determina nuestro Código los caracteres de la costumbre, ni los actos constitutivos, ni los medios de probarla como las Partidas, no por eso la borra en toda su extension del cuadro de nuestras instituciones, como intentan algunos, al contrario, la admite como tal en el artículo 6.º, 571, 1287 y otros (Suárez, Cap. 18, 19): lo que sí parece que borra es la costumbre general, al decir en el art. 6.º «la costumbre del lugar», por la dificultad de probar aquellas, ó tambien porque no se restablezcan las legislaciones especiales forales con el nombre de costumbres.

Modos de extinguirse ó perder su fuerza la costumbre.—En general los mismos que los que derogan las leyes; así, puede cambiar,

ya por un principio intrínseco, como si se hace injusta, torpe, inútil y no atiende al bien comun; ya por un principio extrínseco, como son: 1.º una ley posterior contraria á la costumbre, porque la voluntad posterior prevalece y á la vez hace perder la fuerza á la costumbre, y con más razon si prohíbe alegarla contra ella, como hace el art. 5.º del Código Civil; si la ley y la costumbre no son de una misma especie y no se oponen, ambas valen en lo que no se contraríen; de aquí que las costumbres generales á la Iglesia ó á un reino, se revocan por una ley general á la Iglesia y al reino, y en proporcion, lo mismo sucede en las provincias, ó diócesis, y á sensu contrario, que las leyes dadas para toda la Iglesia y para todo un reino, no derogan las costumbres de las iglesias particulares, ni las de las provincias y ciudades, sino que se entienden respetadas, y con más razon si expresamente las respeta, como nuestro Código Civil respeta «el régimen jurídico de las provincias de fueros» (arts. 12, 13, 14 y 15).

Se deroga la costumbre por otra posterior contraria, con tal que ambas sean de la misma naturaleza y especie; así, las generales por generales, las especiales por especiales, etc., pues las costumbres entre sí son á manera de leyes, y así como estas se derogan por otras posteriores, tambien sucede lo mismo en las costumbres; si no son contrarias, podrán coexistir.
