



CEU

*Universidad
Cardenal Herrera*

FACULTAD DE DERECHO, EMPRESA Y POLÍTICAS

**La costumbre como fuente en la Historia
del Derecho español: especial referencia
al siglo XIX.**

Nicolás Duato Sáinz



CEU

*Universidad
Cardenal Herrera*

FACULTAD DE DERECHO, EMPRESA Y POLÍTICAS

GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

La costumbre como fuente en la Historia del Derecho
español: especial referencia al siglo XIX.

Nicolás Duato Sáinz

Tutor: José María Mira de Orduña Gil

Alfara del Patriarca, primavera de 2014

Resumen documental:

El ordenamiento jurídico español actual, a la vista del art. 1 CC, establece preferencia por el derecho escrito. Esta preferencia se inserta dentro de un sistema de prelación de fuentes en donde se encuentra también la costumbre. Muchas han sido las causas por las que el CC declara la ley por encima de la costumbre, y también son muchas las problemáticas que genera la delimitación de la costumbre como fuente del Derecho en España. No obstante esto, en la Historia del Derecho de España la costumbre no siempre se ha encontrado por detrás de la ley sino que llegó a ser considerada como fuente primera de Derecho. Con el paso del tiempo perdieron poco a poco peso, hasta llegar al siglo XIX momento en el que las costumbres que existían en nuestro derecho histórico comenzaron a desaparecer, una desaparición que llega hasta nuestros días.

Abstract:

The current Spanish legal system, in view of article 1 CC, established preference by written law. This preference is inserted within a system of priority of sources where the custom is also located. Many have been the causes for which the CC declares the law above the usual, and also there are many issues that the delimitation of the custom as a source of law in Spain. Despite this, in the history of the law of Spain custom not always found behind the law but it came to be considered as a first source of law. With the passage of time they slowly lost weight, up to 19th-century moment in which customs that existed in our historic right began to disappear, a disappearance that reaches to the present day.

HOJA DE ABREVIATURAS

Las abreviaturas utilizadas en el texto son las siguientes:

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CIC	<i>Codex Iuris Canonici</i>
LV	<i>Lex Visigothorum</i>
RAE	Real Academia Española de la Lengua
SS	Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
V.g.	Por ejemplo

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	6
I.- APROXIMACIÓN DOGMÁTICA DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO ESPAÑOL	8
1.- CONCEPTO DE COSTUMBRE	8
2.- CARACTERES DE LA COSTUMBRE	12
3.- ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE.....	15
3.1.- <i>ELEMENTO MATERIAL DE LA COSTUMBRE</i>	16
3.2.- <i>ELEMENTO ESPIRITUAL O PSICOLÓGICO DE LA COSTUMBRE.</i>	21
4.- CLASES DE COSTUMBRE	24
5.- LOS USOS JURÍDICOS. DIFERENCIA CON LA COSTUMBRE	27
6.- LA COSTUMBRE EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XIX: CODIFICACIÓN, ESCUELA DE LA EXÉGESIS. ESCUELA HISTÓRICA.....	32
II.- APROXIMACIÓN HISTÓRICA DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO EN ESPAÑA	39
1.- ESPAÑA PRERROMANA.....	39
2.- DERECHO ROMANO.....	43
3.- DERECHO VISIGODO.....	49
4.- SISTEMAS JURÍDICOS MEDIEVALES ESPAÑOLES	55
5.- DERECHO MODERNO.....	70
6.- LA COSTUMBRE EN LOS DERECHOS RELIGIOSOS: CANÓNICO, MUSULMÁN Y JUDÍO.....	75
III.- APROXIMACIÓN SUSTANCIAL DE LA COSTUMBRE EN EL SIGLO XIX ESPAÑOL	81
1.- LA COSTUMBRE EN EL SIGLO XIX ESPAÑOL	81
1.1.- <i>RELEVANCIA JURÍDICA DE LA COSTUMBRE EN EL SIGLO XIX</i>	81
1.2.- <i>LAS FUENTES DE ESTUDIO: REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA</i>	83
2.- COSTUMBRES JURÍDICAS CONOCIDAS EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX.....	84
2.1.- <i>LA COSTUMBRE EN ANDALUCÍA</i>	84
2.2.- <i>LA COSTUMBRE EN CASTILLA</i>	87
2.3.- <i>LA COSTUMBRE EN CATALUÑA</i>	93
2.4.- <i>LA COSTUMBRE EN PAÍS VASCO</i>	97
2.5.- <i>LA COSTUMBRE EN VALENCIA</i>	100
CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFÍA	108

INTRODUCCIÓN

La costumbre jurídica siempre ha llamado mi atención desde que comencé con mis estudios de Derecho, y esa es la causa por la que me decidí por este tema. Nuestra intención inicial a la hora de plantear este Trabajo de Fin de Grado era optar por una estructura en dos grupos: uno primero dedicado a una aproximación dogmática e histórica de la costumbre como fuente en la Historia del Derecho español; un segundo dedicado únicamente a una aproximación de las costumbres jurídicas conocidas en la España del siglo XIX.

Como se ha podido ver en el ÍNDICE GENERAL de la página anterior finalmente lo hemos dividido en tres partes: la primera dedicada a una aproximación dogmática de la costumbre española vigente en la actualidad; la segunda dedicada a una aproximación histórica de la costumbre como fuente del Derecho español; y, finalmente, una tercera dedicada a una aproximación analítica de las costumbres conocidas en España en el siglo XIX. Como se verá, la tercera parte puede ser contemplada como un apéndice de la segunda, sin embargo, el tiempo dedicado a su preparación y estudio, así como su extensión hizo que le diésemos el tratamiento de una parte independiente. Se hace saber en su momento pero lo adelantamos en esta introducción, la primera y la tercera de las partes están íntimamente relacionados pues la primera está dedicado a la explicación científica de la costumbre española a raíz de su regulación aprobada en el siglo XIX y la tercera no solo analiza su evolución histórica entroncando así con el final de la segunda parte, sino que analiza también en concreto las costumbres jurídicas conocidas. Con todo ello hemos pretendido que el presente trabajo sea un todo coherente y cohesionado, en el que sus tres partes están interrelacionadas entre sí. La magnitud del tema nos ha imposibilitado incidir en todos aquellos aspectos que hubiésemos querido, sin embargo, cuando esto ocurra lo haremos saber en una nota al pie de página, citando en la medida de lo posible la bibliografía manejada y que no se ha desarrollado.

En la aproximación dogmática se ha incluido un sexto punto dedicado al papel de la costumbre en la Filosofía del Derecho del siglo XIX, se nos generaron una serie de dudas: la primera si debíamos incluirlo ya que fue un debate filosófico que no se generó en España aunque sí que se vio fuertemente influenciada por él, y es por eso por lo que al final se incluyó, y también gracias a los consejos del profesor Leopoldo García Ruíz; la segunda de las dudas fue la de si incluirlo en esa primera parte o en la tercera, apostamos por la primera porque se trataba de un asunto que hacía referencia al papel de la costumbre como Ciencia. Independientemente de ello, incluirlo en una o en otra no habría generado mayor problema ya que, como se ha advertido, ambas están interrelacionadas.

La aproximación histórica ha sido realizada en función de las fuentes de las que se ha dispuesto. Esto es, la falta de fuentes directas en muchas ocasiones –por inexistentes- ha hecho que solo pudiésemos analizar algunas cuestiones concretas –que son las que han llegado hasta nosotros- y no todas las queridas. Conforme vaya avanzando la aproximación histórica se podrá observar cómo va aumentando también la calidad de las fuentes directas. En esta parte hemos incorporado un sexto punto dedicado a los sistemas religiosos, incorporarlo en la aproximación histórica trae causa porque nuestra intención era realizar un análisis transversal de la evolución de la costumbre en los ordenamientos jurídicos religiosos vigentes en España. No ha sido posible desarrollarlo tal y como queríamos, sin embargo, sí se ha mantenido en el trabajo. La aproximación histórica culminará con la tercera parte donde, analizando las costumbres jurídicas conocidas del siglo XIX trataremos de demostrar que con la regulación imperante desde entonces se ha necesitado solo un siglo para olvidar las costumbres jurídicas más extendidas del siglo XIX. En el último de los puntos se han realizado unas conclusiones que hemos extraído de cada uno de las partes estudiadas.

I.- APROXIMACIÓN DOGMÁTICA DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO ESPAÑOL

1.- CONCEPTO DE COSTUMBRE

Antes de comenzar un análisis jurídico del término costumbre se ha de tener en cuenta que el concepto de costumbre no tiene una significación jurídica únicamente. Es utilizada fuera del Derecho como término para expresar una manera habitual de proceder, esta amplitud en cuanto a la significación puede producir a su vez ambigüedad lo que hace lógica la necesidad de acotar el término jurídico de costumbre.

Así, en primer lugar, la RAE¹ da la siguiente definición de costumbre: “(Del lat. *cosuetumen, por consuetūdo, -ñis).

1. f. Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto.

2. f. Aquello que por carácter o propensión se hace más comúnmente.”

Por su parte el Código Civil², en su art. 1 recoge la costumbre de la siguiente manera:

“1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

¹ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=1PzhFudkSDXX2sriO0Wz>

² Se maneja la 14ª Edición anotada y concordada de Francisco Blasco Gascó, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

*Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.*³”

Como puede apreciarse a la vista del tenor de dicho artículo, la definición legal que se da de costumbre no solo es pobre sino que, mejor dicho, es inexistente. Ello significa que para precisar el alcance de lo que quiere decir costumbre es necesario acudir a la doctrina.

Dentro de la doctrina vemos, sin embargo, que el término costumbre a su vez, es utilizado con significados distintos, así destaca el hecho de utilizar costumbre para referirse al simple uso, que si bien tienen el mismo origen consuetudinario este simple uso no necesita reunir los requisitos de la costumbre jurídica. Además mientras el simple uso otorga la posibilidad de llevar a cabo una conducta, la costumbre implica la obligatoriedad de dicha conducta. La principal diferencia entre la costumbre y el simple uso, dice BATLLE, es que *“los conceptos de uso y costumbre están en relación comprensiva. Aquel es genérico, este específico, toda costumbre es uso pero no todo uso es costumbre”*⁴, por tanto, son conceptos diferentes.

En cuanto al concepto de costumbre jurídica a la vista de lo expuesto anteriormente, este podría ser el siguiente: por costumbre se entiende toda adición –al uso- de los requisitos que denotan la diferencia del uso respecto de la costumbre. Ahora bien, esta definición no es muy completa por lo que otro concepto más entero sería el que atendiese a su valor de fuente del Derecho, es decir, aquel concepto que entiende por costumbre no solo el simple uso al que se le añaden los requisitos propios de la costumbre sino que además hiciese mención a la peculiaridad de su origen. Ambas formas –definir la costumbre conforme a sus requisitos especiales, o definirla conforme a su origen usual- serían válidas pues así

³ Este artículo será el que presida toda la aproximación dogmática que se realiza en este trabajo.

⁴ Batlle Vázquez, M., “Comentario al Artículo 1 del Código Civil”, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ed. Revista de Derecho Privado, 1978, p. 49.

lo ha entendido parte de la doctrina⁵, si bien la segunda es más completa que la primera.

Ahora bien, estas definiciones no son las únicas que pueden encontrarse, y es generalizado que las definiciones que suelen surgir resultan en la mayoría de las ocasiones insuficientes, ya que muchas de ellas confunden los conceptos de simple uso y costumbre a los que antes se ha hecho referencia.

La preminencia de la ley hace que a la hora de tratar la costumbre jurídica este tratamiento se realice en oposición a la ley -costumbre vs ley-, sin embargo esa pretendida oposición no siempre tiene por qué dar buenos resultados ya que entender la costumbre como fuente no escrita únicamente, o como fuente que surge de la voluntad del pueblo y no del engranaje político social como la ley, son formas pobres y rudas de definir al costumbre. Por tanto, debemos rechazar⁶ frontalmente aquella definición que dice sólo que la costumbre es “la norma creada e impuesta por el uso social”⁷.

Por ello a continuación exponemos aquellos caracteres que una definición correcta de costumbre jurídica debería contener⁸:

1.- Para poder diferenciar la costumbre del uso es necesario que cuando se hace referencia a la norma se haga aludiendo que es una norma jurídica auténtica y general, ya que nos encontramos ante una verdadera fuente del Derecho.

2.- También debería hacer referencia al elemento de la costumbre que se refiere a la voluntad del pueblo, la voluntad que entiende que esa costumbre ha de ser aplicada como norma jurídica, es decir, que tiene

⁵ Gordillo Cañas, A., “Comentarios al Código Civil”, Tomo I, Vol. I, p. 36.

⁶ *Ibíd.*, p. 37.

⁷ De Castro y Bravo. F., *Derecho Civil de España*, ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 374: “La costumbre es aquella regla creada e impuesta por el uso de los moradores de un lugar y que logra valor jurídico al ser respetada por los órganos del estado”.

⁸ Gordillo Cañas, A., *op.cit.* p. 37.

fuerza en la medida en que así es la voluntad de los que la han “hecho nacer”. Ahora bien, esta *opinio iuris* plantea una serie de problemas⁹.

3.- La definición tiene también que hacer referencia a la extensión y reiteración que permiten considerar la costumbre no como uso social sino como costumbre jurídica¹⁰.

Por pluralidad se entiende que la costumbre debe ser creada por un número de personas y debe aplicarse a un número de personas tal que nos permitan diferenciar la costumbre jurídica de un mero uso social de un determinado lugar, así por pluralidad se entenderá clásicamente una villa, pueblo o ciudad, y no por ejemplo los usos de una familia. Sin embargo, cabe recordar que en los gremios sí que tendrán la consideración de fuente del Derecho.

Por uniformidad, el uso que se realiza y la convicción de que ese modo de proceder es una norma jurídica debe ser el mismo, no cabe una alteración de la misma pues entonces no estaríamos ante el mismo supuesto.

Por constancia y reiteración y duración en el tiempo debe entender que la costumbre a la cual se le dota de relevancia jurídica no debe ser un simple hecho aislado, sino que debe realizarse en el tiempo de tal forma que indique a la conciencia social que realmente se está ante una costumbre jurídica.

Respecto de este último, decían los romanos *inveterata consuetudo; diuturni mores; langa consuetudine inveteratus*. Es decir, que si bien puede no conocerse su origen, el pueblo tenga conciencia de que fue de creación espontánea y no impuesta, y que sus antepasados lo aplicaban como una auténtica fuente del derecho porque veía en ello algo justo, aunque su origen se hubiese perdido en la memoria colectiva.

⁹ Así se verá en el apartado dedicado a los elementos de la costumbre jurídica.

¹⁰ De Diego y Gutiérrez. F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo I, ed. Victoriano Suarez, Madrid, 1941, p. 110: “*la doctrina tradicional, que todavía tiene defensores, exige en estos actos: pluralidad, uniformidad, constancia y reiteración y duración en el tiempo, aunque no se determine el plazo*”.

Por todo ello entendemos que la definición más correcta dada por la doctrina es la de DIEZ-PICAZO. En concreto, DIEZ-PICAZO define la costumbre como “auténticas normas jurídicas de origen siempre extraestatal que se caracterizan por su forma de producción y de expresión o manifestación continuada y uniforme¹¹”. Esta definición es la que entendemos más completa en el ámbito de la doctrina.

En el ámbito de la jurisprudencia hemos de atender a la definición dada por la STS de 4 de octubre de 1982¹² que dice: “*la costumbre de vigencia consuetudinaria, esto es, la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada en esos actos obedece a una razón de Derecho ("opinio iuris"), o sea, con alcance de racionalidad jurídica, y no que pudiera provenir de meros usos, que solamente pueden ser generadores de eficacia jurídica cuando por vía de ley son consolidados al respecto*”

2.- CARACTERES DE LA COSTUMBRE

La costumbre jurídica, en España, se caracteriza por los siguientes apuntes:

1.- Es una fuente auténtica del Derecho. Nace y se desarrolla de forma autónoma¹³. Así es como lo entiende la práctica totalidad de la doctrina española¹⁴, y así es como lo reconoce el literal del art. 1 del CC.

¹¹ Díez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 132.

¹² RJA 1982/5537.

¹³ Dicho esto no puede obviarse que existe costumbre que nace a raíz de la ley, del mismo modo que hay costumbre que muere por la ley.

2.- Es una fuente subsidiaria, ya que según el tenor literal del Código Civil, “La costumbre solo regirá en defecto de Ley aplicable”. Esta subsidiariedad se puede traducir en lo siguiente: la costumbre puede operar de diferentes formas según la ley haya previsto una manera determinada u otra. Estas formas de operar a su vez pueden ser dos, que se trate de una remisión legal o que se trate de una laguna legal:

- Remisión legal: se da cuando el legislador se abstiene de regular una determinada materia dejando la misma al derecho consuetudinario. Esta remisión a su vez puede ser directa o supletoria:

- Directa: cuando es la propia ley la que indica que una determinada materia sea regulada por la costumbre (v.g. art. 1287 CC: “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.”).

- Supletoria: la ley indica que únicamente resultará aplicable la costumbre cuando no resulten aplicables otras normas reguladoras (v.g. art. 570 CC: “Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquiera otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar.”).

- Laguna legal: supone la carencia de regulación legal de una determinada cuestión. Ante esta ausencia en la regulación legal tanto la propia ley como la doctrina han entendido

¹⁴ Díez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A., *op.cit.* p. 134; Gordillo Cañas, A., *op.cit.* p. 39.

directamente aplicable la costumbre para subsanar dicha falta de ley. (v.g. art. 1.3 CC).

3.- Es una fuente de Derecho limitada¹⁵. Hasta la reforma del Título Preliminar de 1973, el antiguo art. 6 CC recogía “la costumbre del lugar”, es decir, las de carácter local. Sin embargo, en el actual art. 1.3 CC se ha eliminado esa referencia “del lugar” por lo que en la actualidad tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico las costumbres de carácter general, así como las de carácter local, comarcales o regionales.

Esta supresión, sin embargo, no está salva de polémica ya que surge la cuestión de si es posible aplicar una costumbre jurídica a un lugar en el que nunca haya tenido vigencia efectiva -como si se tratase de un uso mercantil, que resulta aplicable a todos los comerciantes-. Esta cuestión no ha tenido una respuesta unánime, si bien, afirmar que es posible esa aplicación podría suponer ir en contra del propio concepto de costumbre jurídica, la mayoría parece adoptar lo ya advertido por WINDSCHEID¹⁶ y es que en las condiciones del Derecho actual “la costumbre se repliega a las esferas geográficas o profesionalmente más restringidas”.

4.- Es una fuente secundaria. Ello se traduce en que, según afirma unánimemente la doctrina¹⁷, no rige el principio de “*iura novit curia*” dada la imposibilidad lógica de que los jueces conozcan la práctica totalidad de las costumbres jurídicas, y es por ello que a quien alega una costumbre le incumbe la carga de probar su existencia, contenido y alcance¹⁸. Una

¹⁵ Diez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A., *op.cit.* p. 135. Estos autores mencionan el carácter limitado en pasado, nosotros hemos preferido mantenerlo en presente por las razones expuestas en la explicación de este carácter.

¹⁶ Gordillo Cañas, A., *op.cit.* p. 60.

¹⁷ Diez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A., *op.cit.* p. 135; Gordillo Cañas, A., *op.cit.* p. 60.

¹⁸ Respecto de la cuestión que versa sobre la carga de la prueba y la prueba de la costumbre no se ha realizado un apartado específico en este trabajo por considerarlo propio del ámbito procesal y no de una aproximación dogmática. Sin embargo,

prueba recogida expresamente en el art. 1.3 CC al decir que la costumbre regirá siempre que resulte probada, esta exigencia se trata además de un requisito legalmente reconocido en la actualidad.

3.- ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

Cuando se afronta el estudio de los elementos de la costumbre debe partirse de la inseguridad y de la duda. Esto es así porque, como afirma GORDILLO, “la determinación de los requisitos se moverá más en el plano del Derecho ideal o teórico que en el del Derecho efectiva y real”¹⁹.

Para entender esta afirmación, y a modo de breve introducción, cabe decir que se ha pasado de una regulación histórica de la costumbre en donde aparecían delimitados sus elementos, como en la Partidas²⁰, a una mera mención como el antiguo art. 6 del CC, llegando a un actual art. 1.3 CC que dice que la costumbre regirá en defecto de ley aplicable, y no podrá ser contraria a la moral, al orden público y además deberá resultar probada.

Sin embargo, según la Ponencia de la Comisión de Justicia de las Cortes, no se trata de una enumeración exacta de los mismos, ya que se han dejado fuera unos elementos o requisitos bien por ser evidentes, bien por ser discutidos –v.g. la *opinio iuris*–.

Esta falta de regulación legal se ha de completar con el carácter propio de la costumbre, que como norma espontánea nacida *ex factis*, agrava la dificultad que supone la delimitación de sus elementos o requisitos.

aportamos la bibliografía manejada aunque no desarrollada: Alcalá-Zamora, N., “La prueba del Derecho Consuetudinario”, en *Revista de Derecho Privado*, n. 248 1945, pp. 145 – 157.

¹⁹ Gordillo Cañas, A., *op.cit.* p. 40

²⁰ *Vid.* II.4.

Surgen así las preguntas: ¿Cómo se forma la costumbre? ¿Cuándo ha de entenderse una costumbre ya iniciada como norma jurídica auténtica?

Para estudiar esta cuestión utilizaremos la siguiente estructura: atender primero al elemento material de la costumbre, es decir, sus elementos formales o externos y materiales o internos del uso; y después atender al llamado elementos psicológico o espiritual *-opinio iuris seu necessitatis-*. Junto a esta estructura se añadirá una serie de elementos que se daban en nuestro derecho histórico pero que actualmente deben desestimarse²¹.

3.1.- ELEMENTO MATERIAL DE LA COSTUMBRE

3.1.1.- El uso. Requisitos formales.

Dice DIEZ-PICAZO: “el presupuesto básico de la costumbre es la existencia de un uso social. Las normas consuetudinarias son normas jurídicas creadas y establecidas por el uso social”²². Es su evidente soporte material.

Ahora bien, este uso social necesita de unos requisitos ya que no sirve un simple uso social. Estos requisitos a su vez son enumerados históricamente de la siguiente forma: público, constante, duradero, uniforme, general, reiterado, continuo, frecuente, consistente en una pluralidad de actos, y extendido durante algún tiempo.

Publicidad: se trata de un requisito que se consagró en las Partidas y que actualmente no figura en el art. 1.3 CC por ser precisamente no pacífica su admisión. Son más los pronunciamientos a favor del requisito de la publicidad, y esto es así porque se dice que con la publicidad se evitaría inseguridad jurídica; y porque además, si se afirma que la costumbre es norma jurídica, debe participar de la publicidad de que goza toda norma jurídica. Por nuestra parte cabe hacer la siguiente consideración, hemos de diferenciar entre publicidad formal y publicidad material. La formal es aquella publicidad que se da a las normas jurídicas

²¹ Se sigue aquí la línea de Gordillo Cañas, A., *op. cit.* pp 42 – 59.

²² Diez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A., *op.cit.* p. 132-133.

consistente en actos tendentes a darla a conocer y así otorgar seguridad jurídica, esta publicidad formal sería propia de la costumbre; en cambio la material es aquella publicidad por la que se conoce el contenido, siendo esta propia del uso. Lo ideal sería, en conclusión, que la costumbre gozase de publicidad material, esto es, que fuese conocido su contenido por todos –a los que debe aplicarse-, sin necesidad de publicidad formal.

El resto de los requisitos pueden agruparse en tres grandes grupos: a) identidad del comportamiento constitutivo del uso –pluralidad actos uniformes-; b) extensión en el tiempo –duración continuada- ; c) su propagación en el grupo social donde se produce –generalidad-. A continuación procedemos a su desarrollo:

- a) Cuando se estudia la pluralidad de actos uniformes surge la duda de cuál es el número de casos suficientes para entender que se da esa pluralidad de actos. Así existen posiciones que entienden que basta con un solo acto hasta otras que entienden que debe darse la mitad más uno de entre aquellos actos que se realizan sobre el mismo objeto. Sin embargo se tratan de teorías minoritarias todas ellas, siendo además la respuesta a esta pregunta una labor dificultosa. Esta podría ser, en nuestra opinión, la causa por la que el legislador decidió no regularlo y dejar la solución en manos del poder judicial el cual deberá entender la concurrencia de la pluralidad de actos en cada caso concreto.

Junto a esta pluralidad ha de darse la uniformidad. Esta uniformidad no ha de entenderse como similitud exacta en los actos, es decir, basta que se dé una uniformidad esencial y sustancial de tal forma que lo no esencial o sustancial puede cambiar sin que por ello se vea afectada la uniformidad. Surge aquí también la problemática a la hora de dar respuesta a la

pregunta: “¿cuándo deja de ser constante?”, es imposible dar una respuesta unánime, ya que la cesación momentánea del uso no implica su pérdida, pero tampoco es posible saber el número de actos contrarios necesarios para que sí se produzca esa pérdida. Es por ello que la solución también es dejada en manos del órgano judicial para que resuelva en cada caso lo que corresponda.

- b) Respecto de la duración continuada, se trata del requisito temporal que se exige de la costumbre, es uno de sus requisitos lógicos. En el Derecho histórico, la costumbre exigía como requisito la antigüedad, es decir, que tuviese un origen que hubiese sido perdido en la memoria social y colectiva del grupo. Así los romanos hablaron de *consuetudo inveterata*, los juristas canónicos de *prescripta consuetudo*, en las Partidas se exigió “gran tiempo”, “luengo tiempo” -concretándose en 10 o 20 años-²³. Esta postura en la actualidad no es la mayoritaria, si bien fue defendida por la jurisprudencia española con la Sentencia de 8 de noviembre de 1911 que excluye la aplicación de una costumbre que estuvo vigente con anterioridad, pero que lleva sin demostrarse su aplicación “muchos años”. Actualmente la doctrina prefiere prescindir del requisito de la antigüedad, o mejor dicho, prefiere sustituirlo por el requisito de la duración, así puede verse en una sentencia más reciente, de 4 de octubre de 1982, al exigir la necesidad de “situaciones fácticas constantes”.

La delimitación de este requisito de la duración ha sido dejada, también, en manos del órgano judicial ante el silencio de la ley. Un silencio en la ley que es comprensible porque el recurso a las soluciones aportadas en las Partidas no podría ser aplicable ahora tal y como se pretendió con el originario art. 6 CC, y, en

²³ Gordillo Cañas, A., *op. cit.* p. 17.

segundo lugar, porque se trata de un requisito indeterminado fuente de polémica y disputa doctrinal.

- c) Como es de esperar, el requisito de la generalidad también plantea problemáticas de difícil solución. La generalidad supone que la costumbre no solo debe avanzar en el tiempo sino que además debe avanzar en el espacio.

Esta generalidad, en muchas ocasiones es tratada con el término “pueblo” sin embargo ello no significa que la generalidad suponga que debe ser aceptada por la totalidad del estado²⁴, sino que, más bien, “pueblo” significaría en este caso que debe ser aceptado por un grupo social determinado, como pueden ser los moradores de un lugar²⁵, grupos profesionales... La solución que nos parece más viable es la que sostiene GORDILLO²⁶, que adopta de TEBOUL, y es que esa generalidad debe ser identificada con la unanimidad moral.

3.1.2.- Racionalidad. Requisito material del uso.

La racionalidad, a diferencia de los requisitos expuestos más arriba, hace referencia al requisito material o de contenido. El original art. 6 CC mantenía silencio a este respecto, tras la reforma de 1973, el actual art. 1.3 CC entiende que la costumbre no ha de ser contraria a la moral ni al orden público. Este sería el requisito del contenido que especifica los límites de la costumbre.

Es necesario aquí saber qué debe entenderse por moral, y qué debe entenderse por orden público, para ello seguiremos la postura mantenida por DIEZ-PICAZO y DE CASTRO principalmente.

²⁴ Diez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A., *op.cit.* p. 133.

²⁵ *Vid.* Nota al pie 7. Pese a que hemos seguido la línea doctrinal que entiende que dicha definición es incompleta, sí acierta al incorporar en ella el término “moradores de un lugar”.

²⁶ Gordillo Cañas, A., *op.cit.* p. 48.

Entender la moral como un requisito de la costumbre en los tiempos de ahora ha sido ampliamente criticado, así, en palabras de DIEZ-PICAZO²⁷: “la oportunidad del primer requisito parece más que dudosa.” Y esto es así, continúa, porque si la costumbre es una verdadera norma jurídica, no sería posible hablar de normas inmorales, parece pues que el legislador confunde el término costumbre jurídica con el simple uso, lo que implica la gravedad del asunto. En otros términos, sería como equiparar norma jurídica a hábitos de vida. Además, este equívoco expreso del legislador abrió la veda a los filósofos del Derecho que volvieron a tratar las relaciones que mantienen Derecho y Moral en el ordenamiento jurídico español. La conclusión a la que llegaron la totalidad de ellos es que no era posible entender que la moral fuese límite de las normas jurídicas consuetudinarias y por lo tanto no pudiese existir discrepancia entre ellas y, sin embargo, esta discordancia sí que estuviese permitida con respecto a las normas jurídicas legales, en tanto en cuanto son normas jurídicas las dos.

En la doctrina española no han faltado autores que han sostenido la necesidad de la racionalidad como elemento de la costumbre. En palabras DE CASTRO²⁸, la exigencia de este requisito es necesaria para la virtualidad normativa del uso, para evitar así la “vertiente de sombra de la Costumbre”, evitando que pueda esta erigirse en el baluarte de los malos hábitos, de usos amparados en modas inmorales, defendidos e impuestos por los más fuertes. GORDILLO²⁹ es otro de los autores que también defiende la racionalidad como elemento de la costumbre, pues – según dice- si la costumbre es una auténtica norma jurídica se le debe exigir un mínimo de razón –racionalidad-, para ello precisa que la moral exigida no debe ser la moral personal del juez sino que debe ser la moral social, esto es, del conjunto de la sociedad española que, por tradición, es heredera casi en su totalidad de la moral cristiana.

²⁷ Diez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A; *op.cit.* pp. 133 – 134.

²⁸ De Castro y Bravo, F., *op.cit.* p. 375.

²⁹ Gordillo Cañas, A., *op.cit.* p. 50.

En segundo lugar cabe plantearse qué debe entenderse por “orden público”. DIEZ-PICAZO da luz al incoherente problema existente que se da al afirmar el rango inferior de la costumbre respecto de la ley y que aquella además no debe ser contraria al orden público. Ya que eso significa que por orden público no debe entenderse normas jurídicas legales, pues el sistema de prelación de fuentes da clara preferencia a la ley frente a la costumbre, sino que por orden público debe entenderse convicciones jurídicas, pero meramente ideológicas y que no se hubiesen trasladado a la propia práctica jurídica porque entonces estaríamos ante costumbres jurídicas.

Con todo, parece más razonable aceptar la definición dada por la jurisprudencia (STC de 23 de febrero de 1989³⁰) de orden público que hace referencia al orden constitucional, es decir, a los principios y valores recogidos en la Constitución Española de 1978. Es conveniente tener en cuenta que el orden público cuando se equipara a los principios y valores constitucionales se ha de identificar con el conjunto de valores del pueblo español que, existentes en dicho momento, quisieron ponerse por escrito en la Constitución y no identificarlo con el orden normativo constitucional ya que entonces devendría en inútil e innecesario este requisito también, ya que el sistema constitucional de un Estado de Derecho –como es el español tal y como se recoge en la propia Constitución- exige que las normas jurídicas inferiores a la Constitución sean acordes a sus valores. Por lo que esta mala interpretación haría que el elemento del orden no fuese impreciso, pero sí redundante.

3.2.- ELEMENTO ESPIRITUAL O PSICOLÓGICO DE LA COSTUMBRE.

Este segundo elemento de la costumbre es el que se corresponde con la *opinio iuris seu necessitatis*.

³⁰ RTC 1989\54.

DIEZ-PICAZO³¹, pese a aceptar la definición dada por FERRARA, entiende que lo importante no es atender a la definición de este elemento psicológico sino más bien, atender a una cuestión de carácter todavía de mayor amplitud, esto es, el proceso formativo de la costumbre que supone su obligatoriedad.

Así es como dice que se desarrolla su proceso formativo: cuando un hábito social se prolonga acaba por producir en la conciencia de los individuos que lo practican la creencia de que es obligatorio, transformándose lo acostumbrado en lo debido. Así es como debe entenderse, a su juicio, la *opinio iuris*.

Incluso parece reformular la teoría anterior diciendo que si nos encontramos ante “conductas uniformes y reiteradas que repiten una regla³²” habría que atender a que esas conductas sirvan para solucionar cuestiones, controversias o regulen actos o negocios jurídicos, terminando diciendo que “Esto es lo que efectivamente se ha de probar para dar fe de la existencia de una costumbre y no, además, un requisito tan subjetivo como la *opinio iuris*³³”.

Por tanto en DIEZ-PICAZO puede verse como se desestima el elemento psicológico de la costumbre pareciendo incluir un elemento –que llamamos- teleológico, este es, que la costumbre cumpla la finalidad que supone la resolución de conflictos o la regulación de actos o hechos jurídicos.

Sin embargo, este autor no es el único que se opone al elemento psicológico de la costumbre, el profesor DE CASTRO entiende que la *opinio iuris* carece de fundamento, dice, “es una deformación, hecha por

³¹ Díez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A; *op.cit.* p. 134. FERRARA define la *opinio iuris* como “la doctrina o bien la convicción de que la regla que se practica debe valer como Derecho -pero no lo es-, o bien que esa regla es ya Derecho, es decir, una norma vinculante a la que se le presta obediencia practicándola o de la que se siente el deber de cumplirla.” La segunda acepción de esta definición es la más seguida en la actualidad.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

la Escuela Histórica, del requisito del *animus*, propio de la doctrina canónica. Es una realidad social demostrada continuamente por la Historia que las costumbres son el resultado de la imposición de ciertas reglas por grupos o clases sociales bastante poderosos para establecerlas y consolidarlas, muchas veces entre las protestas y aun contra la opinión de la generalidad³⁴.”

Esto es, DE CASTRO no entiende solo que la *opinio iuris* es una deformación de un requisito exigido por una doctrina distinta -la canónica- sino que además consagra como requisito, a diferencia de DIEZ-PICAZO, el de la imposición, ya que afirma que una costumbre es costumbre jurídica no porque se tenga la convicción de que es derecho sino porque es impuesta como norma por grupos sociales lo suficientemente poderosos para ello.

Esta exposición de DE CASTRO, a nuestra opinión debe ser matizada. Así entendemos que hoy en día, la negación de la *opinio iuris* podría resultar válida ya que la Costumbre jurídica no tiene cabida en el ordenamiento jurídico si el Estado –equiparando el término Estado con el empleado por el autor “grupos sociales suficientemente poderosos”- no se la otorga, sin embargo, si atendemos a la forma en que se le otorga –principalmente con la función de integrar el texto de la ley, y únicamente en detrimento de esta- daría igual negar tanto la *opinio iuris* como elemento de la costumbre como negar la propia costumbre jurídica como fuente independiente del Derecho, ya que no lo sería. Ahora bien, esto supondría llevar la afirmación de DE CASTRO a sus últimas consecuencias.

Como se ha visto, DE CASTRO confiere una gran importancia al Estado en su relación con la Costumbre, así puede verse en sus textos: “El Estado no puede amparar cualquier uso, ni elevarlo a la dignidad de norma jurídica [...], ha de repudiar y combatir hasta su supresión todos los

³⁴ De Castro y Bravo, F., *op.cit.* p. 390.

usos que se producen en contra o a despecho de la organización jurídica³⁵.

Esta posición doctrinal generó debate en la doctrina, con contestaciones críticas y contrarias a su tesis. El profesor GORDILLO³⁶, haciendo un estudio de ello concluye con una frase rotunda al decir “El balance de todo ello nos parece claramente negativa” y a continuación establece las consecuencias de ese balance, que ahora pasamos a enumerar:

- La comunidad, tradicionalmente llamado “el pueblo”, deja de ser sujeto activo en la creación del Derecho al trasladarse su medida al Estado.

- Este control por parte del Estado no se sabría ciertamente cuál sería, ya que el de su creación sería difícil de imaginar.

- Podría desplazarse a la jurisprudencia la función de fuente de la Costumbre.

En resumen, siguiendo las conclusiones de GORDILLO basadas en la jurisprudencia española -SS 18 de abril de 1951, de 22 de enero de 1953, de 30 de abril de 1957, de 24 de febrero de 1962, de 11 de marzo de 1982, de 4 de octubre de 1982- entendemos necesario la existencia del elemento psicológico de la costumbre, sin embargo no se debe dejar de lado la opinión de grandes personalidades de la doctrina civilista española como DIEZ-PICAZO y DE CASTRO.

4.- CLASES DE COSTUMBRE

La costumbre se puede clasificar atendiendo a diversos criterios, que principalmente son dos: atendiendo a su relación con la ley, y atendiendo a su ámbito de extensión.

³⁵ *Ibíd.* p. 380.

³⁶ Gordillo Cañas, A., *op.cit.* p. 58

Respecto del primero, el que hace referencia a su relación con la ley, la costumbre se divide *en praeter, secundum y contra legem*. Se trata de una distinción tripartita clásica en nuestro Derecho histórico.

1.- Costumbre *praeter legem*, literalmente significa costumbre “fuera de la ley”, lo que en estos tiempos se ha venido identificando como costumbre en defecto de ley. Es por ello por lo que también es conocida como costumbre *extra legem*.

La costumbre *praeter legem* es la que se encarga de regular aquellas situaciones que no encuentran amparo o abrigo jurídico en la ley, y sí lo encuentran en la costumbre. Se encuentra plenamente recogida en nuestro ordenamiento jurídico tal y como lo reconoce el art. 1.3 CC.

Es necesario poner en relación este tipo de costumbre con lo ya desarrollado anteriormente³⁷. Junto a esa remisión legal y, sobre todo, laguna legal ya explicada se debe incorporar otra cuestión, y es que se ha de tener en cuenta que en ocasiones el legislador otorga un carácter preferente a la costumbre respecto de la ley, así por ejemplo, puede verse en el art. 1599 CC que dice “*Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega.*”

DE CASTRO³⁸ la definía como “costumbre de nacimiento independiente”, al entender que era la costumbre que revelaba la mayor y más espontánea fuerza creadora del uso.

2.- Costumbre *secundum legem*, literalmente significa costumbre “de conformidad con la ley”. Se trata de una <<costumbre interpretativa>>, es decir, se produce de conformidad con una ley pero establece una manera de entender esa ley por vía de la interpretación.

³⁷ Vid. I.2.

³⁸ De Castro y Bravo. F., *op.cit.*, p. 397.

3.- Costumbre *contra legem*, costumbre contraria a la ley, se encuentra totalmente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico al así establecerlo el art. 1.3 CC

Esta se trata de una clasificación que expresa de forma clara el proceso de involución de la costumbre respecto de la ley. Es decir, el hecho de la tripartición de la costumbre según los efectos producidos en comparación con el derecho legislativo en *secundum*, *praeter* o *contra legem* explica la clara oposición de costumbre vs ley. Esto llevó a que COSTA³⁹ realizase una clasificación análoga de la ley en comparación con la costumbre. Afirmaba la necesidad de la aprobación popular para que la ley pudiese tener vigencia, ya que sin esa aprobación la ley caería en beneficio de la costumbre, y por ello clasificó la ley en *praeter*, *secundum* o *contra consuetudinem*.

Respecto del segundo criterio, el que atiende a su ámbito de extensión, la costumbre se divide en común y especial; general y local, según se atiende a la materia o al territorio.

Según la materia, encontramos:

1.- Costumbre común: se trata de aquella costumbre que regula un orden de relaciones. La uniformidad de esta costumbre no procede del territorio en el que surge sino de la materia que regula y de las personas a las que sujeta.

2.- Costumbre especial: es aquella costumbre que dentro de un orden de relaciones, se produce del proceder uniforme de algunos dentro de una materia determinada y más específica.

³⁹ Costa y Martínez, J., *El problema de la ignorancia del Derecho*, ed. Manuel Soler, Barcelona, 1910, p. 92.

Según el territorio, diferenciamos:

1.- Costumbre general: son aquellas que se forman por igual actuación de todas las personas en todo el territorio que conforme el territorio de un país.

2.- Costumbre local: son aquellas que se forman en ámbitos territoriales limitados.

5.- LOS USOS JURÍDICOS. DIFERENCIA CON LA COSTUMBRE

El estudio de los usos deriva porque el art. 1.3 CC en su segunda acepción dice literalmente *“los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”*.

Este precepto se deriva del art. 2 de la Ley de Bases que se realizó para modificar el Título Preliminar, este decía *“valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con transcendencia jurídica”*.

La equiparación de estos usos sociales con transcendencia jurídica o usos no interpretativos como costumbre parece reflejar el deseo del legislador de otorgar una herramienta al ordenamiento jurídico para que pudiese adaptarse a las circunstancias en las que convivía.

Parece por tanto estar en sintonía con la afirmación dada por COTRAN y RUBIN: *“El derecho consuetudinario no es estático. Es dinámico y sus reglas se modifican de vez en cuando para reflejar cambiantes condiciones sociales y económicas”*⁴⁰.

Sin embargo, esta redacción no fue acogida por igual dentro de la doctrina moderna española. DIEZ-PICAZO⁴¹ lleva a cabo una

⁴⁰ Cotran E. y Rubin N.N., *Readings in African Law*, ed. Frank & Company, 1970, XIX y XX.

⁴¹ Diez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A., *op.cit.* pp. 137 – 140.

argumentación que concluye de la siguiente manera: “hablar de usos interpretativos o no interpretativos es un grave error”. En efecto, considera que un mismo uso en unas ocasiones podrá tener una función interpretativa, y en otros casos llevará a cabo una función normativa. De tal forma que lo importante en el Derecho son las diferentes funciones que se pueden otorgar al uso.

Para entender esto hay que hacer una breve referencia a lo explicado por DIEZ-PICAZO. Primero lleva a cabo una distinción entre usos, así hablará de:

- a) meros usos sociales, que no operan en el estadio jurídico;
- b) usos sociales con transcendencia jurídica; y,
- c) usos jurídicos, dentro de los cuales habría que distinguir entre los interpretativos y no interpretativos, a estos últimos es a los que la doctrina también llama usos normativos.

Siendo la evolución de estos usos la siguiente: en primer lugar nos encontraríamos ante una simple repetición de hechos o de conductas; en segundo lugar, esos usos pasarían a ser interpretativos para que, en tercer lugar, se consolidasen como usos normativos.

DIEZ-PICAZO concibe una gradación de los usos de forma distinta a lo que el legislador parece haber querido al redactar la Ley de Bases para la reforma del Título Preliminar y lo finalmente dispuesto en el art. 1.3 CC en su acepción segunda. Así, pese a que el legislador en la Ley de Bases hablaba de unos “usos sociales con transcendencia jurídica”, en la nueva redacción del Título Preliminar incluyó el término “usos jurídicos”, por lo que todo lleva a pensar que se están refiriendo a la misma materia aunque de diferente forma terminológica. Ello significaría que no sería posible, a juicio del legislador, distinguir entre usos sociales con transcendencia jurídica, y usos jurídicos -y dentro de estos entre

interpretativos y no interpretativos-, postura esta mantenida por GORDILLO⁴².

Ahora bien, GORDILLO se muestra crítico también con esta doble concepción del legislador, afirma que no todo uso que tenga alguna transcendencia jurídica puede ser equiparado o concebido como costumbre jurídica. Es por ello que prescindiendo del tenor literal y acudiendo al criterio lógico, por usos jurídicos se ha de entender los usos convencionales o usos negociales, los que regulan el proceder en el tráfico jurídico de los negocios. Concluirá afirmando que “los usos que podrían asimilarse a la Costumbre son los usos de los negocios, concretamente los llamados usos normativos⁴³”. En este sentido, DIEZ-PICAZO, pese a realizar una clasificación-gradación tan criticada o polémica en la doctrina autorizada concluye afirmando que “Dentro de los usos tienen una especial relevancia los usos negociales, también llamados convencionales⁴⁴”.

Ante la pregunta ¿cuál es la diferencia entre costumbre y uso? La doctrina tampoco mantiene un criterio unívoco. Encontramos dos principales posiciones⁴⁵:

- Un sector de la doctrina entiende que la principal diferencia entre el uso y la costumbre es que, mientras en la costumbre es necesario el elemento psicológico –*opinio iuris*- este no lo es en el uso. DE DIEGO como defensor de esta parte de la doctrina afirma que mientras en la costumbre existe un sentimiento de sumisión a ella y reconocimiento de carácter imperativo, en el uso en cambio hay simple y llanamente un sentimiento de utilidad o conveniencia.

⁴² Gordillo Cañas, A., *op.cit.* pp 82 – 96.

⁴³ *Ibíd.* 85

⁴⁴ Diez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A; *op.cit.* p. 138

⁴⁵ Seguimos aquí la línea mantenida por Diez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A; *op.cit.* p. 138 – 140.

- Otro sector de la doctrina entiende que, al no ser necesario la *opinio iuris* como elemento necesario en la costumbre la diferencia no la podemos encontrar ahí, pues tanto costumbre como uso carecen de ella. La diferencia habría de encontrarse en que el uso, para poder operar jurídicamente, necesita de una remisión legal mientras que la costumbre opera de forma directa, autónoma e independiente a la ley. Esta posición es la mantenida por DIEZ-PICAZO.

En cuanto a las funciones que llevan a cabo los usos, DIEZ-PICAZO⁴⁶ diferencia dos:

- Función reguladora e integrativa, esta se encuentra admitida en nuestro ordenamiento jurídico al reconocerlo así el art. 1258 CC.

En él se establece las llamadas fuentes de la reglamentación contractual, es decir, las fuentes de donde surgen las obligaciones. Este artículo dice que una vez perfeccionado el contrato este obliga no solo en lo expresamente pactado, sino también en lo que sea acorde a la buena fe, al uso y a la ley.

Se ha de tener en cuenta que estos usos no son imperativos y, por ello, pueden ser desplazados por el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Pese a que el uso aparezca nombrado en la redacción del artículo con anterioridad a la ley, ello no significa que tenga carácter preferente a esta -ex art. 1.1 CC- a no ser que así lo hayan pactado las partes o lo disponga la propia ley.

- Función interpretativa, amparada por el art. 1287 CC: "*El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de*

⁴⁶ *Ibíd.* p. 139.

cláusulas que de ordinario suelen establecerse.” Nos encontramos por tanto ante un criterio objetivo de interpretación de los contratos.

Esta función interpretativa, dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de julio de 2007⁴⁷, se refiere a las *“prácticas que personas en la misma situación y circunstancias que las propias partes consideran aplicables en sus contratos”*.

Este artículo tiene dos incisos, uno primero en el que al uso se le otorga la capacidad de resolver las cuestiones ambiguas o conflictivas de los contratos. Por lo que no sabiendo realmente lo que pretende o quiere decir el contrato es lícito atribuirle una significación objetiva conforme a las prácticas del país. El hecho de incorporar el término país no puede pretender, o así al menos se interpreta de la lectura, que únicamente puedan ser aplicables las de carácter general y no local.

En su segundo inciso se le otorga al uso suplir la omisión de las cláusulas ordinarias de un contrato. Se trata de una función más amplia que la anterior, se trata de una función supletoria. Dicha función podría haberse incluido en la reguladora e integrativa en vez de la interpretativa –a la hora de su explicación en este trabajo-, sin embargo, como es el mismo Código Civil el que la regula en un artículo que se encuentra inmerso dentro del capítulo mentado como “De la interpretación de los contratos” la mantengo dentro de esta. La principal diferencia entre la función del art. 1287 y la del art. 1258 CC es que mientras en el segundo artículo el uso actúa de forma directa e independiente, en el art. 1287 CC el uso actúa por vía de integración de la declaración de voluntad. Es por ello que DIEZ-PICAZO considere la función recogida en la segunda acepción del art. 1287 CC como una “función de interpretación integradora”.

⁴⁷ RJ 2007\5131.

6.- LA COSTUMBRE EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XIX: CODIFICACIÓN, ESCUELA DE LA EXÉGESIS. ESCUELA HISTÓRICA⁴⁸

No puede realizarse una aproximación dogmática de la costumbre completa si no se hace una referencia a su concepción en la Filosofía del Derecho del siglo XIX. Si bien se trató este de un debate que no se mantuvo por parte de estudiosos españoles, no podemos rechazar el análisis de estas consideraciones ya que las conclusiones finales de esta disputa doctrinal tuvieron una gran incidencia en la política codificadora y legislativa de la España de finales del siglo XIX. La causa principal por la que España no acogió en forma temprana los postulados que a continuación pasaremos a redactar es la propia situación de inestabilidad política, económica, social y militar por la que atravesó nuestro país durante el siglo XIX.

El siglo XIX supuso en la Historia del Derecho la consagración de la Codificación como paradigma dominante del modo de entender el Derecho.

Sin ánimo de extendernos en los orígenes y causas de la Codificación – labor de la que podría haberse realizado un trabajo independiente- sí que es necesario atenderlas mínimamente para explicar el proceso que se siguió y la posición que ocupó la costumbre jurídica en el mismo.

La Codificación surgió por una serie de causas, de entre las que destacan las siguientes:

- Técnicas: que se plasmaría principalmente en la necesidad de unir el Derecho Romano y el Derecho Natural para darle sistematicidad y certeza a los ordenamientos jurídicos.

⁴⁸ Doy las gracias al profesor Leopoldo García Ruiz por la ayuda prestada para redactar este punto. Extiéndase esta gratitud a los textos suyos utilizados *pro manuscripto* para la configuración del apartado que sigue.

- Filosóficas: se concretan en los deseos de poseer una razón universal, es decir, que la obra legislativa que surgiese fuese aplicable en todo momento y lugar.

- Económicas: por la seguridad jurídica que exigía el capitalismo como modelo económico.

- Antropológicas: porque el código se consideraba expresión del tipo individualista posesivo.

- Políticas: esta es la que más interesa para nuestro trabajo, ya que esta causa –íntimamente relacionada con el Estado absoluto en la Modernidad- supuso que la soberanía del estado exigiese un Derecho que fuese obra del propio estado, lo que posteriormente se identificaría como la ley como paladín del monopolio de las fuentes del derecho en detrimento, obviamente, de la costumbre.

Esta posición inicial, fruto sobre todo de la Revolución Francesa -aunque no solo de ella-, fue llevada a su extremo por una escuela de juristas, llamada Escuela de la Exégesis, la cual tuvo su desarrollo en Francia.

Nacida casi a la par que el *Code* Napoleónico de 1804, tuvo su época de apogeo desde 1830 hasta 1880, y su momento final de 1880 a 1890. Con todo, la Exégesis supuso la consagración en Francia del positivismo legalista.

Estos juristas implantaron una concepción rígidamente estatalista del Derecho, para ellos no había más normas jurídicas que las emanadas del estado, por lo que reconocían una plena omnipotencia única y exclusiva del poder legislativo del estado en su papel creador de las fuentes del Derecho, lo que derivó *sensu contrario* a negar la existencia de todo Derecho que no fuese legislado: en resumen, se negó la existencia del derecho consuetudinario, judicial y científico.

Así Mourlon⁴⁹ retomará el principio latino “*dura lex, sed lex*” para afirmar que “un buen magistrado humilla su razón frente a la ley, puesto que está instituido para juzgar según ella, y no para juzgarla a ella”. O D’Argentre⁵⁰ que dirá “*Stulta sapientia quae vult lege sapientior esse*”.

Este fanatismo por el texto de la ley será una característica general de todos los miembros de esta Escuela. Por ello Aubry⁵¹ dirá: “Toda la ley, tanto en su espíritu como en su letra, pero solo la ley”; y Bugnet⁵²: “Yo no conozco el Derecho civil, yo enseñé el Código Napoleón”.

A raíz de invadir Napoleón el territorio que conforma la actual República de Alemania e implantar la vigencia y eficacia del *Code* allí, tras la salida de los ocupadores franceses y la vuelta al *statu quo*, se inició un sentimiento que abogaba por la necesidad de la reorganización del ordenamiento jurídico civil alemán.

Esta reorganización podía llevarse a cabo siguiendo dos modelos:

- Rescatando y recuperando las antiguas condiciones.
- Llevar a cabo una labor que culminase con la promulgación de un Código válido para toda Alemania. Lo que suponía que Alemania se sumase a la corriente que había invadido Europa desde la segunda mitad del siglo XVIII.

Estas dos corrientes se plasmaron en la rivalidad doctrinal que encarnaron dos de los mayores maestros alemanes –aunque de apellidos

⁴⁹ Bonnecase J., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, trad. por Cajica, ed. Cajica, México D.F., 1944, p. 160.

⁵⁰ Bonnecase J., Teoría elemental del *Derecho Civil*, edición electrónica, Biblioteca Jurídica Digital, p. 90.

http://190.147.213.68:8080/HOMEPAGE/DOCTRINA/DOCTRINA_CLASICA/TRATADO_ELEM_D_CIVIL%28Julian_Bonnecase%29/C_GENERAL.pdf

⁵¹ Bonnecase J., *La Escuela de la Exégesis*, *op.cit.*, p. 146.

⁵² Geny F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, ed. Reus, Madrid, 1925, p. 27.

franceses- de la Filosofía del Derecho de todos los tiempos: A.F.J. THIBAUT y F.C. von SAVIGNY.

Thibaut, en 1814, publicó en *Heidelberg* una obra llamada *Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania*. Con la publicación de esta obra se erigió como el principal defensor de la Codificación germana. Es más, propuso que el Código debía estar acabado en un plazo de 4 años. La obra que debía surgir de esa labor codificadora era el paso inevitable para llevar a cabo la ansiada reorganización del Derecho civil alemán. Las notas principales de esta obra en defensa del código fueron las siguientes:

- Para Thibaut, el derecho romano y germánico, incluso también el canónico, eran ineficaces por dos razones: a) porque sus normas no eran claras y precisas; b) porque no regulaban todas las instituciones jurídicas.

- Un argumento político a favor del Código, pues esta obra única y válida para toda Alemania era una necesidad lógica para lograr la unificación del país.

- Ante la potencial crítica de que el Código supone cortar las alas de la evolución y progresión de la vida jurídica de Alemania, Thibaut se adelantó y argumentó que, en lo que se refería al Derecho civil, las modificaciones esenciales iban a ser mínimas.

- Que el excesivo respeto por la tradición al final se vuelve en su contra y adquiere tintes negativos. Por ello, las tradiciones están para ser superadas. Es palpable en la obra de Thibaut que acoge la locución latina de Horacio, aunque divulgada y convertida en principio por Immanuel Kant: "*sapere aude*".

Ese mismo año de 1814, Savigny publica también en Heidelberg un famoso folleto, dirigido contra Thibaut⁵³, llamado *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*. Savigny fue considerado el fundador y el mayor maestro de la Escuela Histórica del Derecho.

Frente a lo que predica la codificación, Savigny considera que las fuentes verdaderamente útiles del Derecho son aquellas que permitan a los juristas acudir a su raíz, descubriendo su principio orgánico de tal forma que pueda separarse los elementos vivos de los muertos, los cuales quedarán como meros objetos de dominio de la Historia.

En otras palabras, cree que el particular carácter del Derecho como realidad cultural desaconseja su codificación.

Lo que considera necesario para la reorganización del derecho alemán es el rescate de la antigua masa jurídica. Y esta masa jurídica se compone de:

- Derecho romano: será considerado por Savigny como el Derecho científicamente más perfecto que existe por cómo se ha desarrollado. Será visto por él casi como un ideal de perfección.

- Derecho germánico: asume que no es tan perfecto como el romano pero que sin embargo su utilidad es en la práctica totalidad de ocasiones mayor en tanto en cuanto este Derecho germano recoge las costumbres propias de la historia de Alemania.

- Por último, la masa jurídica se compone de todas aquellas modificaciones de los dos derechos anteriores que se han ido produciendo a lo largo de la Historia del Derecho.

⁵³ Savigny, F.C., “Recensión del libro de N. Th. Gönner sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo” en *La Escuela Histórica del Derecho*, trad. por Atard, ed. Victoriano Suarez, Madrid, 1908, p. 29: “Al escribir mi folleto sobre legislación y jurisprudencia, pude reconocer con sincera satisfacción que Thibaut, contra el cual iba dirigido, [...]”.

Esta teoría va acompañada de la propia concepción que tiene Savigny del Derecho. Según él, el Derecho es una manifestación más del pueblo⁵⁴ como son la lengua, la religión... Y aquí destaca la utilización de un término íntimamente relacionado con toda la Escuela Histórica del Derecho, este término es el de “conciencia común del pueblo” o “espíritu del pueblo” –*Volkgeist*-. Ello le llevará a distinguir dos elementos en el Derecho:

- Un primer elemento político: supone que el Derecho nace y es obra del pueblo: según sus costumbres, usos y creencias.

- Un segundo elemento técnico: el Derecho se desarrolla plenamente de forma científica, independiente de su nacimiento.

En este proceso de formación del Derecho Savigny no considera la intervención del legislador. Si bien reconoce que este puede influir en el mismo, pero con carácter posterior a su creación, como puede ser, por ejemplo, en la delimitación de los plazos de prescripción.

Savigny, por tanto, encarna la respuesta romántica a la Codificación en Alemania. Y si bien la Historia en primera instancia pareció dar la razón a Savigny, lo cierto es que a largo plazo se la dio a Thibaut ya que finalmente, y en una fecha bastante tardía, en 1900 se promulgó el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*).

Si de costumbre trata el presente trabajo no puede finalizarse el punto dedicado a la Escuela Histórica del Derecho sin hacer una breve mención antes al principal discípulo de Savigny y co-fundador de la Escuela, G.F. PUCHTA.

⁵⁴ Savigny F.C., *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. por Díaz García, ed. Aguilar, Madrid, 1970, pp. 56 – 58: “la sede propia del Derecho es la conciencia común del pueblo [...], es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo”.

La obra principal de este jurista alemán es “Derecho Consuetudinario” (1828-1837), y lo que realiza en esta obra es desarrollar casi hasta su último extremo el concepto de *Volkgeist* o espíritu del pueblo como principal protagonista de todas las manifestaciones de un estado, y entre ellas el Derecho y la costumbre como ya se ha hecho mención antes.

Esto le llevará a distinguir –incluso oponer– el derecho romano del derecho medieval. Puchta⁵⁵ vinculará el derecho de su época con el derecho medieval alemán, basado en la costumbre, y lo opondrá al derecho romano, el cual se basa principalmente en la ley.

Verán la luz de esta forma dos formas de pensamiento dentro de la Escuela Histórica, la de los históricos-romanistas y la de los históricos-germanistas-medievalistas. Los romanistas se dedicarán al estudio de las principales obras jurídicas de los antiguos textos romanos entendidos como superación universalista de la misma tradición europea⁵⁶. Los germanistas se dedicarán al estudio de las costumbres populares de la Alemania medieval. Estos últimos se consideraron a sí mismos como la rama más pura dentro de la Escuela Histórica, y afirmaron que ese derecho germánico medieval, que se opuso en su momento al derecho romano, tenía como característico ir de la mano de la costumbre. Sin embargo, tanto los romanistas como desde fuera de Alemania a los germanistas se les consideró como los nacionalistas, lo que llevó a Hans THIEME⁵⁷ a afirmar después de la Segunda Guerra Mundial –y siendo conocedor de las circunstancias por las que había pasado Alemania–: “Queremos ser germanistas, pero en ningún caso nacionalistas”.

⁵⁵ Gierke, Otto., “La Escuela Histórica del Derecho y los germanistas (Discurso para la fiesta conmemorativa del fundador de la Universidad de Berlín, Rey Federico Guillermo III)” en *La Escuela Histórica del Derecho*, trad. por Atard, ed. Victoriano Suarez, Madrid, 1908, p. 140 y 175.

⁵⁶ Escudero López J.A., *Curso de Historia del Derecho*, autor-editor, Madrid, 2003, p. 53.

⁵⁷ *Ibíd.*

II.- APROXIMACIÓN HISTÓRICA DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO EN ESPAÑA

1.- ESPAÑA PRERROMANA

Nota característica de este apartado será la falta de textos jurídicos relativos a esta época lo que supone una carencia de información directa sobre el mundo del Derecho de estos pueblos. Para conocerlo es necesario acudir a fuentes indirectas, autores latinos y griegos principalmente de época helenística, entre los que destacan los siguientes: Polibio de Megalópolis, Diodoro de Sicilia, Estrabón de Amasía, Claudio Ptolomeo y Apiano de Alejandría⁵⁸.

Ello hace que moverse en el estudio de la costumbre como fuente del Derecho de la España prerromana sea caminar por un sendero lleno de penumbra que no deja ver bien por donde pisamos.

La lógica deductiva nos lleva a razonar que estos pueblos, al tratarse de pueblos primitivos, se regirían principalmente por normas jurídicas elementales, estas son las del Derecho consuetudinario, salvo en el caso de los turdetanos. En palabras de GARCÍA-GALLO⁵⁹, son ordenamientos jurídicos no formulados⁶⁰.

⁵⁸ Lista de autores dada por Pérez-Prendes, J.M., *Historia del Derecho Español*, Vol. I, ed. Universidad Complutense, Madrid, 1999, pp. 201 – 236.

⁵⁹ García-Gallo A., *Manual de Historia del Derecho Español*, T.I, autor-editor, Madrid, 1977, p. 180.

⁶⁰ *Ibid.* Los conceptos de ordenamientos jurídicos formulados y no formulados propios de García-Gallo van a estar presentes a lo largo de esta aproximación por lo que entendemos necesario aportar ahora una significación de los mismos. Por ordenamiento no formulado entiende aquellos ordenamientos que no tienen la mayor parte de sus preceptos exteriorizados de forma clara y precisa, ya que existe una convicción común de la población que no hace necesaria su redacción. Por ordenamiento formulado entiende aquellos ordenamientos que tienen redactado de diversas maneras, y de forma clara y precisa sus normas.

La costumbre jurídica de aquel tiempo, y cuya información nos ha llegado a nuestros días, nos permite diferenciar entre formas de organización de los grupos sociales. Así se distingue entre⁶¹:

- Sistema patriarcal: en base a suposiciones puede afirmarse que en épocas paleolíticas, o de caza, fue necesario la existencia de unas mínimas reglas de proceder en cuanto a la caza y al reparto de lo cazado, lo que se traduciría en un sometimiento a la persona considerada jefe. La caza, dedicada por exclusiva a los hombres, es lo que permite sostener la existencia del sistema patriarcal en dicha época.

Sin embargo este patriarcado no fue típico solo en épocas paleolíticas sino que en épocas pastoriles también se dio, ahora bien, este sistema patriarcal sería de carácter poligámico. Se trata de una época en la que todos los miembros del grupo, y no solo los hombres, deberían realizar labores diferentes, lo que necesitaría de unas reglas que favoreciesen a la unidad del grupo y reparto del trabajo.

- Sistema matriarcal: Estrabón es el autor que da luz e información sobre este sistema en época prerromana⁶². Se trató este de un sistema que se desarrolló entre los cántabros, aunque no fueron los únicos. Tres son sus principales instituciones jurídicas:

+ Régimen matrilineal: supone que en materias como la filiación o el parentesco se sigue la estructura femenina y no la masculina. Ello significa que cuando el hombre se casaba con la mujer debía abandonar sus tierras y casa para vivir en la casa de su mujer, ya que eran las hijas las que heredaban las propiedades, es decir, un sistema uxorilocal para el hombre.

+ Avunculado: se trata esta de una institución conforme a la cual corresponde al hermano de la mujer el gobierno sobre la familia, es

⁶¹ Seguimos aquí la línea mantenida por Escudero López J.A., *op.cit.* pp 93 – 105.

⁶² Estrabón, Geografía, III, 4, 18. “Entre los cántabros es el hombre quien dota a la mujer, y son las mujeres las que heredan y las que se preocupan de casar a sus hermanos: esto constituye una especie de ginecocracia, régimen que no es ciertamente civilizado”. Texto extraído de Escudero López, J.A., *op.cit.* p. 93.

decir, era el que mandaba sobre los hijos de su hermana, siempre y cuando el hermano no hubiese abandonado la familia para formar una él. Esta institución tiene como particular que es la mujer la que se dedica al cultivo de la tierra, por lo que el mando de la familia se otorga a su hermano. El padre por tanto quedaba relegado a una posición inferior respecto de su cuñado.

+ Covada: esta otra institución demuestra la valentía de las mujeres en la sociedad cántabra. Considera esta que, dedicándose la mujer al cultivo de la tierra, una vez hubiese dado a luz a su hijo –incluso en plena labor agrícola- cedía el lecho a su marido recibiendo este los cuidados mientras que la mujer volvía inmediatamente al cultivo de la tierra.

Esto por lo que respecta a la costumbre en el ámbito familiar

Respecto de la costumbre jurídica en el ámbito político y social hemos de hacer referencia a una serie de conceptos: gens y gentilidades; hospicio y hospitalidad. Se tratan todos ellos de conceptos latinos ya que se desconoce el nombre con el que los habitantes prerromanos de la Península Ibérica llamaban a esas instituciones en su lengua.

Estos conceptos se tratan de conceptos íntimamente relaciones entre sí como ahora veremos. Respecto de los primeros:

- Gens, o tribu: para los prerromanos por gens se entendía la comunidad política. La gens estaba compuesta por la unión de gentilidades.

- Gentilidades, o parentelas: supone la unión de varias familias pero que, sin embargo, dicha unión no tiene la consideración de gens. Es decir, las gentilidades se trata de una agrupación de familias con significación en la vida pública y que no llegan a constituir una comunidad

política. De estas gentilidades se derivan los derechos que son propios de cada uno de sus integrantes.

Las gentilidades por tanto se tratan de un grupo cerrado dentro de la comunidad política, un grupo cerrado que además determina los derechos de los individuos. En este sentido, es fácil que se ocasionase insolidaridad y falta de cohesión en la comunidad política, por ello fue necesaria la existencia de dos instituciones para dar remiando a esa problemática:

- Hospicio: mediante este pacto de hospicio un extraño o huésped a una gentilidad ingresa y es acogido en la misma, disfrutando de los mismos derechos que sus “integrantes originarios”. De esta forma el huésped pasa a ser considerado gentil.

- Hospitalidad: los pactos de hospitalidad son aquellos pactos que se daban entre dos gentilidades para lograr una equiparación jurídica entre ellas y así disfrutar todos sus miembros de iguales derechos y deberes.

La costumbre jurídica de estos pueblos prerromanos también tuvo gran importancia en los aspectos personal-militar. Especialmente en los pueblos iberos donde fueron importantes las instituciones de la clientela⁶³ militar y la *devotio* ibérica⁶⁴.

- Clientela militar: esta puede ser definida como una especie de pacto de hospicio, pero con la siguiente salvedad o diferencia, mediante este pacto no se otorgan iguales derechos al huésped sino que se crea un vínculo, un vínculo que además es personal o entre caballeros. En efecto, mediante la clientela militar el cliente -la parte considerada débil- se acoge a la protección del patrono -la parte fuerte- quien, a su vez, recibe los servicios o fidelidad del primero.

⁶³ Pese a que la clientela puede ser de otro carácter, se va a explicar la clientela militar por ser la más genuina de la época.

⁶⁴ Ramos y Loscertales, J.M., “La devotio ibérica. Los soldurios”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n 1 1924, pp. 7 – 26.

Esta clientela se constituía cuando el cliente prestaba juramento en el que reconocía al patrono como su jefe. La clientela militar no era indefinida y podía extinguirse por incumplir las partes cualquiera de sus obligaciones esenciales.

- *Devotio* ibérica: la *devotio* se configura como la clientela militar pero a la que se le añaden una serie de tintes supersticiosos o religiosos. Se trató de una clientela militar propia de España, de ahí su denominación. RAMOS la define de la siguiente manera: “una institución social artificial, no fundada en la sangre sino en una relación personal libremente contraída de fidelidad y servicios recíprocos, creada preferentemente para la guerra”.⁶⁵

Los tintes supersticiosos o religiosos hacen referencia a la siguiente característica que permite distinguir esta institución de cualquiera otra. Así los clientes con este juramento pedían a los dioses que prefiriesen su vida a la del patrono –jefe- para así salvar su vida en los combates y aniquilar al enemigo. En cambio, cuando era el patrono el que caía muerto en combate, los clientes –*soldurios*- debían considerarse indignos y consagrar su vida suicidándose.

2.- DERECHO ROMANO

El estudio de la costumbre en el ordenamiento jurídico romano es, cuanto menos, laborioso por las siguientes razones: a) por la falta de textos jurídicos directos que traten este asunto; b) porque los textos jurídicos de la época relacionados con la materia apenas tratan el tema o simplemente no lo nombran; c) por la concepción supersticiosa y religiosa de la costumbre tan diferente a nuestra concepción actual.

Un ejemplo de ello son los siguientes textos de juristas romanos. GAYO: “*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis,*

⁶⁵ Ramos y Loscertales, J.M., *op.cit.*, p. 7.

*senatus consultis, constitutionibus principis, edictis eorum, qui in ius edicendi habent, responsis prudentium*⁶⁶.

Puede observarse como en este texto del siglo II no se nombra a la costumbre⁶⁷ como fuente del derecho romano. Es por ello por lo que se debe acudir a otro texto: “*Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto*⁶⁸”. Este texto ya diferencia entre las fuentes de derecho escrito y las fuentes de derecho no escrito, sin embargo este debe ser completado ya que no hace referencia directa a la costumbre. Se completa con el texto de POMPONIO que dice: “*iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine ali, quam per latam legem*⁶⁹”, puede verse como por contraposición al *ius scripto -latam legem-* se afirma la existencia de un derecho incierto y de la *consuetudine –ius non scripto-*.

La incertidumbre que generan los textos jurídicos latinos hace necesaria a la investigación la remisión a fuentes no jurídicas, principalmente literarias, como son las obras de autores como Tito Livio, Varrón, Julio César, Macrobio o Cicerón⁷⁰.

La primera problemática a la que nos debemos enfrentar es la siguiente: ante la diversidad y universalidad terminológica que generan los conceptos *usus*, *mores* o *mores maiorum* ¿con qué término se designaba en Roma a la costumbre? Para ello seguiremos la línea mantenida por VEIGA⁷¹.

Usus no hace referencia a la costumbre en cuanto a fuente del Derecho sino que hace referencia a un modo de proceder habitual en la sociedad romana o en un espacio determinado de Roma pero que no

⁶⁶ Instituciones de Gayo; G.1.2.

⁶⁷ En cuanto al concepto latino de costumbre nos remitimos a lo explicado más adelante.

⁶⁸ Instituciones de Justiniano; I.1.2.3.

⁶⁹ Pomponio; D.1.2.2.

⁷⁰ La naturaleza de este trabajo nos ha impedido acudir a la cantidad de fuentes indirectas que hubiésemos querido, no obstante, hemos citado a los autores estudiados pese a que solo uno de ellos sea después desarrollado.

⁷¹ Veiga López M., “*Mores maiorum: ¿sistema moral o costumbre?*”, *Anuario Facultad de Derecho*, n. 5 1985, pp. 413 – 426.

constituye una obligación jurídica. Sirva este texto como ejemplo⁷², MARCIANO: “*Ovibus legatis agni non continetur; quamdiu autem agnorum loco sunt es usu cuiusque loci sumendum est, nam in quibusdam locis ovium número esse videntur, quum ad tonsuram venerint*”⁷³.

Mores por su parte tampoco serviría para nombrar a la costumbre, pues este concepto adquiriría una significación propia e independiente no estrictamente jurídica sino más bien moral, una posición mantenida también por GARCÍA-GALLO⁷⁴. Es esclarecedor el siguiente texto de PAULO: “*Quum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupili praeponatur*”⁷⁵. Paulo afirma que el tutor se nombra para la administración de los bienes y de las costumbres del pupilo, por ello el término *moribus* – costumbres- ha de entenderse como moral en cuanto el tutor ha de velar por el buen comportamiento del pupilo.

Mores maiorum es el concepto adecuado para referirse a la costumbre jurídica en Roma. Las referencias a ellas en las fuentes son escasas, y cuando se refiere a ellas se hace de forma genérica y marginal⁷⁶. Trataremos de demostrarlo con los siguientes textos.

POMPONIO con respecto al matrimonio de los libertinos dice: “*Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc ius moribus, non legibus introductum est*”⁷⁷, es decir, la prohibición de que los libertinos puedan contraer matrimonio con su madre o hermana libertina proviene de la costumbre y no de las leyes.

PAULO también hace una referencia a las costumbres en el ámbito de la familia: “*Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur comittere*”⁷⁸. Entiende que el incesto se comete cuando

⁷² También podría haberse incluido uno de Ulpiano el cual citamos, D.32.45.

⁷³ Marciano. D. 32.65.7

⁷⁴ García-Gallo A., *op.cit.*, 180.

⁷⁵ Paulo. D.2.26.7.12.3

⁷⁶ Veiga López M., *op.cit.*, p. 417.

⁷⁷ Pomponio. D. 23.2.8

⁷⁸ Paulo. D.23.2.39.1

se contrae matrimonio con aquellas mujeres que les prohíbe la costumbre.

Esto por lo que respecta al derecho de familia. Vemos que se suceden una serie de referencias a la costumbre que evidencian la regulación de instituciones jurídicas –como es una determinada prohibición respecto del matrimonio- pero de forma poco clara en la mayoría de ocasiones.

En el ámbito de lo jurisdiccional también encontramos ejemplos, como puede ser la imposibilidad de que las mujeres y esclavos puedan ser jueces. PAULO dice a este respecto: “*quídam enim lege impediuntur, ne iudices sint; quidam natura, quidam moribus. [...] Moribus faemine, et servi, non quia non habent iudicium*⁷⁹ⁿ”.

Si, por el contrario, acudimos a fuentes literarias no es difícil encontrarse con otros términos distintos y que, sin embargo, hacen referencia a la costumbre. En este sentido puede verse como JULIO CÉSAR, al comienzo de su obra *De bello gallico*, dice a propósito de los tres pueblos en que se divide la Galia: “*Hi omnes lingua, institutis, legibus inter se differunt*⁸⁰ⁿ”, nos encontramos con un texto que contrapone *institutis* -costumbres⁸¹- a *legibus* –leyes-. La problemática surge a la hora de saber a qué se refiere el autor realmente con *institutis*. El tenor del texto parece decirnos que se refiere a costumbre jurídica ya que de haber querido referirse a hábitos sin valor jurídico hubiese utilizado el concepto anteriormente citado *usus*, y no el de *institutis* cuyo terminología evoca claramente a las instituciones –jurídicas- de los pueblos primitivos.

⁷⁹ Paulo. D.5.1.12.2

⁸⁰ Julio Cesar, De Bello Gallico, I.I.2.

⁸¹ En la segunda edición revisada de la Editorial Gredos aparece traducido por YEBRA y ESCOLAR como “instituciones” y “costumbres”.

Siguiendo con los *mores maiorum*, la dificultad para establecer su origen y naturaleza es problemática, como ya advirtió el propio JULIANO: “*Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*”⁸².

El romanista KASER⁸³ entendía que los *mores maiorum* eran un conjunto de normas indiferenciadas, de carácter religioso y de costumbres.

La nota a la que se refiere el carácter religioso es la tradicionalmente aceptada en la doctrina romanista. Para ello hemos de atender a la posición del *ius* en la época arcaica del Derecho romano, y a los *mores maiorum* como su principal fuente⁸⁴. En efecto, en la Roma primitiva los ciudadanos que conformaban el “estado romano” se aglutinaban más por cuestiones religiosas que para cuestiones políticas. Todo ello derivó en la concepción de Derecho-religión. Es por esto que en sus orígenes el *ius* aparece designado como *ius augurale* o *ius pontificium*. En opinión de VEIGA este carácter religioso ha de entenderse correctamente, esto es, visto no como una creencia o credo sino más bien como una cuestión de superstición –heredada de los antiguos etruscos-.

El profesor VEIGA dice a este respecto: “Las ideas morales contenidas en las viejas costumbres estaban envueltas en la santidad del culto pero estaban ligadas al deber impuesto en la *domus* y el Estado”⁸⁵.

Será en las consecuencias que surjan por la transgresión de los *mores maiorum* donde se acentúa más nítidamente el carácter religioso. Estos actos-atentados suponían la ruptura con la *pax deorum* lo que a su vez generaba una situación de impureza y de enemistad con los dioses únicamente purificable con la *lustratio*. Todo ello iba indisolublemente unido con el *régimen morum*, conforme a este el censor, al finalizar el

⁸² Juliano. D.1.3.20.

⁸³ Veiga López M., *op.cit.*, p. 418.

⁸⁴ Existen, sin embargo, autores como KUNKEL que entienden que la fuente del *Derecho* en la época arcaica fueron la Ley de las XII Tablas y las leyes. *Vid.*: Kunkel, W., *Historia del Derecho romano*, trad. por J. Miquel, ed. Ariel, Barcelona, 2012, p. 37 - 47.

⁸⁵ Veiga López M., *op.cit.*, p. 419.

census, realizaba un rito religioso para eliminar las imperfecciones causadas por contravenir los *mores maiorum*.

El establecimiento del *régimen morum* en el año 443 a.C. tendrá una serie de efectos con el tiempo, destacando el siguiente: los *mores maiorum* irán adquiriendo cada vez más un valor de comportamiento ciudadano correcto, valor distinto al de su origen como fuente propia del derecho de la familia y de la *gens*.

Dicho con otras palabras, estas costumbres pasaron de tener un carácter jurídico-religioso a un carácter moral. Sin embargo, algunos *mores maiorum* continuaron manteniendo el carácter jurídico al ser incluidos en la Ley de las XII Tablas⁸⁶, de tal forma que fueron las costumbres no incluidas las que acogieron los censores para establecerlas como los principios morales que regían la ciudadanía romana –con base en la moral y no en el Derecho-.

Para finalizar, y como consecuencia de todo lo anteriormente explicado es que encontramos en la doctrina romanista diferentes posturas en cuanto a la naturaleza:

- KASER defendió que los *mores maiorum* establecían deberes sociales con fondo ético⁸⁷.

- MASCHI, por su parte, los concibe como anteriores a la ley, por tratarse de conceptos propios de la estirpe que se han sucedido a través del tiempo⁸⁸.

- y, por último, SCHERILLO entendió que eran por un lado verdaderas normas jurídicas para la *gens* y por otro lado norma de costumbre para el ordenamiento de la *civitas*⁸⁹.

⁸⁶ Cuya fecha tradicional se ha situado en el año 450-451 a.C.

⁸⁷ Kaser M., *Storia del Diritto Romano*, trad. por Martini, ed. Cisalpino-Goliardica, Milán, 1977, p. 57.

⁸⁸ Maschi C., *Storia del Diritto Romano*, ed. Vita e pensiero (Università Cattolica del Sacro Cuore), Milán, 1979, p. 70.

3.- DERECHO VISIGODO

La costumbre en el derecho visigodo plantea, con carácter primario, una problemática sobre su naturaleza: ¿fue la costumbre visigoda una costumbre heredada de los usos germánicos o, por el contrario, es la supervivencia de las antiguas tradiciones romanas y tardío romanas?

Sin ánimo de extendernos en demasía sobre esta cuestión –ya que de hacerlo podríamos elaborar un trabajo independiente a este- sí que es nuestra intención nombrar sus notas generales. La doctrina estudiosa del tema se dividió en dos grandes grupos⁹⁰: a) aquellos que defendían el germanismo de la costumbre visigoda –cuyos principales estandartes fueron FICKER⁹¹ e HINOJOSA⁹²; y, b) aquellos que defendieron la pervivencia romana en los usos godos –destacando GARCÍA-GALLO⁹³ y PETIT⁹⁴. Los primeros mantuvieron que los visigodos que incurrieron en la Península Ibérica no perdieron su derecho germánico consuetudinario tradicional, y si bien afirmaron que una elite visigoda si se romanizó posteriormente dijeron que esa elite fue cediendo terreno a favor de las costumbre germanas. Los romanistas sostienen la profunda romanización de los habitantes de la Península y la imposibilidad de que un grupo minoritario de germanos pudiese imponer sus costumbres a una sociedad romanizada y fuertemente apegada a sus propias costumbres, además de

⁸⁹ Scherillo G., Dell’Oro A., *Manuale di Storia del Diritto Romano*, Milán, 1967, p. 45.

⁹⁰ Seguimos aquí la clasificación dada por Escudero López., J.A., *op.cit.*, p. 194.

⁹¹ Ficker J., *Sobre el íntimo parentesco del Derecho godo-hispánico y el noruego-islandico*, trad. por Rovira Armengol, ed. Universidad de Barcelona, Barcelona, 1928.

⁹² Hinojosa, E. de, *El elemento germánico en el Derecho español*, Obras T.II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pp. 405 – 470.

⁹³ García-Gallo, A., “Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.44 1974, pp. 343 – 464.

⁹⁴ Petit, C., “Consuetudo y mos en la Lex Visigothorum”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 54 1984, pp. 209 – 252.

que la romanización de los visigodos fue total al emplear el latín como lengua vehicular⁹⁵.

PETIT, en su texto “*Consuetudo y mos en la Lex Visigothorum*”, será el único que lleve a cabo una profunda investigación sobre la costumbre visigoda de forma ajena –aunque no del todo- a la problemática anterior⁹⁶. En esta obra se limita al estudio de la *consuetudo y mos* a la luz de la *Lex Visigothorum*- en adelante LV-. Lo que trata de solucionar el autor es si realmente los términos *consuetudo y mos* que aparecen en los textos visigodos jurídicos hacen referencia a una costumbre.

A continuación procederemos a exponer algunos de los textos jurídicos visigodos en los que se hace referencia a la costumbre, analizados por PETIT -cuya postura consideramos la más razonable-.

La LV 3,4,2 (*Antiqua*) dentro del título *de adulteriis* dice:

“Si puella vel mulier sponsata adulterasse reperiatur.

Si inter sponsum et sponsae parentes aut cum ipsa fortisam mulierem, que in suo consistat arbitrium, dato pretio et, sicut consuetudo est, ante testes factum placitum de futuro coniugo fuerit definitum, et postea puella vel mulier adulterium commisisse detegitur, una cum adultero puniatur, aut certe ei, qui sponsus fuerat, ambo tradatur, ut de eis quod voluerit faciendi habeat potestatem, et pretium ad illum sponsum, qui dederat, revertatur.”

Lo que hace es entender como adulterio el no cumplir con los esponsales, siendo la costumbre celebrar este contrato ante testigos.

⁹⁵ Esto se ha de poner en relación con lo que se expone en el punto I.2.4 en lo relativo a la naturaleza del *Derecho* medieval español.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 210: “*El título de mi trabajo, intencionadamente limitado, obliga además a excluir esta suerte de consideraciones más generales, sin perjuicio de que la aportación final del mismo se refiera de alguna manera a la polémica sobre el germanismo del <<nuevo Derecho>> altomedieval [...]*”.

Ante la falta de legislación e información anterior –sobre los esponsales-PETIT⁹⁷ concluye que lo más seguro es que lo relativo en dicho texto a la *consuetudo* se tratase de un glosema realizado con posterioridad. Ahora bien, recuerda que Chindasvinto actuó contra los que incumplían una promesa de matrimonio futuro declarando irrevocables los contratos de esponsales donde se entregaban arras ante testigos, sin que fuese necesario presentar la promesa de matrimonio en documento escrito. Esto lleva a afirmar que se trataba la entrega de arras ante testigos de un uso en materia matrimonial cuyo efecto era la irrevocabilidad. Se trataba por tanto de una costumbre *praeter legem*.

También hace referencia a la *consuetudo* la LV 8,5,1 (*Antiqua*):

“De porcis in glande presumtive an placite missis

Qui porcos in silva sua tempore glandis invenerit, primum custodi aliquid velut pigneris tollat iudicum et domino pastoris vel parentibus mandet, ut, si convenerit, usque ad tempus decimarum porcos in silva sua permittat, et pignus quod pastori tulerat, reformare procuret.

Quod si noluerit porcos illius in silva sua intromittere decimandos, et ille eos alia vice in silva sua invenerit, etiam si porci pauci fuerint, unum exinde qui silvam suam devendit occidat. Si autem plures porci fuerint, duos tollat et presumat occidere et nullam calumniam per timescat; et nihilominus tertia vice eum, cuius porcos invenit, admoneat, ut porcos suos in silvam eius, si voluerit, introducat et decimum iuxta consuetudinem solvat. Quod si nec tunc voluerit de dandis decimis definire, et ille eos tertia vice in silva sua qui interdixit invenerit, decimum ex omnibus pro suo iure presumat. Si vero aliquis sub pactione decimarum porcos in silva intromittit aliena, et usque ad brumas porci in silva alterius paverint, decima sine ulla contradictione persolvat. Nam si post brume tempus porcos suos in silva, quam conduxerat, noluerit retinere, vicensimum caput, sicut est consuetudo, domino silve cogatur exolvere .”

⁹⁷ *Ibíd.* p. 218 – 220.

Este precepto regula la contraprestación económica que se debe al dueño de una *silva* por pastar en ella un grupo de cerdos que no son suyos. La contraprestación viene determinada por la costumbre y esta era la de un cerdo de cada diez que pasten –pasando a ser propiedad del dueño del bosque- o bien una renta que se corresponde a la mitad de lo anterior cuando hayan pastado pasado el tiempo de invierno y no lo quisiese retener.

Lo característico de esta ley es que las rentas consistentes en una décima o vigésima parte son una costumbre de ámbito rural, exigible aun no existiendo pacto. Se trata esta de una solución que también podemos encontrar en las fuentes del derecho franco, en ellas esta décima parte es denominada *cellarensis*, sin embargo no tienen el mismo carácter ya que mientras en el primer caso se trata una cantidad debida entre particulares, en el caso de la *cellarensis* es una cantidad debida al fisco –pues se utilizaban los campos del rey para pastar los cerdos-. Por ello no es posible afirmar que una influyó sobre otra –la visigoda sobre la franca, por ser aquella anterior-, dada esta diferencia, pareciendo más correcto acudir a un origen común a ambas.

Este origen común, en efecto, lo encontramos en la tradición romana. El *cellarium* se trataba de una institución jurídica romana recogida tanto en el *Codex Theodosianus*⁹⁸ como en el Breviario de Alarico. En base a todo ello, PETIT entiende que se trataba de una figura jurídica de derecho fiscal romano, cuya fórmula sirvió a los particulares para determinar la cantidad debida en dichas rentas. En definitiva, “*El canon decimal sería, entonces una supervivencia romana que a título de consuetudo acepta la legislación de visigodos y francos*⁹⁹”.

Todo lo anteriormente expuesto se ve reforzado por la LV 10,1,19 (Recesvinto):

⁹⁸ CT1.22.4. “*Ceterum neque comiti, neque rectori provinciae plus aliquid praetabitur, quam nos concessimus in annonis seu cellariis [...]*”

⁹⁹ Petit, C., *op.cit.*, p. 228.

“Si pro acceptis rebus promissio non solvatur.

Si quis terram , vineam aut aliquam rem aliam pro decimis vel quibuslibet commodis prestationibusque reddendis per scripturam aut quamcumque definitionem ita ab alio acceperit possidendam , ut ille , qui dat , sic sub alicuius exsolutionis debito det , ne videatur ius rei sue amittere voluisse , quidquid debet qui rem accepit , etiam sine sollicitudinem domini ipse sollicitus reddat . Nam quamvis consuetudo vel promissio exoluta non fuerit , de rebus suis pars domini excludi non poterit , quia non voluntate istius , qui dedit , sed fraude illius , qui rem accepit , videtur commotio rei domino conmoventi . Si vero ille, qui rem accepit, consuetudinem aut promissionem differet adimplere, quodcumque de promisso vel consueto debet, rei domino in duplum exsolvat. Nam si ita reddere promissum aut consuetum dissimulet, ut dominum rei legum tempus excludat, usque ad quinquaginta annos rem cum aumento solius laboris, quod ille fecit, amittat.”

La presente ley regulaba como disfrutaba un cultivador directo la tierra ajena, estando unido al dueño de la tierra por pacto agrario o por precario. De esta relación surgían una serie de obligaciones a favor del dueño de la tierra, cobrando especial importancia a lo que nosotros respecta la obligación económica. El precepto menciona tanto la décima parte como el canon de costumbre, siendo lo habitual que la renta por el disfrute de la tierra fuese de la décima parte de lo obtenido en ella.

Por último, se ha de hacer referencia a la LV 9,2,6 (*Antiqua*):

De his, qui annonas distribuendas accipiunt vel fraudare presumunt.

Hoc iustum elegimus , ut per singulas civitates vel castella quicumque erogator annone fuerit constitutus , comes civitatis vel annone dispensator , annonam , quam eis est daturus , ex integro in civitatem vel castello iubeat exhiberi et ad integrum eis restituere non moretur . Quod si contigerit, ut ipse comes civitatis aut annona rius per negligenciam suam , non habens aut forsitan nolens , annonas eorum dare dissimulet , comiti

exercitus sui querellam deponant, quod annonas eorum eis dis pensatores tradere noluerint . Et tunc ille prepositus hostis hominem suum ad nos mittere non moretur, ita ut numerentur dies, ex quo annone eorum iuxta consuetudinem eis inplete non fuerint. Et tunc ille comes civitatis vel annonarius, quantum temporis eis annonas consuetas subtraxerat, in quatruplum eis invitus de sua propria facultate restituat. Similiter et de his, qui in thiufa fuerint dinumerati, observari precipimus.

Lo que trataba esta ley era de evitar la corrupción entre funcionarios y clase noble para así garantizar la recaudación de suministros y su entrega a las tropas. De tal forma que si retenían lo recaudado o simplemente no se recaudaba, funcionarios y condes deberían responder de los perjuicios con sus propios patrimonios hasta el cuádruplo. Sin embargo en este precepto PETIT¹⁰⁰ subraya que la *consuetudo* no ha de entenderse como un verdadero uso jurídico pues no establecía ni las cantidades que se debían recaudar ni fijaba los tiempos en que debían recaudarse o entregar.

El análisis científico elaborado por PETIT de estos textos –y otros en los que se hace referencia al *mos*- le ha llevado a concluir con los siguientes resultados¹⁰¹:

1.- La mayor parte de los textos en que se mencionan términos como *consuetudo* o *mos*, no hablan de un verdadero derecho consuetudinario.

2.- Únicamente tienen el carácter costumbre jurídica la *consuetudo* a que se hace referencia en las tres primeras leyes anteriormente citadas.

3.- Esta costumbre visigoda no puede, como pretenden los germanistas, fundarse en la costumbre nórdico-germana sino que, por el contrario, debe entenderse como herencia de la tradición jurídica romana.

¹⁰⁰ *Ibíd.* p. 232.

¹⁰¹ *Ibíd.* p. 239.

4.- SISTEMAS JURÍDICOS MEDIEVALES ESPAÑOLES

Al igual que con el Derecho visigodo¹⁰², los sistemas jurídicos medievales hispanos plantean en la doctrina la misma duda sobre su naturaleza: ¿fue ese derecho hispano fruto de los elementos jurídicos germanos, romanos o de derechos primitivos? Del mismo modo que con la problemática visigótica la doctrina se divide en dos grandes posturas¹⁰³: una primera que defiende el carácter germano del derecho hispano medieval, denominados germanistas (<<tesis germanista>>); una segunda que aboga por negar ese carácter germánico y afirmar el romano, llamada esta corriente como <<revisión crítica¹⁰⁴>>.

Aquellos que defendieron el germanismo del derecho visigodo español, mantendrán también que, después de la invasión musulmana, ese derecho germano será la base en la que se sustente el Derecho del medioevo español. Por ello junto con los nombres ya dados de FICKER e HINOJOSA¹⁰⁵ aparecerán otros como MUÑOZ y ROMERO¹⁰⁶ y MENÉNDEZ. Las investigaciones a las que llegan y de las que extraen su tesis son las siguientes¹⁰⁷: a) el Derecho medieval español es homogéneo en toda la Península Ibérica, al presentar los mismos caracteres; b) estos caracteres, además, son bien distintos de los contenidos en el último gran código visigodo, el *Liber Iudiciorum* –un conjunto normativo fuertemente romanizado-; c) la coincidencia de estos caracteres en lugares tan remotos y aislados dentro de la Península hace suponer que se debe a la supervivencia de un sistema de derecho único para todos y anterior a la invasión musulmana, este es el sistema visigodo; d) el arraigo que presenta, así como sus diferencias con el *Liber*, indican que se trata de un

¹⁰² Vid. II.3.

¹⁰³ Al igual que en el punto anterior, exponemos la clasificación dada por Escudero López, J.A., *op.cit.*, pp. 399 – 405.

¹⁰⁴ El hecho de que se llame a esta teoría <<revisión crítica>> responde a un elemento temporal, esto es, al ser la teoría germanista la primera en el tiempo, esta segunda tesis que surgió contra ella no pudo sino “criticar” a la primera.

¹⁰⁵ Vid. II.3 y notas al pie de página 91 y 92.

¹⁰⁶ Muñoz y Romero será el primero en sugerir este germanismo.

¹⁰⁷ García-Gallo, A., *Consideración crítica*, pp. 410 – 411.

sistema consuetudinario; y, e) este Derecho regula instituciones jurídicas coincidentes con las de los países germánicos, por lo que este es evidentemente germánico.

MENÉNDEZ¹⁰⁸ destacó como los antiguos cantos germánicos eran entonados luego como canciones por los godos en España formándose así la epopeya medieval española. Este mismo proceso es el que habría vivido, *mutatis mutandis*, el derecho consuetudinario germano al ser rescatado luego en los textos jurídicos medievales. Finaliza su argumentación indicando una serie de costumbres primitivas germanas que se dieron en la España de los siglos XI y siguientes: la venganza de sangre, la responsabilidad colectiva de los miembros de una familia o comunidad por los delitos cometidos por alguno de sus miembros, los jurados solidarios, la prenda extrajudicial y el duelo judicial.

Esta tesis fue objeto de duras críticas por parte de la doctrina destacando dos principales nombres: GARCÍA-GALLO y siguiendo sus tesis ESCUDERO.

GARCÍA-GALLO realizó una revisión crítica dirigida tanto a MENÉNDEZ como a FICKER e HINOJOSA. En su obra *El carácter germano de la épica y del Derecho en la Edad Media española*¹⁰⁹ resalta que las instituciones jurídicas anteriormente reseñadas por MENÉNDEZ se dieron ciertamente en el derecho germánico pero también en otros pueblos primitivos no germanos, como de la España prerromana incluso algunas de esas también se daban en el derecho musulmán. De tal forma que si se acepta la metodología empleada por MENÉNDEZ podría afirmarse que la base del derecho medieval podría haber sido el de los pueblos primitivos o el ordenamiento jurídico musulmán.

¹⁰⁸ Menéndez Pidal, R., *Los godos y el origen de la epopeya española*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1956, pp. 11 – 57.

¹⁰⁹ García-Gallo, A., “El carácter germano de la épica y del Derecho en la Edad Media española”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 25 1955, pp. 583 – 679.

Dirigiéndose contra las tesis de HINOJOSA y FICKER, en la obra ya referenciada¹¹⁰ realiza las siguientes observaciones: a) la imposibilidad de que una minoría de 200.000 godos pudiese imponer a una mayoría de millones de romanos sus costumbres obligando a estos últimos a abandonar las suyas; b) la metodología empleada por FICKER e HINOJOSA es inoficiosa ya que generalizan para toda la Península un carácter o una institución que no se tiene constancia que se diese e todo el territorio hispano, es decir, conciben una unidad de Derecho que hoy en día es imposible de afirmar; c) no es posible afirmar que se mantuvo vigente un sistema de derecho consuetudinario germánico ya que formularios de la época demuestran que hubo una convivencia de sistema legal y costumbre, y no una oposición entre uno y otro en la que saliese vencedora la costumbre; d) la propia naturaleza de la costumbre impidió que el carácter del derecho medieval fuese germánico ya que la costumbre precisa siempre de un pueblo que viva conforme a ella, y por ello no es posible afirmar su pervivencia en lugares en donde no habitaron godos o simplemente se encontraban deshabitados, no ocurre lo mismo con las leyes escritas –típicas del Derecho romano vulgar- las cuales podían retomarse en cualquier momento posterior, lo que le lleva a concluir que la costumbre de la Edad Media no pudo ser herencia de la germánica; e) el fenómeno social, cultural, económico y político de la Repoblación que vivió el territorio peninsular tampoco nos invita a aceptar el germanismo del derecho medieval, ya que la repoblación se realizó con gentes del norte, muchos de los cuales no solo habían huido de los musulmanes sino que habían permanecidos casi “independientes” al sistema visigodo¹¹¹ manteniendo sus arcaicas costumbres, siendo estas las que implantaron en los nuevos territorios reconquistados; y, enlazando con lo dicho a MENÉNDEZ, f) los caracteres germanos no tienen por qué ser nórdicos solo porque coincidan con lo dispuesto en un texto –tal y como pretendió FICKER-, sino que pueden deberse a pueblos primitivos

¹¹⁰ García-Gallo, A., *Consideración crítica*. pp. 412 – 422.

¹¹¹ Como el propio Pelayo.

peninsulares, en concreto los celtas, los cuales pertenecen culturalmente y étnicamente al mismo grupo que los germanos.

ESCUDERO¹¹² sigue las propuestas de GARCÍA-GALLO y añade las siguientes notas: a) Que la objeción al carácter germano del Derecho medieval español sigue en pie; b) que la mayor aplicación y vigencia del *Liber Iudiciorum* en el territorio peninsular opera a favor del carácter romano, y que en aquellos lugares en que no se encontrase vigente ocurriría lo contrario; y por último, c) hay que evitar cualquier generalización en el debate sobre la naturaleza del Derecho medieval ya que encontraremos influencias germánicas, visigodas, francas y romanas.

En cuanto al papel de la costumbre en el ordenamiento jurídico medieval este será muy importante en lo general, y por ello la costumbre como fuente fuerte –por tener un origen íntimamente relacionado con la sociedad- gozará de un papel preminente. Esto se traducirá en que las leyes que se vayan promulgando en el Medioevo consistirán básicamente en recopilaciones de costumbres. Por ello dirá GROSSI: “*Consuetudo es lex en potencia mientras que la lex es una costumbre certificada y sistematizada*¹¹³”. Una afirmación esta mantenida por otros autores de la doctrina historiográfica, por ejemplo CALASSO: “di consuetudini local, che, come a suo tempo osservammo, eran destinate a rappresentare la base originaria e spontanea delle codificazioni del diritti locale nell’epoca nuova¹¹⁴.”

El estudio de esta época exige dividirla en dos grandes grupos, los cuales fueron calificados por LALINDE, aunque modificadas por ESCUDERO¹¹⁵, como: a) un primer periodo de pluralismo normativo; y, b) un segundo periodo de integración normativa. Ahora bien, esta dispersión e

¹¹² Escudero López, J.A., *op.cit.* pp. 403 – 404.

¹¹³ Grossi, P., *El orden jurídico medieval*, trad. por Tomás y Valiente y Álvarez, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 103

¹¹⁴ Calasso, F., *Medio evo del Diritto*, ed. Dott. A. Giufré, Milán, 1954, p. 411.

¹¹⁵ Escudero López, J.A., *op.cit.* p. 399.

integración no pueden ser estudiadas temporalmente de forma homogénea en toda España ya que estará condicionado por el avance de la Reconquista¹¹⁶.

En los territorios de Castilla y León, siguiendo la tónica general antes aludida, se inició una labor desde instancias públicas de fijar por escrito el derecho conforme al cual vivían las gentes, un derecho consuetudinario. Es necesario diferenciar la situación de Castilla de la de León, como hace notar MICELI¹¹⁷. Junto a esta diferenciación nosotros entendemos que también es necesario diferenciar, a su vez, la situación de la Castilla condal –que es la analizada por MICELI- del territorio que compuso entonces Castilla la Vieja.

En Castilla –condal- el derecho visigótico dejó de aplicarse con rapidez, promulgándose en su lugar los fueros concedidos por reyes castellanos a los distintos territorios –por ejemplo, el de Castrojeriz, Alcalá de Henares, Medinaceli o Sepúlveda-, y en ninguno de estos fueros se recoge el término *consuetudo*, ni *usus* o *mos*. Aparecerá en cambio el término <<foro o fuero¹¹⁸>>, sin embargo, este término se refiere a las instituciones jurídicas o a los derechos de un pueblo no necesariamente consuetudinarios¹¹⁹. Es por ello por lo que no se puede concluir de forma segura que en Castilla existió un derecho consuetudinario a raíz de los documentos de la época, ahora bien, esta afirmación debe matizarse ya que el propio GARCÍA-GALLO afirma que: “El Derecho de la Alta Edad Media es un ordenamiento no formulado, sentido y compartido por todos, pero carente de preceptos concretos, salvo sobre unos pocos aspectos, al que se designa ahora con el nombre de *fueros* o *costumbres*¹²⁰”. Lo que nos lleva a concluir que, pese a que no encontremos en estos textos

¹¹⁶ Esto es lo que explica que entre las Partidas –texto de la época de integración- y los *Furs* de Valencia –de la época de pluralismo- disten solo 27 años.

¹¹⁷ Miceli, P., *Derecho consuetudinario y memoria*, tesis doctoral, U. Carlos III, Madrid, 2012.

¹¹⁸ Fuero de Sepúlveda: “Yo Alfonso el rey y mi esposa Inés, nos place desde nuestra propia voluntad, confirmamos a Sepúlveda su foro que tuvo en tiempo antiguo de mi abuelo y en tiempo de los condes Fernán González, [...]”.

¹¹⁹ Miceli, P., *op.cit.* 77.

¹²⁰ García-Gallo, A., *Manual de Historia*, p. 181.

términos que hagan referencia a la costumbre de forma directa, sí encontramos el concepto foro o fuero que, como se ha dicho antes, puede hacer referencia a instituciones jurídicas consuetudinarias, unas instituciones estas que debieron aplicarse en aquellos lugares en donde se aplicaban estos textos “carentes de preceptos concretos”.

Menor problemática genera el caso de Castilla la Vieja pues en esta zona las costumbres gozaron del papel de núcleo germinal del Derecho, pese a que fueron sufriendo una serie de cambios, sobre todo a partir del siglo XII. Algunos pueblos llevaron a cabo la labor de poner por escrito dichas costumbres lo que facilitó que fueran extendiéndose por el territorio castellano y fueran asumidas por los otros pueblos, al igual que los privilegios. Todo ello condujo a la necesidad, finalmente, de poner escrito ese Derecho que se había extendido por todo el territorio de Castilla la Vieja: *Libro de los Fueros de Castilla*, y el llamado *Fuero Viejo*¹²¹.

El caso de León fue diferente al castellano, la influencia del *Liber Iudiciorum*, la aplicación de este en distintos territorios del reino leonés, y la huida a León de mozárabes procedentes del sur permitieron que en las nuevas redacciones de las leyes y fueros encontremos con más frecuencia términos cuya traducción al español sería costumbre: *consuetudines*, *usus* y *mos*. El primero de los términos -*consuetudines*- no puede ser defendido en la actualidad como una referencia al derecho consuetudinario –entendido como fuente que emana de la voluntad del pueblo-, sino que se relaciona con las concesiones que los reyes hacían a la gente noble del territorio¹²². En resumen, el primero de los términos hace referencia a las obligaciones que la comunidad debe al señor. El segundo término –*usus*- no es muy citado en los textos jurídicos directos, y en aquellas ocasiones en las que rara vez aparece lo hace para

¹²¹ Escudero López, J.A., *op.cit.* 437.

¹²² Fuero de Sahagún: “*Estas consuetudines y fueros, según la voluntad del abad y la comunidad de los monjes, di yo, Alfonso, emperador, a los hombres de San Facundo para que con ellos le sirvan como señor, en plena sumisión y humildad.*”

designar leyes anteriores¹²³. Al igual que en el caso anterior este concepto tampoco nos evoca a la idea de un derecho consuetudinario, pues lo que hace es renviar a una a una norma cuyo origen es legal. Y, por último, el tercero –*mos*- aparece también en los textos jurídicos pero de una forma intermitente, y se trata de un concepto que también nos remite a la legislación anterior¹²⁴ aludiendo a la forma de proceder ante los reyes y las gentes nobles.

Por todo ello, y pese a la aparición de los conceptos anteriores, no es posible afirmar que en León estuviese vigente un derecho consuetudinario con carácter general¹²⁵. Ahora bien, aunque estos términos en ocasiones no se refieran a verdaderas costumbres, sí que hacen referencia a prácticas, cuya observancia en muchas de ellas es inmemorial¹²⁶, por lo que no afirmar la existencia de la costumbre en el territorio de León se trata de una conclusión extrema, y que difícilmente podemos compartir.

En otros territorios, sobre todo los pertenecientes a la Corona de Aragón¹²⁷, en cambio la plasmación de las costumbres en un texto jurídico se verá más evidente en el propio nombre que se dé a dicho texto jurídico. Ahora bien, cabe tener en cuenta que los términos *usatges*, *consuetudines* o *costums* harán referencia a unos textos, preceptos o privilegios que en ocasiones no tienen por qué haber sido fruto de una costumbre¹²⁸.

En Aragón la costumbre será especialmente importante en aquellas comunidades y lugares pirenaicos que o bien quedaron al margen de la invasión musulmana o bien fueron rápidamente reconquistadas por los

¹²³ Fuero de Sahagún.: “Y el abad y los monjes los defiendan y amen como a hombres suyos. Y los montes, las cosas y las heredades del monasterio se gobiernen pacíficamente según sus usos y leyes antiguas, por mano del abad y de los monjes”.

¹²⁴ Fuero de León: “De igual modo, los que solieron ir al fonsado con el rey, con los condes o con los merinos, vayan siempre según la tradición”.

¹²⁵ Miceli, P., *op.cit.* p. 94.

¹²⁶ García-Gallo, A., *Manual de Historia*, p. 186.

¹²⁷ Seguiremos aquí las conclusiones de Escudero López, J.A., *op.cit.* pp. 477 – 489.

¹²⁸ García-Gallo, A., *Manual de Historia*, p. 186.

reyes francos¹²⁹. Se tratan de comunidades que no llegaron a conocer de primera mano la legislación visigoda pero que la aplicaron como derivado de formularios. Afirmar rotundamente que ese ordenamiento jurídico fue consuetudinario no es posible por la falta de fuentes, por ello ESCUDERO¹³⁰ concluye diciendo: “Cabe en suma decir, por lo que sabemos y por lo que ignoramos, que ese derecho altopirenaico debió ser rudimentario y costumbrista”.

Cataluña, en cambio, vivirá una situación un tanto diferente. La población catalana aplicaba la legislación visigoda, incluso esta se mantuvo tras la invasión y conquista por musulmanes y francos¹³¹, sin embargo solo imperó allí donde no fue combatido por el antiguo Derecho consuetudinario –*usu terrae*-¹³². Esta antigua costumbre visigoda pervivió, y convivió junto con otro Derecho consuetudinario –en palabras de HINOJOSA- nacido de las nuevas “circunstancias económicas y sociales en el orden de las relaciones civiles¹³³”. Este fue el punto de partida, su evolución después en los distintos territorios que componen la actual Cataluña fue la que sigue¹³⁴.

En Barcelona regirán las llamadas *Consuetuts* -siglo XIV- que consistirán en recopilación de costumbres. Estas *Consuetuts* estarán formadas a su vez por un doble cuerpo legislativo: las *Ordinacions* y los *Recognoverunt proceres*. De entre estas dos destaca la última ya que fue consecuencia de la exigencia de los barceloneses de que se reconociesen antiguos privilegios y costumbres que tenían.

En Lérida, en el siglo XIII, ante la problemática por no saber si debía aplicarse el Derecho no escrito, un cónsul llamado Guillermo Botet,

¹²⁹ Escudero López, J.A., *op.cit.*, p. 463 entiende que la dependencia de los aragoneses a los reyes francos será mas teórica que real, algo que sin duda favoreció la pervivencia de la costumbre en aquellos pueblos.

¹³⁰ *Ibíd.* p. 464

¹³¹ Iglesia Ferreirós, A., “La creación del Derecho en Cataluña”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 47 1977, pp. 99 – 423.

¹³² *Ibíd.* p.100.

¹³³ *Ibíd.* p.103

¹³⁴ Seguimos aquí las conclusiones de Escudero López, J.A., *op.cit.*, p. 477 – 489.

redactó las costumbres de la ciudad para, según su entender, acabar con la incertidumbre que imperaba. Estas llevarán por nombre *Consuetudines Ilerdenses*, destacando el sistema de prelación de fuentes previsto: en primer lugar se aplicarían las costumbres recogidas en el texto; en su defecto, se aplicarían los *Usatges*¹³⁵; y por último, algunos preceptos del *Liber Iudiciorum*.

Tortosa vivirá una situación de inestabilidad singular, pues cedida en el siglo XII por Ramón Berenguer IV a la Orden del Temple, no serán pocos los conflictos jurídicos -respecto de la interpretación del derecho no escrito- entre los templarios y los ciudadanos de Tortosa. Esto fue resuelto finalmente en a finales del siglo XIII en donde ciudadanos y eclesiásticos acuerdan que los primeros redactasen un texto recogiendo las costumbres para, posteriormente, ser aprobado por los segundos. Así surgieron las *Costums* de Tortosa. El sistema de prelación de fuentes previsto era el siguiente: en primer lugar se aplicarían las propias costumbres; en su defecto se aplicarían los *usatges*; y, por último, el derecho común.

Gerona redactará la obra jurídica más completa de Cataluña con relación a las anteriores, pero sin embargo no gozará de reconocimiento oficial. Se sucedieron distintas obras privadas realizadas por juristas propios de la ciudad, destacando la realizada por Tomás Mieres en el siglo XV. Esta obra, las *Consuetudines* de Gerona, recopilaba las costumbres dando cabida no solo al Derecho feudal sino también en buena medida el Derecho romano.

En Mallorca, la costumbre tendrá una gran importancia práctica como así puede verse por el establecimiento de las 4 etapas que diferencia el profesor Piña¹³⁶ a la luz del estudio del sistema de prelación de fuentes y su evolución en la Mallorca medieval. La primera etapa, *Consolidación del*

¹³⁵ A efectos aclaratorios, los *usatges* fueron un *Derecho* nuevo que nació en Cataluña ante la imposibilidad de aplicar el *Derecho* visigodo a las instituciones jurídicas medievales propias.

¹³⁶ Piña Homs, R., *La creación del Derecho en el Reino de Mallorca*, ed. Cort, Mallorca, 1987.

derecho consuetudinario, abarca todo el siglo XIII desde la conquista, y se trata de una época que en lo civil se aplicaban las costumbres propias y en lo penal los *usatges*; una segunda etapa, *Afirmación nacionalista*, se desarrolla durante la primera mitad del siglo XIV, y es una época en la que en lo jurídico se aplican en primer lugar las costumbres propias o *bons usos*, franquezas o privilegios; en segundo lugar los *usatges*; y por último, el *ius commune*. La tercera etapa, *Integración en el Principado de Cataluña*, que va desde la segunda mitad del siglo XIV hasta la primera mitad del siglo XV, se caracteriza por la aplicación del derecho territorial catalán a la vez que emerge un derecho propio mallorquín, siendo el *ius commune* fuente supletoria, la costumbre propia como fuente esencial se ve suplida por el derecho catalán y el propio mallorquín. Por último, la cuarta etapa, *Estabilización del sistema de fuentes*, supone el mantenimiento de la tercera etapa con la consagración del derecho mallorquín autóctono.

El Reino de Valencia vivió una situación particular por las circunstancias de la Reconquista. Esta situación se caracterizó por la confluencia e influencia de distintos ordenamientos jurídicos –de Aragón, Cataluña y Castilla principalmente, así como el romano- ya que en las zonas reconquistadas del norte y de Castellón los textos jurídicos tenían influencias de los tres ordenamientos anteriormente mencionados, mientras que en Valencia, els *Furs* o la *Costum* -siglo XIII-, tenía influencia claramente romana. Por otro lado, junto con esta amalgama, iba emergiendo el Derecho valenciano autóctono. Por lo que refiere a la costumbre, ESCUDERO¹³⁷ considera –en lo referente a los textos jurídicos otorgados a los pueblos del norte y de Castellón- que si bien se concedieron fueros de otras localidades hispanas, no por ello se debe suponer la implantación de las costumbres de dichos pueblos ya que la repoblación se practicó con gentes muy diversas siendo imposible que

¹³⁷ Escudero López, J.A., *op.cit.*, p. 486.

podiesen imponer sus distintas costumbres a un pueblo que, por el contrario, es lógico que siguiera con sus propias costumbres. En cuanto a la costumbre en los *Furs* de Valencia, BAS, jurista del siglo XVII, advirtió que los *Furs* no fueron sino la recopilación de costumbres no escritas que, para evitar que se olvidasen, se transcribieron¹³⁸. Este jurista también destacó que todas aquellas costumbres que no se pusieron por escrito también disfrutaron del carácter de Derecho foral valenciano cuando fuesen introducidas legítimamente en el ordenamiento¹³⁹.

Todas estas obras normativas se comprenden dentro de la etapa mencionada de pluralismo normativo. Durante esta etapa la costumbre, como se ha intentado demostrar, funcionó como una fuente de derecho, como una *lex non scripta* que además servirá a los juristas de las diferentes zonas como instrumento para buscar las soluciones jurídicas que finalmente se redactaron por escrito. A esta época de pluralismo y dispersión normativa le siguió otra de integración normativa.

Será dentro de la siguiente fase, la de integración normativa, donde encontremos Las *Siete Partidas* –o Las *Partidas*–, en palabras de GARCÍA-GALLO, “el cuerpo legal más famoso y característico de nuestro pasado¹⁴⁰”. Fruto de la actividad legislativa de Alfonso X el Sabio en 1265, Las *Partidas* suponen la superación del pluralismo normativo y la consagración del derecho castellano erigiéndose hasta hace pocos siglos como arquetipo paradigmático de obra jurídica.

¹³⁸ Bas y Galcerán, N., “Theatrum jurisprudentiae forensis valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae”, P. I, Praeludium, n. 129 : “*Fori nostri in sui principio, nihil aliud fuerunt, quam consuetudines non scriptae, introductae tanquam ius non scriptum, et ne illorum memoria facile amitteretur, conscripti fuerunt, et ex consuetudinibus, facti fuerunt fori*”.

¹³⁹ *Ibíd.* n. 130: “*Et equum est, quod consuetudines legitime introductae, etiam si scriptae inter foros non inveniantur, tanquam leges observentur, et in hoc statutis, et foris nostris equiparentur, [...] Consuetudo enim equiparatur, non solum statuto, sed privilegio*”.

¹⁴⁰ García-Gallo, A., “El <<libro de las leyes>> de Alfonso el Sabio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 21-22 1951-1952, p. 345.

Es en esta verdadera enciclopedia humanística y doctrinal¹⁴¹ donde encontramos por primera vez una extensísima regulación de la costumbre en su papel de fuente del Derecho.

Procedemos ahora a un análisis de la regulación que se dio a la costumbre en aquella época, que puede decirse que fue la época de máxima afirmación de la costumbre jurídica.

En la Primera de las *Partidas*, observamos un Título II llamado “*Del uso, de la costumbre, del fuero.*”

Encontramos por tanto una triple diferenciación en el título pues distingue claramente el uso de la costumbre y estas dos las distingue a su vez del fuero. Al comenzar establece cuales son las dos fuentes del llamado *derecho comunal*: la *ley scripta* y la *costumbre antigua* “que vale tanto como ley”.

Por lo que se refiere al uso este es definido como aquella cosa que nace de lo que el hombre dice y hace continuamente durante un tiempo largo. Este uso además debe atender al bien común y no puede generar daño, destaca también que el uso debe realizarse de forma pública y no a escondidas de tal forma que lo sepan los conocedores del Derecho y razón¹⁴². Cinco fueron los requisitos exigidos en las *Partidas* para considerar que el uso *gana tiempo*¹⁴³: 1.- el uso debe provenir y generar bien y no mal; 2.- que el uso se realice públicamente y conociéndolo; 3.- que al hacer el uso se sepa que se está haciendo y que genere bien tanto

¹⁴¹ Escudero López, J.A., *op.cit.*, p. 450.

¹⁴² *Partidas*. I.II.II: “sea a pro comunal e sin daño: e no deue ser fecho afurto ni escondido: mas en manera que lo sepan e se paguen los que fueren conosçedores de rason e de *Derecho*.”

¹⁴³ *Partidas*. I.II.III: “Las razones porque el uso gana tiempo son çinco maneras. La primera si se faze de cosa que puede venir bien e no mal asi como ya diximos. La .ij. que sea fecho paladinamente e con grand consejo La .iij. que aquellos que del vsan que lo fagan a buen entendimiento e con plazer de aquellos en cuyo poder son o de los otros sobre que ellos han poder. La .iiij. si non va contra los *Derechos* establecidos no seyendo primeramente traydos. La .v. si se faze por mandado del señor que ha poder sobre ellos”

en quien lo hace como en quien lo recibe; 4.- que no vaya en contra de los derecho ya concedidos; y, 5.- que se realice por mandamiento del señor que tiene el poder.

La regulación que Las *Partidas* dedica a la costumbre consta de tres leyes. La primera de estas leyes define la costumbre como el derecho o fuero no escrito pero que ha sido usado por el pueblo para ayudarse de él. A continuación¹⁴⁴ el texto legal procede a diferenciar entre costumbre especial y costumbre general, cuya definición es la misma que la dada anteriormente¹⁴⁵. Para que la costumbre regulada en las *Partidas* pudiese tener efectos era necesario que: 1.- naciese del *Populus* –pueblo-, entendiendo por tal el ayuntamiento de gentes y otros hombres menores; 2.- que fuese realizado por todo ese pueblo o la mayor parte del mismo durante 10 o 20 años; 3.- que lo sepa el señor y no solo no sea contrario a ella sino que la tenga como buena; 4.- dicha costumbre deberá ser conforme a la razón y no puede ser contraria al derecho natural y al bien común debiéndola poner a sabiendas¹⁴⁶. Destaca el papel que en la regulación de la costumbre se otorga a la razón, así como el papel que ocupa con respecto a las leyes¹⁴⁷. Ya entonces se contemplaba la

¹⁴⁴ Partidas. I.II.IV: “E son dos maneras de costunbre La primera es aquella que llaman en latin specialis: que quiere tanto dezir commo costunbre que es vsada en algund lugar señalado. E esta deue ser guardada en aquel lugar señalado e no en otro. La .ij. es dicha general: que quiere tanto dezir commo costunbre que es guardada generalmente por todo el reyno.”

¹⁴⁵ Vid. I.4.

¹⁴⁶ Partidas. I.II.V.: “Populus en latin: tanto quiere dezir en romanze commo ayuntamiento grande tan bien de caualleros commo de otros onbres de menor guisa: e tal pueblo commo este o la mayor partida del si vsaren .x. o .xx. años fazer alguna cosa commo en manera de costunbre sabiendolo el señor de la tierra & no la contradiziendo puedela fazer e deue ser tenuta e guardada por costunbre: si en este tiempo fueren dados dos iuyzios por ella. esto mismo seria quando contra (2) tal costunbre en el tiempo sobre dicho alguno porfiase su demanda o su querella o dixiese que no era costunbre e el iudgador ante quien acaesçiese tal contienda no reçibiese tales querellas commo estas o iudgase que era costunbre en todo refusingo las razones de aquellos que la querian contradezir. e otrosi dezimos que la costunbre que el pueblo quiere poner e vsar della deue ser con razon e no contra *Derecho* natural ni contra pro comunal de toda la tierra e deuenla poner a sabiendas e no por yerro ni por antojo. ca si de otra guisa la pusiesen no seria co costunbre mas corronpimiento de buenas maneras. E por ende quando tal fuese no deue ser guardada ni puede aprouecharles ni anpararse por ella los que la vsasen avnque dixiesen que de antiguo tienpo fuera asi vsado porque quando el onbre vsa e faze mal tanto faze mayor yerro contra dios e al rey e a la tierra e contra si mismo.”

¹⁴⁷ Partidas. I.II. VI.: “Fuerça muy grande ha la costunbre quando es puesta con razon asi commo diximos. ca las contiendas que los onbres han entresi de que no fablan las leyes

costumbre como instrumento interpretativo cuando existiesen ambigüedades en la ley escrita¹⁴⁸. Sin embargo, lo que a nosotros resulta más singular es que las *Partidas* reconocen a la costumbre poder suficiente como para derogar leyes antiguas a ella cuando el rey así lo consintiese, ahora bien distingue según se trate de costumbre especial o general: si es general derogará la ley en todo el territorio; si por el contrario fuese especial únicamente derogaría la ley en el territorio en donde estuviese vigente y tuviese efecto la costumbre¹⁴⁹. Paralelamente a ello se establecen los modos en que la costumbre puede caer y perder su juridicidad: en primer lugar, por otra costumbre posterior que sea mandada por el señor y usada por los hombres por entender que era mejor que la primera; en segundo lugar, por ley o fuero posterior contraria a la costumbre¹⁵⁰.

Comparada con la regulación de ahora que se limita a establecer la posición de la costumbre en el sistema de prelación de fuentes actual y unos pocos elementos de ella –que no todos-, esta regulación de la costumbre es una regulación amplísima en la que se nos ofrece: a) un concepto de costumbre; b) los elementos necesarios para saber cuando una costumbre se convierte en tal; c) la fuerza prioritaria que se otorga al requisito de la razón en la costumbre y su posición para con las leyes escritas como fuente de derecho ambas; d) el reconocimiento de la costumbre como criterio interpretativo de las leyes; e) otorgamiento de un

escriptas puedense librar por la costunbre que fuese vsada sobre las razones sobre que fue la contienda. E avn ha fuerça de ley.”

¹⁴⁸ Partidas. I.II.VI: “Otro si dezimos que la costunbre puede interpetrar la ley quando acaesçiese dubda sobre ella que asi commo acostunbraron los otros de la entender asi deue ser entendida e guardada.”

¹⁴⁹ Partidas. I.II.VI.: “E avn ha otro poderio muy grande que puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas ante que ella pues que el rey de la tierra lo consintiese vsar contra ella tanto tiempo commo sobre dicho es o mayor esto se deue entender quando la costunbre fuese vsada generalmente en todo el reyno. mas si la costunbre fuese espeçial: estonçe no desataria la ley sino en aquel lugar tan solamente do fuese vsada.”

¹⁵⁰ Partidas. I.II.VI.: “E desatase la costunbre en dos maneras avnque sea buena. la primera por otra costunbre que sea vsada contra aquella que era primeramente puesta por mandado del señor e con plazer de los de la tierra entendiendo que era mas su por que la primera segund el tiempo e la sazón en que la vsasen La .ij. si fuesen despues fechas leyes escriptas o fuero que sean contrarios della. ca estonçe deuen ser guardadas las leyes o el fuero que fueron despues fechas e no la costunbre antigua.”

poder especial consistente en derogar las leyes; y, f) cuando se entienden derogadas las costumbres.

Esta regulación amplísima hizo que fuese utilizada hasta la reforma del actual Título Preliminar del Código Civil para completar la escasa mención que en el art. 6 CC se hacía de la costumbre.

Años más tarde, siendo Alfonso XI rey, las Cortes de Alcalá promulgaron en 1348 el *Ordenamiento de Alcalá*, un texto jurídico en donde se observa la influencia interesada de la monarquía castellana por monopolizar en sus manos la creación del Derecho. Así puede verse en su Título XXVIII *Por que leys se pueden librar los pleytos*, que recoge el sistema de prelación de fuentes, en concreto lo encontramos en su Ley Primera: “*Como todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys de este Libro; et lo que por ellos non se pudiere librar, que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas*”. Este sistema de fuentes quedaría así: en primer lugar, el propio *Ordenamiento*; en su defecto, se regirán por los *Fueros* de las ciudades; y en tercer lugar, se aplicaría lo dispuesto en las *Partidas*¹⁵¹. Es patente que esta “Ley de Prelación” no menciona a la costumbre como fuente del Derecho, sin embargo, su posición de tal no se vio oscurecida por el texto de esta Ley de Prelación como se pretendió con su redacción, pues el propio *Ordenamiento* la menciona en algún precepto¹⁵².

¹⁵¹ Ordenamiento de Alcalá; Titulo XXVIII. I: “*Queriendo poner remedio convenible à esto establecemos, è mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas, que se vsaron, salvo en aquellas cosas que Nos fallaremos que se deben mejorar, è emendar, è en las que son contra Dios, è contra raçon, è contra Leys, que en este nuestro libro se contienen, por las quales leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos ceviles è creminales; é los pleitos, è contiendas que se non pudieren librar por las Leys deste nuestro libro, è por los dichos fueros, mandamos que se libren por las Leys contenidas en los Libros de las siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandò ordenar*”.

¹⁵² Ordenamiento de Alcalá; Titulo XXVII. II.

5.- DERECHO MODERNO

El Derecho moderno español se caracterizará por las circunstancias imperantes de aquella época, especialmente por la consolidación del Estado Moderno en Europa. Esto producirá un cambio en sus fuentes. Se implanta la concepción de que es el Estado el que debe dictar las normas e imponerlas a la sociedad, en vez de aceptar su origen social para luego hacerlas obligatorias; esto junto con la multiplicación del Derecho escrito desemboca en un gran número de normas que harán necesaria la labor de agruparlas todas ellas en un solo texto jurídico, ordenado por materias, en donde se eliminen incoherencias y redundancias: el Derecho moderno, por tanto, es el Derecho de las *recopilaciones*.

Durante este tiempo se sucedieron diversas recopilaciones, encargadas por los Reyes Católicos. En 1484 vieron la luz las *Ordenanzas Reales de Castilla* –también llamado *Ordenamiento de Montalvo* en honor a su autor, Alonso Díaz de Montalvo-, en 1503 el *Libro de las Bulas y Pragmáticas*, pero a lo que la costumbre interesa lo encontramos en unas leyes dictadas un año después de morir Isabel “la Católica”, las *Leyes de Toro* de 1505 en cuya Ley Primera se reconoce la falta de aplicación práctica de la Ley de Prelación de Alcalá y ensalza la costumbre¹⁵³ -pero siempre afirmando la postura a favor del derecho legislativo-, en palabras de FLORIS: “La primera Ley de Toro reconoce que aquella <<Ley de Prelación>> había sufrido un considerable grado de erosión por el alud de costumbres, incompatibles con ella¹⁵⁴”. En este sentido puede decirse que las leyes de Toro, si bien reconocen la mayor importancia del Derecho escrito -como hizo el *Ordenamiento de Alcalá*-, también consideran el papel y valor de la costumbre.

¹⁵³ Ley de Toro I: “Otro sí en hechos dlos rieptos sea guardado aquel vso y aquella costubre que fue vsada y guardada en el tiempo de los reyes y en el nuestro”.

¹⁵⁴ Floris Margadant, G., “La consuetudo contra legem en el Derecho indiano, a la luz del ius commune”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n.1 1989, pp. 169 – 188, cit.p. 170.

Fueron los pensadores renacentistas los que, con sus teorías, defendieron el papel de la costumbre al afirmar que el mejor sistema de producción legal era el que equilibrase las leyes de la Corona con las costumbres del pueblo, para ello no dudaron en volver la vista atrás hacía las Partidas –y por consiguiente, al *ius commune*-. Sirva de ejemplo la glosa de Gregorio López¹⁵⁵ a las Partidas, o el comentario de Antonio Gómez¹⁵⁶.

En 1567, durante el reinado de Felipe II se publicó un cuerpo legal llamado *Recopilación de las leyes de estos reinos* o *Nueva Recopilación*. Sin embargo este texto no presentó ninguna novedad, únicamente se limitó a excluir las normas no usadas del *Ordenamiento de Montalvo* y les incorporó las *Leyes de Toro*. Esta *Nueva Recopilación* fue aumentando y completándose con el paso de los años con leyes aprobadas por los reyes, hasta que surgió en 1805 la *Novísima Recopilación* la cual rescató, al igual que la *Nueva*, la Ley Primera de la de Toro, que recordemos, consagraba la clara preferencia del derecho legislado frente a la costumbre.

Por su parte en los territorios de la Corona de Aragón se fue acabando de formar y perfeccionar un Derecho propio junto con sus fueros, como ya se ha mencionado en el punto II.4.

Sin embargo, este Derecho propio de los reinos de la Corona de Aragón verá su freno y extinción a principios del siglo XVIII por la promulgación de los Decretos de Nueva Planta. Estos Decretos, aprobados por Felipe V –vencedor de la Guerra de Sucesión-, supusieron la puesta en práctica de los deseos que circulaban por Castilla y sus reyes desde Felipe II, esto

¹⁵⁵ “*Inducitur consuetudo ex uso populi per tempos decem et viginti annorum, sciente domino et non contradicente, et si dicto tempore tricies fuerit per eam iudicatu... Item non debet esse irrationabilis, vel contra ius naturale, sed bonum commune, nec per errorem debet introduci, qui alis esset corruptela et no teneret*”.

¹⁵⁶ Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro. “*En defecto de ley será atendible el Derecho Romano. No encontrándose ley del reyno canónica o civil de los romanos, se ha de estar á la costumbre legítimamente inducida por el tiempo de 10 años, y pluralidd de actos que á este fin se hayan practicado. En defecto de todo lo expuesto debe gobernar la razón natural, como cimientto de todo el Derecho, y de la qual éste no puede desviarse*”.

es, el deseo de convertir las Coronas de Castilla y Aragón en un reino único centralizado, como ya habían hecho los reyes franceses en el siglo XVI, bajo el lema “un rey, una ley, una moneda”. La victoria en la Guerra de Sucesión le servirá a Felipe V para tratar los territorios derrotados como territorios conquistados e imponer su régimen jurídico.

Los primeros reinos afectados fueron el de Aragón y Valencia, por el Decreto de 1707¹⁵⁷ -reproducimos su texto para exponer lo extremo de sus palabras-. Las consecuencias fueron especialmente duras con Valencia pues supuso la extinción total del derecho civil privado valenciano, entre otras notas características. En lo referente a las costumbres puede verse como a lo largo del texto del Decreto se incide en su derogación para aplicar las de Castilla, consideradas por el propio monarca como “loables y plausibles”.

Después se promulgaría el Decreto de 1715 y el de 1716, que afectaron a Mallorca y a Cataluña respectivamente. Dictados a la luz de la experiencia del Decreto de 1707, Cataluña y Mallorca y Aragón compartieron una característica de la que no gozó Valencia, y es que Felipe V, al acabar la Guerra les concedió a los tres reinos primeros la recuperación de su derecho autóctono algo que sin duda favoreció el mantenimiento de sus

¹⁵⁷ Escudero López. J.A., *op.cit.* p. 643: “Considerando haber perdido los Reynos de Aragón y Valencia, y todos sus habitadores por el rebelión que cometieron faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron como a su legítimo rey y señor, todos los fueros, privilegios, exenciones y libertades que gozaban y que con tal liberal mano se les había concedido, así por mi como por los señores reyes mis predecesores particularizándolos en esto de los demás reynos de esta Corona; y tocándome e dominio absoluto de los referidos Reynos de Aragón y de Valencia, pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente posea en esta Monarquía, se añade ahora la del justo Derecho de la conquista que de ellos mis armas con el motivo de su rebelión: y considerando también, que uno de los principales atributos de la soberanía es la imposición y derogación de leyes, las cuales con la variedad de los tiempos y mudanzas de las costumbres podría yo alterar aun sin los graves y fundados motivos y circunstancias que hoy concurre para ello en lo tocante a los de Aragón y Valencia; he juzgado por conveniente (así por esto como por mi deseo de todos mis reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos y costumbres y tribunales gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo) abolir y derogar enteramente, como desde luego por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, practicas y costumbres hasta aquí observadas en los referidos reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad, que estos se reduzcan a las leyes de Castilla y al uso, practica y forma de gobierno que tiene y ha tenido en ella y en sus tribunales sin diferencia alguna de nada”

costumbres tradicionales. De esta medida no se vio agradecido el Reino de Valencia, el cual tuvo que asumir una progresiva falta de autonomismo y creciente castellanización, tanto jurídicamente o culturalmente.

Esta es la situación de la costumbre durante la etapa del Derecho moderno español, debiéndose diferenciar dos grandes ámbitos territoriales donde esa evolución –como hemos tratado de demostrar con los párrafos anteriores- fue bien diferente.

Junto a lo ocurrido en estos territorios peninsulares no debe olvidarse que el comienzo de la Edad Moderna en España supuso el comienzo de la colonización en territorio americano y la consiguiente necesidad de hacer una referencia en este trabajo al ordenamiento jurídico indiano o derecho indiano. Por derecho indiano debemos entender aquel conjunto de reglas jurídicas que se aplicaron en las Indias. Este derecho indiano en sentido amplio se componía por las siguientes normas: 1) por las normas escritas promulgadas expresamente para las Indias, o derecho indiano en sentido estricto, diferenciando entre las dictadas en España por las Cortes de Castilla (derecho indiano peninsular) y las dictadas en las Indias (derecho indiano criollo); 2) las normas del derecho castellano; y, 3) las costumbres indias de cada territorio. No es fácil advertir que estas costumbres en muchas ocasiones no serían conformes a las leyes, a Dios y la razón, lo que se tradujo, en palabras de FLORIS, en “el paraíso, no solo de las *consuetudines praeter legem* sino inclusive de las *consuetudines contra legem*¹⁵⁸”.

La primaria intención de aplicar el derecho originario de Castilla no fructificó por diversas razones: el derecho castellano resultaba insuficiente para regular las situaciones del Nuevo Mundo, no podía organizar a una población que culturalmente era distinta a la europea, y no podía organizar dichos territorios nuevos de la misma manera que los

¹⁵⁸ Floris Margadant, G., *op.cit.* p. 172.

peninsulares porque eran territorios totalmente diferentes y extraños... Por lo que se hizo necesario aplicar un derecho especial, el derecho indiano en sentido estricto. Este último también tuvo una evolución significativa, pasó de aplicarse automáticamente en las Indias las normas dictadas por las Cortes de Castilla (derecho indiano peninsular), a ser necesario el refrendo de un consejo especial (el Consejo de las Indias), para finalmente ir perdiendo peso a favor del derecho que dictaban las autoridades regionales (derecho indiano criollo), pues la grandeza geográfica del continente descubierto hacía imposible su regulación jurídica desde una única Corte situada a miles de kilómetros de distancia. Sin embargo, Castilla nunca proporcionó a las Indias letrados con inteligencia jurídica suficiente como para dictar normas que realmente pudiesen ser efectivas para los indígenas¹⁵⁹. Por lo que todo ello desembocó en una pasividad por parte de la fuerza colonizadora a la hora de legislar, otorgando leyes solo para cuando no existiese costumbre indígena que regulase dicha materia, unas costumbres que incluso fueron trasplantadas a otros territorios nuevos cuando así lo estimaban oportuno los reyes y virreyes.

Se intentó dotar de coherencia a toda esta amalgama de normas que formaban el derecho indiano en sentido amplio, por lo que se encargaron una serie de recopilaciones siguiendo el modelo castellano. Se sucedieron muchas no aprobadas, y muchos proyectos hasta que en 1680 se promulgó la *Recopilación de las leyes de Indias*. En esa época existían cerca de medio millón de normas, de las cuales solo 15.000 fueron tomadas para realizar la Recopilación, quedando finalmente en 6.400, pese a que se dictó con carácter general también permanecieron en vigor una serie de normas no recopiladas¹⁶⁰. A esto habrá que sumar las leyes indianas posteriores a la Recopilación, y las profundas reformas

¹⁵⁹ *Ibíd.* p. 173

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 6; Escudero López, J.A., *op.cit.* p. 701 también recoge las cifras aunque difieren de las expuestas por FLORIS en su trabajo. Sin ánimo de decantarnos por uno o por otro, incorporamos aquí el número de leyes que ESCUDERO entiende que pasaron a la *Recopilación*: 5723.

que se iniciaron con Felipe V. Formalmente, leyendo la Recopilación vemos como el sistema de prelación de fuentes deja a la costumbre en último lugar^{161, 162}. Sin embargo, en la práctica, esta Recopilación tampoco funcionó, y no consiguió la pretendida seguridad jurídica, por ello fue frecuente que se aplicasen costumbres indígenas con carácter prioritario a las leyes escritas, las cuales pese a no ser válidas conforme a las normas recopiladas sí fueron aceptadas por la opinión pública y por los propios superiores¹⁶³.

En conclusión, mientras la costumbre castellana peninsular comienza con el Derecho moderno un declive que sigue en la actualidad por no ser capaz de superar al derecho legislado, la costumbre indígena en cambio comienza un ascenso llegándose a proclamar, incluso en algunas ocasiones, vencedora frente al derecho legislado.

6.- LA COSTUMBRE EN LOS DERECHOS RELIGIOSOS: CANÓNICO, MUSULMÁN Y JUDÍO¹⁶⁴

La vigencia de estos ordenamientos jurídicos religiosos en España a lo largo de la Historia hace necesaria su explicación en este trabajo, vamos a analizar la situación de la costumbre en cada uno de estos tres

¹⁶¹ Recopilación de las Leyes de Indias II.I.II.: “*Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe provee por las leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestros reinos de Castilla conforme a la de Toro, así en cuanto a su substancia resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar*”.

¹⁶² Recopilación de las Leyes de Indias II.I.IV.: “*Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su bien gobierno y policía, y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro [...] por la presente aprobamos y confirmamos, [...] y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos*”.

¹⁶³ Floris Margadant, G., *op.cit.* p. 177.

¹⁶⁴ Era nuestra intención inicial hacer un pequeño análisis histórico de la costumbre en estos ordenamientos jurídicos religiosos, sin embargo, y al igual que con otros puntos, nos ha sido imposible y por ello hemos incidido en los aspectos básicos que presenta la costumbre en tales ordenamientos.

derechos, una situación bien distinta entre cada uno de ellos. Empezaremos explicando la situación de la costumbre en el Derecho canónico, que como se verá, es el ordenamiento jurídico religioso que más regulación le otorga y el único que la reconoce como fuente del derecho; después explicaremos el Derecho islámico para finalizar con el Derecho judío.

A modo de introducción, el Derecho canónico está formado por Derecho divino (el cual procede de Dios) y por Derecho humano (que tiene su origen en los hombres), siendo el primero límite del segundo.

Para estudiar la costumbre en el Derecho canónico vamos a acudir al *Codex Iuris Canonici* de 1983 –en adelante CIC-, en concreto a su Libro I De las normas generales, Título II De la costumbre (cánones 23 a 28). La costumbre se trata de la segunda fuente del Derecho humano canónico, ahora bien, la particularidad que nos ofrece este derecho religioso es que no se puede dejar la creación del derecho al arbitrio de una comunidad de fieles ya que necesita siempre la aprobación de Cristo y la autoridad eclesial.

Las razones¹⁶⁵ que se dan para el mantenimiento de la costumbre como fuente del derecho canónico son diversas: históricas, porque desde sus orígenes así ha sido considerada, y además encuentra fundamento en el propio Concilio Vaticano II¹⁶⁶; de conveniencia, por ser el mejor criterio para interpretar las leyes¹⁶⁷; de necesidad, porque la Iglesia Católica significa Iglesia Universal, y en esa universalidad de culturas radica la necesidad de la costumbre para poder atender a todas ellas.

Recogidos en los cánones 23 a 26 los requisitos de la costumbre canónica son los siguientes:

¹⁶⁵ Cortés Diéguez, M. M., “Las fuentes del *Derecho Canónico*” en Cortés Diéguez, M. M. y San José Prisco, J. (Coord.), *Derecho Canónico*, ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2006, p. 108.

¹⁶⁶ LG 12: “*El pueblo de Dios participa de la función profética de Cristo. Por su sensus fidei no puede equivocarse cuando todo él cree en materia de fe y costumbres. [...]*”

¹⁶⁷ Canon 27 CIC 1983.

1.- Que sea introducida por una comunidad de fieles que sea capaz de ser sujeto pasivo de una ley, ex canon 23 y 25. Evidentemente deberá tratarse de una comunidad de fieles católicos aunque el texto no incorpore este último término. Además también se exige que sean capaces de ser sujetos pasivos de una ley porque el propio canon 23, al principio, recoge que la costumbre "*Tiene fuerza de ley*".

2.- Esta costumbre no deberá ser contraria al derecho divino, debe ser razonable, no reprobada y aprobada por el legislador, ex canon 23 y 24. Esta es la principal particularidad de la costumbre canónica a la que ya se ha hecho referencia en unas líneas mas arriba. Las tres primeras notas significan que siendo el derecho divino limite del humano la costumbre no puede ir en contra suyo, y que debe tratarse de una costumbre que tienda al bien general de la comunidad de fieles y sea posible cumplirse.

Requisito esencial es también que sea aprobada por el legislador, esta aprobación puede darse de las siguientes formas: que el legislador observe un uso social de una determinada comunidad y decida aprobarlo de forma individual; o bien que el legislador establezca unos requisitos legales para la costumbre de tal forma que al nacer un uso social y este cumplir los requisitos puede considerarse aprobado.

3.- La costumbre debe ser observada durante un tiempo determinado, ex canon 26. El plazo que se establece en la ley es de 30 años completos y continuos para las costumbres contra ley y las costumbres extralegales. Ahora bien, si una ley canónica contiene una cláusula que prohíbe las ulteriores costumbres contrarias a ella solo tendrán ese efecto las costumbres centenarias o inmemoriales.

Una excepción al cómputo de este plazo de 30 años continuos y completos es que el legislador haya aprobado la costumbre antes de que pasen esos 30 años, en cuyo caso exime el requisito del plazo temporal.

Sensu contrario, si el legislador manifiesta su voluntad contraria a la existencia de esa costumbre también paraliza el cómputo.

Para el completo entendimiento de este último requisito es necesario hacer referencia a las clases de costumbre dentro de la materia canónica. Así debemos distinguir los siguientes grupos:

1.- Por el territorio: universales, que tienen vigencia en toda la Iglesia; particulares, si solo están vigentes en un determinado territorio.

2.- Por su relación con la ley: extralegales, cuando se encuentran al margen de la ley y la completan; *contra legem*, cuando son contrarias a la ley y, por ejemplo, permiten algo que la ley prohíbe o dejan sin efecto la ley. Dentro de estas hemos de diferenciar entre las reprobadas, las cuales se consideran que deben eliminarse totalmente del ordenamiento; y las simplemente contrarias, las cuales también deben eliminarse pero sin embargo se admite su existencia cuando el propio CIC lo permite o cuando siendo centenarias o inmemoriales su supresión podría causar un perjuicio mayor.

3.- Por su perduración en el tiempo: costumbre en sentido estricto que es aquella que cumple con los plazos de tiempo anteriormente referidos; centenarias, aquellas que superan los 100 años; inmemoriales, aquellas de las que nadie recuerda su origen.

Por último, en el canon 28 se regula la cesación de la costumbre, se rige por el siguiente principio: una costumbre o ley posterior deroga a la costumbre contraria anterior, aunque no se mencione. Sin embargo encontramos tres excepciones: no rige este principio respecto de las costumbres anteriores al CIC; por su parte las costumbres inmemoriales y centenarias solo se revocan cuando una ley lo diga expresamente;

mientras que las costumbres particulares no se entenderán revocadas por ley universal a no ser que expresamente lo diga.

El experto en Derecho musulmán, LÓPEZ, al realizar una enumeración de las fuentes de ese derecho finaliza diciendo “En cambio se echa de menos en esta enumeración la costumbre [...]”¹⁶⁸. Por lo que debemos partir de que la costumbre no es ciertamente una fuente del derecho musulmán, el cual se entiende que emerge de la voluntad de Alah -*fons essendi*-.

Ahora bien, esta primera consideración general no debe eximirnos del deber de estudiar las fuentes del ordenamiento jurídico islámico pues existen una serie de circunstancias que, a nuestro juicio, permiten destacar en ellas el papel de la costumbre como tal, pese a que no sea una fuente auténtica y verdadera del Derecho islámico.

En primer lugar, la *Sunna* o Tradición Profética –lo que dijo e hizo Mahoma- se trata de una de las fuentes del derecho musulmán. Esta conducta llevada por el Profeta se externalizó de tres formas diferentes: 1) aquellas cosas que decía, las cuales adquirieron el valor de preceptos extra coránicos –por encontrarse fuera del Corán-; 2) aquellas conductas que realizó, las cuales fueron consideradas como arquetipo de comportamiento necesario de imitar; y, 3) lo que consintió, en especial, aquellos hechos y costumbres que no reprobó y por tanto aceptó tácitamente. Es en la segunda y tercera manera de externalización donde encontramos una relación de este fuente del Derecho –*Sunna*- con la costumbre, pues, si el comportamiento de Mahoma fue tomado como imperativo ejemplo a imitar por toda la comunidad islámica por así considerarlo como beneficioso y la costumbre se trata de la repetición de un comportamiento por una comunidad que lo ha considerado beneficioso para solución de problemas ¿Qué diferencias existen realmente entre

¹⁶⁸ López Ortiz, J., *Derecho Musulmán*, ed. Labor, Barcelona, 1932, p. 21.

esta segunda manera de expresarse la Sunna y la costumbre y los usos? En la tercera parece más evidente esta relación pues también era *Sunna* aquellas costumbres que Mahoma consintió, ahora bien, no todas ellas fueron aceptadas sino que se hubo algunas que se catalogaron luego como un privilegio especial de Mahoma, por ejemplo, conocido es que Mahoma tomó como esposas a más de cuatro mujeres, sin embargo a los musulmanes les está prohibido excederse de cuatro, de tal forma que si Mahoma tomó alguna más fue por un privilegio especial a él revelado, esto es, que Mahoma consintiese y tomase a más de cuatro mujeres como esposas no hizo que se convirtiese en regla derivada de su comportamiento¹⁶⁹.

Junto a ello debe de tenerse en cuenta una segunda fuente del Derecho islámico, la *ichma*, el consenso de la comunidad musulmana. Será esta *ichma* el camino por el cual la costumbre adquiera consagración legal, ya que si la comunidad consiente un determinado uso este acabará adquiriendo valor de ley¹⁷⁰.

En conclusión, no es posible afirmar que la costumbre es una fuente del derecho islámico, sin embargo no puede olvidarse tampoco su influencia en el momento de configurar los mandatos islámicos a través de la *Sunna* y más concretamente de la *ichma*, atendiendo también al carácter de interpretador de los negocios jurídicos que le otorga el ordenamiento islámico a los usos locales¹⁷¹.

Es en el derecho judío donde encontramos desde un primer momento que la costumbre no se concibe como fuente del Derecho. Su particular sistema de fuentes no la recoge: por un lado la *Torá*, es la ley divina dada por Yahvé a Moisés en el monte Sinaí, incluida en el Pentateuco, se completa con el Libro de los Profetas; y por otro lado la

¹⁶⁹ *Ibíd.* p. 23.

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 26.

¹⁷¹ *Ibíd.* p. 30.

Tradición Oral, es el estudio de la *Torá* cuya redacción por escrito dará lugar al *Mischná*, los comentarios e interpretaciones de esta última se plasmarán en el *Guemará*, formando *Mischná* y *Guemará* el *Talmud*.

Este sistema de fuentes que tiene su base común en el derecho divino imposibilita que la costumbre pueda ser erigida como fuente del Derecho. Ahora bien en un primer momento del ordenamiento jurídico judío la tradicional forma de comportarse, esto es, la costumbre, influyó en la configuración de algunos preceptos de los textos anteriormente mencionados. A estas antiguas leyes consuetudinarias que influyeron en la elaboración del derecho judío se les conocía como *minhaguim*¹⁷².

III.- APROXIMACIÓN SUSTANCIAL DE LA COSTUMBRE EN EL SIGLO XIX ESPAÑOL

1.- LA COSTUMBRE EN EL SIGLO XIX ESPAÑOL¹⁷³

1.1.- RELEVANCIA JURÍDICA DE LA COSTUMBRE EN EL SIGLO XIX

La situación en la que se encuentra España a principios del siglo XIX hará imposible que la corriente de Codificación mencionada en el punto I.6 pueda implantarse en su territorio. En el campo jurídico, el siglo comenzará con la *Novísima Recopilación*¹⁷⁴. Se tratará este de un siglo controvertido en materia civil pues el primer intento de redacción de un Código Civil en 1812 por las Cortes de Cádiz no verá la luz por la dificultad de dar una única legislación a un territorio donde existe una amalgama de derechos forales que persistían tras los Decretos de Nueva

¹⁷² Alba, A., "Derecho judío", *Ilustre Revista de Ciencias de las Religiones*, n.XI 2004, pp. 11 – 23.

¹⁷³ Este apartado se debe poner en relación con el punto I. del presente trabajo en tanto en cuanto la aproximación dogmática se ha realizado atendiendo al Código Civil español, promulgado a finales de dicho siglo XIX.

¹⁷⁴ *Vid.* II.5.

Planta. Ello explica, entre otras cosas, que se aprobasen antes códigos procesales –v.g. Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855- que sustantivos. Misma suerte correrá el proyecto de Código Civil de 1821 el cual se ahogó antes de finalizarse.

En 1851 se presenta un nuevo proyecto de Código Civil, este especialmente importante en lo que respecta a la materia consuetudinaria. Este proyecto suscrito por juristas como García Goyena –al que más adelante nombraremos- o Bravo Murillo y compuesto por más de 2.000 artículos se caracterizaba por su radicalismo¹⁷⁵, fue un código fuertemente centralizador y anti foral, ya que derogaba todos los derechos forales existentes así como el derecho consuetudinario¹⁷⁶. No es de extrañar que las reacciones contrarias a este texto fueran constantes, y es por ello por lo que no pasó de proyecto.

Fruto de este fracaso el legislador español vio la necesidad de aprobar una serie de leyes civiles especiales, así se sucederán: Ley Hipotecaria de 1861, Ley del Notariado de 1862, Ley de Aguas de 1866, Ley de Matrimonio Civil de 1870 o Ley de Registro Civil de 1870. De entre estas destacó la Ley de Aguas pues, con la experiencia de las reacciones que se habían producido por el anti foralismo del Proyecto de 1851, mantuvo y revitalizó el derecho foral e histórico que regulaba las aguas en los diferentes lugares de España¹⁷⁷.

Finalmente, en el año 1889 y tras la situación de estabilidad generada por la *Restauración*, se promulga el Código Civil –cuyo contenido sobre la costumbre nos remitimos a lo dispuesto en el punto I de este trabajo-.

¹⁷⁵ Escudero López, J.A., *op.cit.* p. 907.

¹⁷⁶ Art. 1992 Proyecto de Código Civil de 1851: “*Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo, y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código*”.

¹⁷⁷ Escudero López, J.A., *op.cit.* 909.

1.2.- LAS FUENTES DE ESTUDIO: REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Lo que se va a pretender en este punto es, atendiendo a la situación de la costumbre en el siglo XIX, explicar las costumbres jurídicas conocidas en la España decimonónica, a la luz de los textos recogidos en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, para exponer

La Revista General de Legislación y Jurisprudencia se fundó en 1853 por José Reus García, siendo esta revista jurídica la más antigua de España dentro de su sector. Dicha revista nació con dos objetivos claros: dar a conocer la situación jurídica de España a los propios juristas españoles, y ser un medio de difusión dentro de España de las corrientes jurídicas más modernas que circulaban por el mundo.

Entre sus directores figuran grandes personalidades de la vida política y jurídica de España, tanto del siglo XIX como del XX. Así vemos los nombres de José Reus García, quien fue abogado, senador y miembro de la Comisión de Códigos; Ignacio Miquel y Rubert, abogado y Secretario de la Comisión de Codificación; Pedro Gómez de la Serna, abogado, catedrático, diputado, ministro de Instrucción Pública y de Gracia y Justicia, consejero del Estado y presidente del Tribunal Supremo; José María Manresa y Navarro, abogado, juez subsecretario de Gracia y Justicia, vocal de la sección civil de lo civil en la Comisión de Códigos cuando se preparó el Código Civil; Eduardo Dato e Iradier, ministro de Gobernación y Gracia y Justicia, presidente del Gobierno, y miembro del Tribunal de la Haya; José Castán Tobeñas, catedrático y presidente del Tribunal Supremo; entre otros directores de la Revista.

Junto a este elenco de ilustres e ilustradas personalidades se han de añadir otros nombres que hicieron posible la revista con sus artículos, que si bien no fueron directores, no carecieron de aptitudes para ello. De entre estos destacan los de: José Canalejas, Cánovas del Castillo, Ramiro de Maetzu, Joaquín Costa, García Goyena, Garrigues, Gómez Acebo, Lacruz

Berdejo, Martínez de la Rosa, Menéndez Pidal, Roca Sastre, Nicolás Salmerón, Miguel de Unamuno...

Todas estas son las razones por las que se optó por el manejo de esta fuente para el estudio de la costumbre jurídica en el siglo XIX español.

2.- COSTUMBRES JURÍDICAS CONOCIDAS EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX

2.1.- LA COSTUMBRE EN ANDALUCÍA¹⁷⁸

Dada la extensión geográfica de Andalucía se ha optado por realizar el estudio de una zona concreta, esta es, la que comprende principalmente la actual provincia de Jaén. El carácter interior de esta comarca hace que las costumbres analizadas estén estrechamente relacionadas con el universo agrario. De entre esas costumbres destacan:

1.- La denominada como arriendo a veimiento y coto. Se trata esta costumbre de una aparcería que presenta grandes notas significativas en cuanto a la renta. Era costumbre en la campiña de Jaén y alrededores que la renta de los arriendos o aparecerías no fuese fija, sino que fuese a veimiento y a coto.

El veimiento hace referencia a la tasación o aprecio que se realiza del producto antes de segarlo. Esta tasación puede ser realizada de común acuerdo entre el labrador y el arrendador, o puede ser realizada a petición del labrador por unas personas denominadas "fieles del campo" o personas inteligentes designadas por labrador y dueño del campo. El veimiento está íntimamente relacionado con la renta ya que significaba que de cada cuatro fanegas -del producto que sea- tasadas una se

¹⁷⁸ Costa Martínez, J., "Derecho Consuetudinario de España, Jaén", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 91, pp. 433 – 443.

entrega al dueño del campo en concepto de renta por cada cuerda de tierra.

El coto por su parte es la renta máxima que se pagaba, esto es, por cada ocho fanegas dos se entregan en concepto de tierra. Y aunque la producción del labrador excediera de ocho fanegas, únicamente debería entregar dos fanegas, siendo el excedente en beneficio de él. En caso de que su producción superase las cuatro fanegas pero no llegase a las ocho, se prorrateaba la cantidad que debía entregar.

Esta particular aparecería fue decayendo desde la segunda mitad del siglo XIX en las zonas más próximas a Jaén. Sin embargo se mantuvo en otras más lejanas, como Andújar o Porcuna, en donde a finales del XIX se tiene constancia de esta aparecería pero con una especialidad, se trataban de arriendos a veimiento sin coto. Es decir, desapareció el máximo.

En el siglo XIX comenzó una tendencia que se ha consolidado actualmente y es que, en contra de lo mandado por esta figura del derecho consuetudinario andaluz, cada vez fue mayor el establecimiento de una renta fija y en metálico en dichas zonas.

2.- La segunda institución consuetudinario es un contrato que, implantado en todos los territorios de la Península ibérica, encuentra en el este andaluz su máxima expresión. Estamos hablando de la llamada plantación a medias.

Esta plantación a medias se trataba de un contrato de aparcería definido en el siglo XIX como una especie de "sociedad temporal del capital y el trabajo". Tenía por objeto el cultivo de viña y olivo, o solo de viña, pero no olivo solo.

Las partes de este contrato eran el terrateniente, el dueño de la tierra, y el postor o criador, el que iba sembrar las viñas y olivos. Al comienzo del contrato el primero debía entregar al segundo un pequeño anticipo¹⁷⁹ por cada una de las cuerdas de tierra para que fuese desarrollando su labor. Este contrato solía tener una duración máxima de 5 o 6 años, tiempo en que tarda en cultivarse los productos anteriormente reseñados. Una vez transcurridos cabían dos opciones, según se hubiese pactado y que nos presentan, por tanto, dos modalidades de contratos de plantación a medias:

- que se hubiese pactado "al partir": en este caso la tierra entregada al criador se dividía en dos mitades iguales, el propietario elegía la mitad de su preferencia de tal forma que la mitad restante era otorgada al postor en escritura pública e inscrita en el registro público a su nombre, adquiriendo su propiedad. Esta mitad destinada al criador no era siempre la mitad exacta ya que de ese terreno debían descontarse lo equivalente a las cantidades otorgadas al principio por el terrateniente y el débito por suelos.

- que se hubiese pactado "al vender". En este supuesto transcurrido el tiempo previsto no se procedía a dividir la tierra, sino que todo lo cultivado quedaba en propiedad del dueño de la tierra previo pago al criador de la mitad del justiprecio, descontándose las mismas cantidades que en el caos anterior.

La forma más desarrollada en la Península es la de contrato de plantación a medias al partir, ya que se trata de la modalidad que beneficiaba a ambas partes. Por un lado beneficiaba al labrador el cual veía como al principio se le entregaba una cantidad suficiente como para subsistir y realizar su trabajo y al cabo de unos años se convertía en propietario de una finca de tierra inscrita a su nombre en el registro. Por otro lado beneficiaba a los terratenientes sin grandes recursos pecuniarios como para explotar sus tierras o transformar el cultivo, consiguiendo dichos

¹⁷⁹ Que consistía en 50 o 60 pesetas.

resultados mediante el desembolso de una cantidad no excesiva de dinero y sin necesidad de trabajar la tierra directamente. De ahí la denominación dada anteriormente de sociedad de trabajo y de capital.

2.2.- LA COSTUMBRE EN CASTILLA¹⁸⁰

Las costumbres que se van a analizar pueden englobarse en tres grandes grupos: 1.- clasificación de los habitantes de León en función de la edad, y modificación en caso del matrimonio; 2.- deslinde y amojonamiento; 3.- gobierno de los pueblos.

1.- Según costumbre leonesa, en los pueblos de dichos territorios se diferencian tres grandes etapas en la vida de una persona, atendiendo a criterios cronológicos y rituales. Así se denominan niños a las personas que van desde los 0 a los 7 años de edad; rapaces a los que van de los 7 a los 16 años de edad; mozos desde que cumplen 16 años hasta que se casan; y vecinos, una vez se casan y adquieren los derechos de estos últimos (es costumbre de otros pueblos también que antes de adquirir la vecindad se haya de pagar un tributo).

Cada una de estas etapas incorpora unos derechos y unas obligaciones únicamente explicables atendiendo a lo que hoy en día diferenciamos entre mayor de edad y menor de edad, sucediendo que en vez de dos se diferencian cuatro etapas.

El paso de rapaz a mozo es especialmente importante por lo que respecta a la costumbre, ya que para adquirir el trato de mozo, y consecuentemente sus derechos y obligaciones inherentes, se debía

¹⁸⁰ López Morán, E., "Derecho Consuetudinario de España, León.", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 90, pp. 737 – 768.
López Morán, E., "Derecho Consuetudinario de España, León.", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 91, pp. 57 – 75.

seguir una solemnidad marcada por la costumbre -es decir, no se producía automáticamente al llegar a dicha edad-, el rapaz debía pagar una cuartilla o media cántara de vino. En otros lugares como Sahagún, este pago también es exigido a las mujeres y este es consistente en una vela de cera para la Virgen.

Participar de los derechos de mozo sin haber pagado el tributo exigido por el derecho consuetudinario no quedaba impune y la consecuencia es que se aplicaba al rapaz en tránsito un duro correctivo.

Uno de estos derechos de mozo era el siguiente: el de apoderarse de cántaros o recipientes ajenos que estén llenos de leche, dicha apropiación debía ir acompañada de allanamiento de morada y, en ocasiones, fuerza en las cosas. Lo que mandaba la costumbre es que dichas acciones no eran constitutivas de delito, sino que, al contrario, eran acciones meritorias de alabanza y ponderación, elogiándose al mozo que había llevado a cabo tal hazaña por su destreza al no haber sido interceptado por los dueños de la casa y por haber conseguido tener en su poder los cántaros. Este derecho se extendía únicamente a los recipientes que contuviesen leche, de tal forma que si junto con la leche se extraía cualquier otro objeto, estos mozos serían tratados como delincuentes y ladrones.

A los mozos también se les reconoce la potestad para designar por sufragio entre ellos mismos a un alcalde de mozos cuyas tareas principales son la de supervisar la forma de pago y el mismo pago e imponer sanciones cuando las sustracciones son mayores de las debidas.

En cuanto a los deberes destaca el deber de protección a las mozas del pueblo de los cortejos de los mozos extranjeros, y es que, para poder cortejarlas era necesario que estos pagasen a los mozos de dicho pueblo un cántaro de vino.

Destaca también una cuestión relativa al matrimonio –antes aludido-, del cual hemos de tener en cuenta las siguientes circunstancias: en primer lugar, mandaba la costumbre que el matrimonio no produciría ningún efecto sin antes la bendición del padre de la novia a la pareja. El *modus operandi* era el que sigue: novio, familiares e invitados suyos quedan en casa del novio, después de un rato de esparcimiento se dirigen hacia casa de la novia donde el padre les abre las puertas con ropa ordinaria - símbolo del dolor que siente al separarse de su hija- y, arrodillándose ante él, reciben su bendición. Después de ello, marchan a la Iglesia.

Junta a esta costumbre jurídica encontramos otra en un pueblo llamado Valdelugeros la cual exige que junto con la bendición los mozos más atrevidos interceptasen a la novia por la cintura y preguntasen al público "¿quien fía a la novia?", a lo cual debía responder el padrino estando obligado a pagar los derechos a los mozos para que estos la devolviesen a su marido. Lo que venía a representar esta costumbre era el tránsito de la etapa de mozo a la de vecindad, pasar de la poliandria a la monogamia.

Celebrado el matrimonio, y solo por esta circunstancia sin necesidad de consentimiento por parte de los cónyuges, el derecho consuetudinario leonés establecía la sociedad familiar como régimen económico matrimonial en aquellos casos en los que, al casarse un hombre con una mujer, estos pasaban a vivir en casa de los padres de él, creándose por tanto con el matrimonio una sociedad familiar entre los dos núcleos -el de los padres de él y el de él y su mujer-. Esta sociedad familiar implicaba que los bienes de cada uno y de cada sociedad conyugal pasaban a ser bienes comunes de todos y también sus frutos.

Si se disolvía la sociedad familiar las ganancias pertenecían por mitad a cada uno de los matrimonios -aun cuando las diferencias fuesen patentes entre los bienes de los dos matrimonios-.

La sociedad se disolvía por muerte del hijo, pero no por muerte de uno de los padres, en cuyo caso seguiría subsistente.

Esta sociedad familiar, por último, no era siempre la preferida y en pueblos como Valencia de Don Juan o Sahagún, se rechazaba la misma. En estos la sociedad conyugal era inexistente durante los primeros años de matrimonio ya que ella debía vivir, trabajar y comer en la casa de sus padres, y él en la de sus respectivos, únicamente compartían vivienda durante la noche.

2.- Cuando las fincas de los pueblos de León no se encontraban bien delimitadas y se tenía la necesidad de limitarlas nunca se acudía a la vía contenciosa, sino que la costumbre imponía la obligación de nombrar amigables componedores para ello, tantos como interesados en el deslinde hubiese. Dichos amigables componedores debían reunir los siguientes requisitos: ser vecinos de los interesados, competentes, honrados y debían conocer el objeto de la "contienda". Por lo que, cualquiera no podía ser un amigable componedor, ya que se trataba de un acto concebido como de gran importancia para con la conciencia de las personas.

La labor de los amigables componedores consistía en realizar las medidas que estimaban oportunas y practicar determinadas operaciones para asegurar el buen resultado para los interesados. Para ello abrían huecos en la tierra donde incorporaban unas largas piedras o mojones y al lado de estas incorporaban otras 3 o 4 más que recibían el nombre de testigos.

Una vez acabado todo, los interesados debían pagar a los amigables componedores la contraprestación debida, esta consistía en la entrega de una determinada medida de vino, que cambiaba según circunstancias de cada caso.

La incorporación de esta costumbre en el trabajo actual no es por su sencillez sino que es por su trascendencia. Esta trascendencia puede verse en la actualidad en el artículo 402 del Código Civil que regula la institución jurídica de la división de cosa común incorporando los amigables componedores como método para dicha división.

3.- La costumbre que ahora se va a desarrollar es la que, como se ha advertido al principio, hace referencia al gobierno de los pueblos, en concreto, las denominadas como Juntas de Concejo.

Esta costumbre inmemorial vigente en los territorios de León desde antes del Fuero Juzgo supone una expresión del régimen de democracia directa. Consistía en una especie de asambleas populares o concejos que se reunían en el día acostumbrado, este solía ser todos los domingos del año, bien al salir de misa o bien al tañer de las campanas, dependiendo de las circunstancias. Existía un solo motivo por el que no se convocaba el concejo y es cuando el suelo se encontraba lleno de nieve.

En cada pueblo existían particularidades propias, por ejemplo, en Valencia de Don Juan los ancianos se sentaban al lado del alcalde o presidente, y a aquellos le seguían los inmediatamente más jóvenes a ellos y así el resto por orden de antigüedad; en Bazeña y Astorga se reunían todos delante de la puerta de la iglesia...

Advierte el autor que el régimen primitivo es el de Canseco, que a continuación es el que pasa a desarrollar por entender que en el resto de pueblos se ha seguido como base ese régimen aunque han incorporado cosas propias -como las anteriores descritas-.

El régimen del concejo funcionaba de la siguiente forma. Primero el regidor debía reunir a todos los vecinos, para ello hacía sonar las campanas tres veces y circundaba la Iglesia para advertir los que se iban

acercando, una vez acercados al lugar uno o varios de los vecinos, estos junto con el regidor iban a buscar a los que faltaban, a los cuales, por no acudir en el momento señalado, se les imponía la pena de pagar una *hazumbre*¹⁸¹ de vino, esta pena se aumentaba a 50 céntimos en aquellos casos en los que hubiese pasado 30 minutos desde que picaron las campanas sin presentarse. Esa misma multa se imponía también a los que ocasionasen alboroto durante el concejo, se encontrasen de pie o hablasen sin permiso del presidente. No todo el mundo podía acudir a dichos concejos, y es por ello que a los mozos solteros que acudiesen se les penaba con media cántara de vino, una pena que también se aplicaba a los que acudiesen con palos o armas algunas.

Las materias que se trataban en los concejos eran las que afectaban al régimen de toda la comunidad. Especialmente lo que se acordaba en tales asambleas era: el libro del pueblo que tenía vigencia de un año y regulaba la vida común; se acordaban semanalmente los pastos de ganados; la corta de la leña de los montes; qué caminos era necesario arreglar y qué días debía procederse a ello; el riego del cultivo; la elección de sementales para toros u ovejas... Y en definitiva todo lo concerniente a la vida del pueblo.

Se trató está de una costumbre que venció a las leyes decimonónicas que pretendían la imposición de Juntas administrativas legales. No fueron recibidas con agrado ni por los organismos¹⁸² ni por los propios pueblos, pues veían en dichos concejos la mejor forma de gobierno posible para ellos, acompañado de ese sentimiento inmemorial que les recordaba que todos sus antepasados se habían gobernado de la misma forma.

Este triunfo a corto plazo no lo fue a medio y largo plazo -como ha demostrado la propia historia- sin embargo, hizo que el régimen del concejo propio del derecho consuetudinario, y en especial del leonés, se

¹⁸¹ El equivalente a 2 litros.

¹⁸² La Comisión Provisional de León se pronunció sobre las Juntas administrativas de la siguiente forma: "*organismos enteramente inútiles que no responden a ninguna necesidad ni cumplen, porque no los pueden cumplir, los fines para los que han sido creados*".

plasmase en la Constitución Española de 1973¹⁸³, y se desarrollase en posteriores leyes orgánicas¹⁸⁴.

2.3.- LA COSTUMBRE EN CATALUÑA¹⁸⁵

Dos van a ser las instituciones consuetudinarias que se van a analizar en este punto. Una primera se trata de un contrato marítimo llamado contrato de *mota*; la segunda de ellas es la conocida como *trevall a mans*.

1.- El contrato de *mota* se trataba de un contrato por el cual el capitán de un navío mercante recibía una cantidad que es dada a él la cual pasa a formar parte de la expedición, entregando consecuentemente el capitán un recibo –de *mota*- del cual surgían los derechos de las personas que habían entregado la cantidad de dinero a la participación en la expedición.

Ese montante, denominado expedicional, era administrado por el capitán y con el cual preparaba el buque y las mercancías necesarias para la travesía, unas mercancías con las que debía realizar negocios de permuta o venta, de tal forma que a la vuelta al puerto de salida se produjese la liquidación y se devolviese a cada *motista* la cantidad entregada junto con las ganancias o deducción de las pérdidas causadas por los negocios cerrados. Existía el supuesto en el que en la liquidación únicamente se entregaba la ganancia o se deducía la pérdida pero no se entregaba el capital inicial, el cual era detentado por el capitán para

¹⁸³ Art. 140 CE: “[...] La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto”.

¹⁸⁴ Como la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, arts. 176-209.

¹⁸⁵ Estasén Cortada, P., “Costumbres jurídicas de España, Comunidades de trabajo en Cataluña”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 92, pp. 313 – 329 y pp. 510 – 517.

ulteriores expediciones, y era cuando el *motista* así lo permitía, o no comunicaba su deseo de recuperar el capital inicial.

Una vez definido y explicado cabe diferenciarlo del préstamo, pues el contrato de *mota* no generaba intereses sino que el capital entregado corría la suerte de los negocios que entablaba el capitán. En este sentido se trataba de una especie de cuentas en participación.

El contenido de este contrato contenía unos derechos y deberes fijados por la costumbre, entre los que destacan los siguientes:

- Derechos. Al *motista* se le reconocía el derecho a la liquidación de todas las operaciones mercantiles que ha realizado el capitán; a ser reintegrado en su capital –junto con las ganancias o deducción de pérdidas que correspondan-; a exigir la responsabilidad del capitán que no utilizase la expedicional para los fines acostumbrados; a que se le entregasen los debidos justificantes... entre otros. Al capitán se le reconocía el derecho a disponer del expedicional sin que nadie pudiese intervenir en sus actos.

- Deberes. El *motista* tenía el deber de examinar las cuentas que le sean entregadas por el capitán al finalizar el viaje; de recibir la cantidad que le correspondiese sin excusa alguna; y el deber negativo de intervenir en los negocios del capitán. Al capitán se le reconocían, entre otros, los deberes de portar siempre la mercancía a bordo -en metálico o en especie-; incorporar en una lista la máxima identificación posible de los *motistas* y la cantidad entregada; devolver la cantidad de *mota* con los aumentos o pérdidas... entre otros.

Este contrato exigía a su vez que el buque fuese imaginariamente dividido en dos secciones: una primera llamada *madera* que la conformaba el navío propiamente dicho; y una segunda que la conformaba el fondo expedicional. Conforme a esta división, correspondía al dueño de la

madera hacerse cargo de los gastos propios de ella como son las reparaciones, entretenimiento y todos los que surjan en puerto, no estando obligados a soportar estos gastos los *motistas*. Es por esta razón por lo que la costumbre mandaba que a la madera correspondiesen las tres quintas partes de los beneficios a repartir, y solo dos quintas partes correspondían a los *motistas*. En el caso de que existiesen pérdidas el navío no ganaba ni perdía nada, soportando las pérdidas los *motistas*.

Junto al capitán y los *motistas* surgía en estos contratos otra parte, el consignatario o casa armadora, a cuyo nombre va consignada la expedición. Esta casa armadora cumplía una serie de funciones primordiales como son el reconocimiento del derecho de los *motistas*, intervención en la liquidación de los busques procurando que el resultado fuese el deseado por todas las partes conforme a derecho. Por ello, en defecto del capitán, los *motistas* tenían el derecho de recibir de la casa armadora la cantidad que les correspondiese. Su papel también fue importante en aquellas travesías en los que el capitán, en su viaje de vuelta, y por temor a perder los fondos ganados, no los llevaba a bordo habiendo girado una letra a cobrar en el lugar en donde se encontraba la casa armadora.

El recibo de *mota* -que como se ha dicho es el documento que entrega el capitán y que les permite ejercitar sus derechos a los *motistas*-, por último, se podía transmitir por endoso con una simple nota puesta en el recibo y sin que fuese necesaria la comunicación al capitán que entregó dicho recibo. Al endosatario se le reconocían los mismos derechos que al endosante.

2.- Tratado como un arrendamiento de servicios, este contrato consuetudinario llamado en catalán *Trevall a mans* se trató de un contrato que a lo largo del siglo XIX fomentó la pequeña industria catalana, especialmente en el ámbito de lo textil como a continuación trataremos de demostrar.

En virtud de este contrato un gran empresario o fabricante encargaba a un obrero la confección de un trabajo a cambio de una determinada cantidad alzada, facilitándole al trabajador los materiales y materias necesarias para ello.

El contrato podía a su vez ser de dos tipos: en primer lugar, un *trevall a mans* por el que el obrero recibía íntegro el precio que le correspondía por los trabajos confeccionados, de tal forma que la maquinaria entregada por el empresario seguía siendo propiedad de él pero dada en depósito al obrero; o bien, en segundo lugar, que el trabajador se convirtiese en dueño de la maquinaria entregada por el empresario junto con las materias de primas, de tal forma que al primero no le corresponde la contraprestación íntegra sino que de la misma se deducía un valor que iba destinado a la amortización de la maquinaria.

Lo que fomentaba este contrato era que aquellos trabajadores que no disponían de capital para costearse sus propias maquinarias o telares pudiesen, mediante el fruto de su trabajo, costeárselos para así pasar de jornalero dependiente de un gran fabricante a ser un pequeño empresario. Este contrato permitía fiar la subsistencia de un trabajador a una fábrica pero sin necesidad de ir a la fábrica, ya que la maquinaria y las materias se establecían en el lugar de trabajo propio del jornalero.

2.4.- LA COSTUMBRE EN PAÍS VASCO¹⁸⁶

Debido a la gran expansión del comercio, y de la industria en esta zona durante el siglo XIX se produce a su vez el estrechamiento y comprensión del derecho consuetudinario.

No obstante, son algunas las costumbres que durante el siglo XIX aun se mantenían en dicha zona. De entre estas cabe destacar las siguientes:

1.- Los aprovechamientos comunes. Los aprovechamientos comunes como institución jurídica consuetudinaria hacían referencia a los *erribasoak*, en español, montes de los comunes. Se trataba de una serie de montes que, pertenecientes a todo el pueblo, eran aprovechados por todos ellos para el pasto libre, las hojas altas y bajas, el corte y demás actividades bien vistas.

Estos aprovechamientos no se daban por igual en todos los lugares sino que dependía de la cercanía y sobre todo del tamaño del monte. Cuando se trataba de un monte cercano y muy extenso podían disfrutar de él todos los vecinos cuando quisieran, así como tomar de él cuantas cosas necesitasen. En aquellos lugares donde la superficie del monte no era tan extensa se fijaban unos días de aprovechamiento en los que los vecinos podían acudir al monte y aprovecharlo, también era costumbre fijar la cantidad de aquellos productos que se podía coger. Las fórmulas utilizadas en este último supuesto son diversas, algunos lugares señalaban fechas determinadas –como el 16 de septiembre- otros lo hacían coincidir con el patrón del pueblo –San Mateo, 21 de octubre-, unos fijaban como horario desde la salida del sol hasta su puesta, otros desde las 6 de la mañana hasta las 6 de la noche, unos acudían al toque de las campanas, otros a la señal del alcalde...

¹⁸⁶ Unamuno y Jugo, M. de., “Derecho Consuetudinario de España, Vizcaya.”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 88, pp. 42 – 71.

Siguiendo con el régimen que se aplicaba a los *erribasoak*, era costumbre aceptada que las casas solo podían destinar a uno de sus integrantes para el corte, y este a su vez no podía aprovechar más cantidad de seis carretadas. También estaba prohibido cortar tierra o extraer abono del campo –pues se consideraba que el abono y la tierra eran imprescindibles para que el campo pudiese regenerarse y aprovecharse de nuevo-, o acotar o hacer demarcaciones. El incumplimiento de las mismas generaba una multa que iba desde una peseta hasta las quince pesetas.

A finales del siglo XIX este aprovechamiento -al que llamamos parcial- irá modificándose y será sustituido por el del sorteo entre los vecinos del pueblo, o el de subasta siguiendo el procedimiento de la cerilla, esto es, dicha la puja se esperaba a una nueva durante el tiempo en que tardaba en consumirse una cerilla.

En aquellos lugares en donde no existían *erribasoak* sino que los montes eran propiedad de los vecinos, era costumbre acudir todos los vecinos de una zona para aprovecharse por turnos del monte conforme a las costumbres de las prestaciones mutuas de trabajo.

2.- Prestaciones mutuas de trabajo. Esta costumbre denominada también como trabajo a trueque hacía referencia al trabajo común de las tierras privadas. Se trataba de una serie de labores que realizaban todos los vecinos de una barriada, laborales prestadas de manera proporcional de tal forma que un vecino quedaba obligado con otro cuando el primero le solicita un trabajo al segundo, por tanto el segundo podía exigirle al primero, una vez concluido, la realización de la misma labor y en la misma medida¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Sirva un pequeño ejemplo para su explicación: si un vecino solicita a otro la ayuda de dos hombres durante una semana, ese primer vecino queda obligado a prestarle durante una semana la ayuda de dos braceros propios al segundo. En caso de no tener braceros, se compromete a contratar cuantos jornaleros hagan falta para llegar a la cantidad de dos.

3.- *Lorra*. Esta costumbre se trata de la máxima expresión de solidaridad del pueblo vasco. En español viene a significar arrastre o “aportamiento” (sic), más certero este último ya que dicha costumbre supone el “aportamiento” que los vecinos de una localidad vienen obligados a realizar en favor de otro en unas determinadas ocasiones. Que son las que siguen:

- *Zimaurr lorra*: “aportamiento” de abono. Cuando a un vecino le hacía falta abono porque no tenía suficiente, porque carecía del mismo, porque ha mudado de vivienda dejando todo el que tenía en la anterior y la nueva no dispone de estiércol... recorría las casas de la vecindada solicitando “aportamiento” de abono, siendo costumbre que el que atiendese la solicitud se obligase a ello. El que solicitaba solía llevar un palo en que mediante cortaduras iba marcando el número de peticiones atendidas hasta llegar a la cantidad de carretas que necesitaba. No se trataba este de un acto de liberalidad gratuito, pues el que solicitaba el estiércol se obligaba a una contraprestación marcada por la costumbre, esta era la de invitar a una merienda a los que cumplían con llevar la carreta.

- *Bildots lorra*: “aportamiento” de rebaño. Seguía la misma estructura que el anterior pero este caso se producía cuando a una persona le hacía falta formar un rebaño o reponerlo porque, por ejemplo, sus reses habían sido víctimas de una epidemia. Los convecinos se comprometían a entregar una oveja.

Si bien la merienda era el pago de la *lorra* por costumbre dicho pago solo se extendía a la mano de obra, por lo que se entendía que el producto dado se había dado gratuitamente.

2.5.- LA COSTUMBRE EN VALENCIA¹⁸⁸

Respecto del derecho consuetudinario en Valencia se va a realizar un análisis de la costumbre que rige en la Comunidad del Palmar.

Para ello cabe saber que la Comunidad del Palmar se trata de una de las dos comunidades –la otra es la de Catarroja- que puede aprovecharse de la pesca en *l'Albufera* –lago que se encuentra al sur de la ciudad de Valencia-. La del Palmar paga más cantidad de dinero que la de Catarroja –conforme a la escritura por la que el Real Patrimonio les concedió el mencionado aprovechamiento-, y ello hace que la pesca de la Comunidad del Palmar sea más importante, y con ello la propia comunidad. Es por esto por lo que vamos a centrarnos en las costumbres que rigen la Comunidad del Palmar –en adelante la Comunidad-.

Para ingresar en la Comunidad hace falta ser hijo de pescador que pertenezca a la misma, independientemente de donde se nazca, ya que nacer en el Palmar no significa adquirir dicha condición. Los expósitos tienen a estos efectos condición de hijo de pescador, pese a que la adopción no se haya realizado con todas las formalidades legales.

Además, para poder ingresar, se necesita tener 24 años o más, o ser emancipado por causa de matrimonio, tener unas seis paraderas y cincuenta *mornells*, una barca grande o comprarla pagando al común 10 libras valencianas¹⁸⁹. El valor total de los aparejos necesarios para ingresar debía ser de unas 350-400 pesetas.

Procedimiento de admisión: el que desea acceder lo pone en conocimiento del jurado con suficiente antelación, y el día de la junta para preparar el sorteo pasa con un segundo jurado y los vocales para que se le examinen las redes y demás instrumentos de pesca. Una vez

¹⁸⁸; Soriano Roca. P., “Derecho Consuetudinario de España, Valencia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 88, pp. 558 – 584.

¹⁸⁹ 37,5 pesetas.

analizados que son nuevos y en número suficiente para el *redolí* se le admite y se le otorga número de identificación.

El jurado y el segundo jurado se eligen por mayoría de votos el día de la junta preparatoria del sorteo, por duración de un año, pese a que la costumbre de aquella época impuso que se eligiesen cada dos o más años.

El jurado es la autoridad de la Comunidad y vela por que a las infracciones se les otorgue una consecuencia-falta consistente en el pago de una multa -cera para la iglesia- y la negativa suponía la exclusión de los venideros sorteos. Pese a ello ha habido casos de condonación en extrema pobreza. El jurado defiende y representa los intereses tanto de la comunidad como del Estado, está obligada a poner en conocimiento del delegado de Hacienda todo cuanto pase por sus manos y ojos, y de defenderse de las acciones que se ejerciten contra los pescadores de la comunidad.

También existía un jurado encargado de cobrar y hacer los pagos a la Bailía y a Hacienda, sin embargo se ha acordó que dicha competencia correspondiese a unos prohombres.

Los pertenecientes a la Comunidad del Palmar gozan de una serie de ventajas por el hecho de pertenecer a esa Comunidad y la principal ventaja es el derecho de *redolí* consistente en una técnica de pesca mediante el establecimiento de caladeros. Según los habitantes del Palmar este derecho también lo tenían reconocidos ellos de antiguo, sin embargo, tan solo se reconoce en su máxima expresión a los de la Comunidad del Palmar los cuales pueden establecer dichos caladeros en determinadas zonas y las cuales son sorteadas entre los pertenecientes a la Comunidad para su disfrute privado. El resto de pescadores ajenos a la Comunidad del palmar pueden pescar excepto en las inmediaciones de los *redolins*.

El número de estos varía según las circunstancias, sin embargo desde largo tiempo no se altera su número siendo siempre inferior al de sus asociados.

Es costumbre muy antigua también el sorteo anual de *redolins*. Antiguamente se realizaba un domingo del mes de agosto -cualquiera valía-. Sin embargo, ya en el siglo XIX se viene realizando en el segundo o tercer domingo de junio, según este tercer domingo caiga dentro de la primera quincena o no, y el lugar es en el edificio de las escuelas.

El domingo anterior se reúnen por la tarde la mayoría de los pescadores con derecho a *redolí* para acordar los capítulos -decisiones que la comunidad toma y que tienen fuerza obligatoria y se hacen cumplir por el jurado- que guiarán el nuevo año económico y de pesca, y la elección de los jurados. Todo ello bajo la supervisión del alcalde pedáneo, alcalde segundo, y jurado y vice jurado cuyos cargos finalizan. Estos capítulos entran en vigor a la semana siguiente. En esta junta preparatoria no se determinan los *redolins*, pues son conocidos por todos ya, únicamente se produce, si procede en escasas ocasiones, al aumento de su número.

Es costumbre también que el día del sorteo el alguacil anuncie en el domicilio de todos los pescadores la reunión para que acudan, posteriormente se leían los capítulos, podían presentarse modificaciones, se discutían y finalmente se elevaban a definitivos o modificaban los capítulos por mayoría de votos, quedando finalmente aprobados.

El procedimiento del sorteo no plantea ninguna circunstancia anómala. Se introducían en bolas de madera un número identificativo de cada uno de los pescadores con derecho de *redolí*, dichas bolas se introducen a su vez en una bolsa de cuero. Conforme se extraían las bolas el pescador

afortunado comunicaba el nombre especial del *redolí* que quería y así sucesivamente hasta que finalizaba.

Después de este sorteo existía un segundo sorteo donde se repartían *redolins* que por su escaso valor no han sido escogidos. No reunía las mismas formalidades del anterior y la mayoría de los pescadores ya no se encontraba presente en este sorteo.

El derecho de *redolí* podía perderse cuando, pasada la fecha de “Todos los Santos”, el pescador afortunado no tenía todo preparado y a su disposición para explotar el *redolí*, en este caso el primer pescador que tendiese sus redes en el *redolí* adquiriría el derecho a explotar ese *redolí*.

Es costumbre que la Comunidad le otorgue el valor y eficacia de propiedad al derecho de *redolí*. Por tanto es posible que el mismo se goce y disponga por actos entre vivos o por causa de muerte. Siendo necesario distinguir entre el derecho a tener *redolí*, y el aprovechamiento efectivo de este, pudiendo existir el primero sin el segundo. Se permite por la comunidad que el derecho pueda transmitirse, por tanto, por compraventa, donación o herencia.

Si el derecho ha sido adquirido por compraventa, el que lo vende puede transmitirlo libremente a toda persona que reúne los requisitos para ser miembro de la comunidad. Ahora bien, si este derecho lo ha adquirido *mortis causa* es necesario que el contrato de donación o venta se haga público por la junta a efectos de que determinadas personas puedan pronunciarse sobre su derecho preferente a adquirirlo y por lo tanto se le transmita a estos. Estas personas serán los parientes que pertenezcan a la misma línea de donde procede el derecho.

Este derecho a tener *redolí* no se extingue con la muerte. Si el pescador estaba casado, se transmite a la viuda. A no ser que contraiga nuevo matrimonio. En cuyo caso hay que distinguir dos situaciones:

- si se casa con un pescador de la comunidad que ya tenga derecho de *redolí*. En este caso el que pertenece a la viuda queda en suspenso hasta que un hijo del primer matrimonio llegue a la edad de 24 años o se emancipe por causa de matrimonio. Si no hay hijo varón lo adquiere la hija, en cuyo caso hay que diferenciar las siguientes situaciones,

* Si permanece soltera no lo puede utilizar.

* Si se casa con un hijo de pescador perteneciente a la comunidad, se aprovecha el matrimonio y sí puede usar dicho derecho.

* Si se casa con pescador que ya tiene dicho derecho, sigue el derecho en suspenso para que sea adquirido por un hijo suyo o pariente consanguíneo de donde procede.

* O, simplemente, puede venderlo.

- si se casa con un pescador de la comunidad que no tenga derecho de *redolí*. En este caso se aprovecha el matrimonio y puede utilizarse dicho derecho con una salvedad importante, ese derecho deberá transmitirse a uno de los hijos del primer matrimonio por venir el derecho del padre de ellos.

- si se casa con persona ajena a la comunidad. La viuda pierde el derecho de *redolí* el cual se transmite a los hijos del primer matrimonio o a los parientes del primer marido.

En el caso en que la viuda no vuelva a casarse, conserva dicho derecho hasta su muerte. Las formas de aprovechamiento son distintas: así puede

arrendar lo a una cantidad alzada o al tercio de lo que adquiriera el arrendatario, o explotarlo directamente por pariente próximo.

Si mueren los padres y dejan un hijo menor de edad, es costumbre, que este derecho de *redolí* sea heredado por el menor al entender que es el que más posibilidades tiene de caer en la indigencia y desamparo. Si este menor a su vez fallece si haber podido disponer de él, se transmite a sus hermanos, y faltando estos, a los parientes más próximos del ascendiente del menor que tenía la propiedad.

Para finalizar, a este derecho no le resultan de aplicación los plazos de prescripción por inacción y por lo tanto, este derecho no se extingue por la prescripción.

CONCLUSIONES

Llegados a este punto toca realizar unas breves conclusiones de los aspectos más importantes que han surgido a lo largo del trabajo.

I.- La costumbre puede definirse atendiendo a muchos criterios, sin embargo, la definición más completa es aquella que, prescindiendo de cualquier elemento extrajurídico, se centra en recoger los caracteres y elementos que forman la costumbre jurídica –y esto es lo que se ha intentado con la definición referenciada de la jurisprudencia-. Ello comporta un riesgo, y es que estos caracteres no son iguales en todos los ordenamientos jurídicos, así, por ejemplo, se ha visto cuando se ha explicado la regulación de la costumbre en el ordenamiento jurídico español que decíamos que es una fuente auténtica del Derecho, mientras que en el ordenamiento jurídico musulmán no lo es. Por ello, a la hora de investigar y dar una definición se debe andar con cautela –pues nos encontramos en un terreno en el que reina la incertidumbre-, sabiendo que no será posible, o muy difícil, dar una definición válida para todo lugar y momento. Incluso dentro del ordenamiento jurídico español propio resulta difícil pues la doctrina no mantiene los mismos criterios en todo momento, y hay determinados aspectos que presentan confrontación. Esta es, a nuestro modo de entender, la principal conclusión que podemos extraer de la aproximación dogmática que se ha realizado de la costumbre.

II.- En la aproximación histórica de la costumbre ha quedado patente la evolución que en España se ha producido desde los ordenamientos jurídicos no formulados hasta los ordenamientos jurídicos formulados. En la época prerromana la falta de fuentes directas no permite afirmarlo con rotundidad, sin embargo, todos los autores consideran que la costumbre era la principal fuente del Derecho y así es como se ha tratado de demostrar. El ordenamiento jurídico romano en cambio es más formulado que no formulado, con las consecuencias que

ello conlleva. Sin embargo en las siguientes etapas –la visigoda y medieval- se vuelve a un ordenamiento jurídico no formulado, pero será a partir de dicho momento cuando comienza la escalada hacia el ordenamiento formulado hasta llegar a nuestros días. Es por ello por lo que al principio del segundo bloque dimos importancia a los conceptos dados por GARCÍA-GALLO, pues entendemos que la principal conclusión que puede extraerse es que la Historia del Derecho español en lo relativo a las fuentes –y por tanto a la costumbre- es la Historia de la transformación progresiva de sus ordenamientos jurídicos no formulados a los formulados –con la salvedad de Roma-.

III.- De las costumbres jurídicas del siglo XIX estudiadas la mayor parte de ellas pertenecían al ámbito del Derecho Privado, así por ejemplo en Andalucía los contratos estudiados íntimamente relacionados con el mundo agrario, característica esta que también compartían otras costumbres jurídicas analizadas como las del País Vasco; el caso de Castilla donde la costumbre en el Derecho de la persona también cumplía un gran papel; el contrato mercantil de *mota* en Cataluña; o, los derechos consuetudinarios que regulan la Comunidad del Palmar en Valencia. Pero no todas las costumbres eran de Derecho Privado, así al explicar el caso de Castilla se ha visto como el derecho consuetudinario incidía también en el Derecho Penal. Para finalizar, algunas de dichas costumbres han sido legalizadas como el “concejo abierto” o la figura de los “amigables componedores”, aunque esta es la excepción ya que aquellas que sobrevivieron han quedado recluidas en la actualidad a una zona o ámbito tan determinado que no es osado afirmar que han desaparecido como lo han hecho la mayoría.

BIBLIOGRAFÍA

- Alba, A., "Derecho judío", *Ilustre Revista de Ciencias de la Religión*, n. XI 2004, pp. 11 – 23.
- Alcalá-Zamora, N., "La prueba del Derecho Consuetudinario", en *Revista de Derecho Privado*, n. 248, 1945, pp. 145 – 157.
- Batlle Vázquez, M., "Comentario al Artículo 1 del Código Civil", en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ed. Revista de Derecho Privado, 1978, p. 49.
- Bonell Colmenero, R., "Los Decretos de Nueva Planta", *Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales* (U. Alfonso X), n.8 2010.
- Bonnecase J., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, trad. por Cajica, ed. Cajica, México D.F., 1944.

Teoría elemental del Derecho Civil, edición electrónica, Biblioteca Jurídica Digital. Sitio web:
http://190.147.213.68:8080/HOME/PAGE/DOCTRINA/DOCTRINA_CLASICA/TRATADO_ELEM_D_CIVIL%28Julian_Bonnecase%29/C_GENERAL.pdf

- Calasso, F., *Medio evo del Diritto*, ed. Dott. A. Giufré, Milán, 1954.
- Colon, G. y García, A., *Furs de Valencia*, Vol. I, ed. Barcino, Barcelona, 1970.
- Contreras, F., "La ideal del espíritu del pueblo en F.C.V. Savigny", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.35 2001, pp. 161 – 187.
- Cortés Diéguez, M. M., "Las fuentes del Derecho Canónico" en Cortés Diéguez, M. M. y San José Prisco, J. (Coord.), *Derecho Canónico*, ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2006.
- Cortese, E., *Le grandi linee della Storia Giuridica medievale*, ed. Il Cigno, Roma, 2001.

- Costa y Martínez, J., *El problema de la ignorancia del Derecho*, ed. Manuel Soler, Barcelona, 1910.

“Derecho Consuetudinario de España, Jaén”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 91, pp. 433 – 443.

- Cotran E. y Rubin N.N., *Readings in African Law*, ed. Frank & Company, 1970, XIX y XX.

- Coulson, N.J., *Historia del Derecho islámico*, trad. por Eyras, ed. Bellaterra, Barcelona, 1998.

- De Castro y Bravo. F., *Derecho Civil de España*, ed. Civitas, Madrid, 2008.

- De Diego y Gutiérrez. F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo I, ed. Victoriano Suarez, Madrid, 1941.

- Díez-Picazo y Ponce de León, L., Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 2005.

- Edmond Farahian, S.J., *Breve introduzione all'islam*, ed. Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1999.

- Escudero López J.A., *Curso de Historia del Derecho*, autor-editor, Madrid, 2003.

- Estasén Cortada, P., “Costumbres jurídicas de España, Comunidades de trabajo en Cataluña”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 92, pp. 313 – 329 y pp. 510 – 517.

- Ficker J., *Sobre el íntimo parentesco del Derecho godo-hispánico y el noruego-islándico*, trad. por Rovira Armengol, ed. Universidad de Barcelona, Barcelona, 1928

- Floris Margadant, G., “La consuetudo contra legem en el Derecho indiano, a la luz del ius commune”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n.1 1989, pp. 169 – 188.

- García-Gallo A., *Manual de Historia del Derecho Español*, T.I, autor-editor, Madrid, 1977.

Manual de Historia del Derecho Español, T.II, autor-editor, Madrid, 1964.

“Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.44 1974, pp. 343 – 464.

“El carácter germano de la épica y del Derecho en la Edad Media española”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.25 1955, pp. 583 – 679

“El <<libro de las leyes>> de Alfonso el Sabio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.21-22 1951-1952, pp. 345 – 528.

- Geny F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, T.I, ed. Reus, Madrid, 1925.

- Gordillo Cañas, A., “*Comentarios al Código Civil*”, T. I, Vol. I.

- Grossi, P., *El orden jurídico medieval*, trad. por Tomás y Valiente y Álvarez, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

- Hinojosa, E. de, *El elemento germánico en el Derecho español*, Obras T.II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pp. 405 – 470.

- Iglesia Ferreirós, A., “La creación del Derecho en Cataluña”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 47 1977, pp. 99 – 423.

- Julio Cesar, *De Bello Gallico I*, trad. por Yebra y Escolar, ed. Gredos, Madrid, 1980.

- Kaser M., *Storia del Diritto Romano*, trad. por Martini, ed. Cisalpino-Goliardica, Milán, 1977

- Kunkel, W., *Historia del Derecho romano*, ed. Ariel, trad. por J. Miquel, Barcelona, 2012.

- Lalinde Abadía, J., “La presencia visigoda en el derecho aragonés”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 42 1972, pp. 643 – 656.

- López Morán, E., “Derecho Consuetudinario de España, León.”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 90, pp. 737 – 768.

“Derecho Consuetudinario de España, León.”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 91, pp. 57 -75.

- López Ortiz, J., *Derecho Musulmán*, ed. Labor, Barcelona, 1932.

- López Villalba, J., *Del consuetudo a las iura proprias: las ordenanzas concejiles medievales*, UNED.

- Marcos Arévalo, J. y Sánchez Marcos, M.J., “La antropología jurídica y el derecho consuetudinario como constructor de realidades sociales”, *RAE*, n. 11 2011.

- María e Izquierdo, M.J., *Las fuentes en el Ordenamiento de Montalvo*, autor-editor, Madrid, 2004.

“El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, n. 6 1999, pp. 435 – 473.

- Maschi C., *Storia del Diritto Romano*, ed. Vita e pensiero (Università Cattolica del Sacro Cuore), Milán, 1979.

- Maside Miranda, L., “Cuestiones relativas a las fuentes del derecho islámico”, *Anuario da Facultade de Dereito*, pp. 513 - 525.

- Menegus Bornemann, M., “La costumbre indígena en el derecho indiano 1529-1550”, *Anuario Mexicano de Derecho*, n. 4 1992, pp. 151 – 159.

- Menéndez Pidal, R., *Los godos y el origen de la epopeya española*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1956.

- Miceli, P., *Derecho consuetudinario y memoria*, tesis doctoral, U. Carlos III, Madrid, 2012.
- Montoro Ballesteros, A., “La costumbre en el ordenamiento jurídico. La integración de las lagunas legales”, *Anales de Derecho (U. de Murcia)*, n. 20 2002, pp. 99 – 110.
- Obarrio Moreno, J.A., *El valor de la costumbre en el Reino de Valencia*, en “Parlamentos y ciudades de la Corona de Aragón. De la historia a la modernidad”, Ministerio de Ciencia y Tecnología, 2002-2003.
- Otero, A., “Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá en el cambio del ordenamiento medieval”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 5 1993-1994, pp. 451 – 547.
- Panero Gutiérrez, R., *Derecho Romano*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Pascual López, S., “El Derecho germánico y la paz en casa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol.XXIV 2006, pp. 225 – 231.
- Petit, C., “Consuetudo y mos en la Lex Visigothorum”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 54 1984, pp. 209 – 252.
- Pérez-Prendes, J.M., *Historia del Derecho Español*, Vol. I, ed. Universidad Complutense, Madrid, 1999.
- Piña Homs, R., *La creación del Derecho en el Reino de Mallorca*, ed. Cort, Mallorca, 1987.
- R.A.E., *Fuero Juzgo*, ed. Ibarra, Madrid, 1815.
- Ramos y Loscertales, J.M., “La devotio ibérica. Los soldurios”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 1 1924, pp. 7 – 26.
- Savigny, Eichorn, Gierke, y Stammler., *La Escuela Histórica del Derecho*, trad. por Atard, ed. Victoriano Suarez, Madrid, 1908.

De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho, trad. por Díaz García, ed. Aguilar, Madrid, 1970.

- Scherillo G., Dell’Oro A., *Manuale di Storia del Diritto Romano*, Milán, 1967.
- Soriano Roca. P., “Derecho Consuetudinario de España, Valencia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 88, pp. 558 – 584.
- Unamuno y Jugo, M. de., “Derecho Consuetudinario de España, Vizcaya.”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 88, pp. 42 – 71.
- Veiga López M., “Mores maiorum: ¿sistema moral o costumbre?”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 5 1985, pp. 413 – 426.
- Vigil, J.M., *Vivir el Concilio*, ed. Paulinas, Madrid, 1985.

Textos legales:

Código Civil, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Leyes Políticas del Estado, ed. Civitas, Pamplona, 2010.

Sitios web:

<http://www.aranzadidigital.es>

biblio.juridicas.unam.mx/libros/

<http://calegalheritage.law.berkeley.edu/text/leyes-de-toro.pdf>

<http://dialnet.unirioja.es/>

<http://www.dmgh.de>

<http://www.editorialreus.es/rglj/>

<http://noticias.juridicas.com/>

http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm

www.vatican.va

<http://vlex.es/>