

La costumbre como fuente del derecho. Introducción

El sociólogo norteamericano W.G. Sumner (1840-1910) introdujo la palabra *folkways*, que significa manera de proceder de la gente, como manera habitual de comportarse en la vida de relación. *Folkways*, o simples usos o hábitos sociales, son las normas o modelos a que la gente se adapta por el hecho de que es normal comportarse de tal manera en la vida de relación.

Mores es el plural de una palabra latina que significa "costumbres", pero en este caso con referencia a las que se ajustan a un determinado nivel de moralidad. Es la raíz de la palabra "moral".

Sumner decía que *folkways* y *mores* se caracterizan por lo que calificaba con la palabra *crecive*, en el sentido de que crecen o se desarrollan de manera espontánea, a diferencia de las leyes estatales, que son normas que necesitan de un acto formal de promulgación.

La organización política en forma de Estado, que tiene potestad para dictar leyes, distingue claramente entre las costumbres y las normas promulgadas mediante un acto oficial.

La pregunta clave es la que trata de averiguar cómo una costumbre social pasa a ser una norma jurídica.

Conviene insistir también en la posible distinción entre **usos sociales** y **costumbres jurídicas**: el sustrato de uso es la repetición y el hábito, lo mismo que sucede con la costumbre; es un comportamiento repetido en circunstancias determinadas. La convicción de que la conducta se ajustará a un determinado tipo significa que el uso también es un modelo de conducta, y en este sentido existe la *opinio* o convicción de que el uso obliga o se impone.

ANTECEDENTES DE LA COSTUMBRE: El Código de las Siete Partidas contenía una amplia regulación de la **costumbre**, la definía como: "derecho o fuero que non es escrito; el qual han usado los homes luengo tiempo ayudándose de él en las cosas o en las razones sobre lo que usaron".

En el mencionado Código éstos eran los requisitos que expresamente se exigían:

- Que el uso fuese conforme al Derecho natural y favorable al bien común
- Que se estableciese públicamente y no por actos furtivos o clandestinos.
- Que fuese tolerada por el legislador.
- Que la observancia de este uso, originario de la costumbre, fuese constante y general durante el plazo de diez o veinte años.
- Que se hubiesen dictado, de conformidad con el uso establecido, dos sentencias uniformes.

CLASES DE COSTUMBRE:

1º POR SU ÁMBITO TERRITORIAL DE VIGENCIA:

1ª.- Costumbres generales y Costumbres locales

El anterior art. 6º sólo admitía la costumbre que en defecto de ley se aplicara la costumbre del lugar, pero el vigente art. 1.º-3 C.c. se refiere a la costumbre sin más especificación. Para la modificación se tuvo en cuenta la existencia de costumbres de ámbito general y sobre todo de usos generales de carácter profesional o que se observan entre personas de determinadas profesiones que no están encuadradas en una sola localidad

Importante:

Determinar si el carácter general de una costumbre la hace aplicable en cualquier punto de su territorial y conocer precisamente cual es éste,

Y puede estimarse también que a pesar del carácter general de la costumbre y de su ámbito territorial, ha de probarse que está vigente en el lugar concreto donde se discute su aplicación.

Albaladejo entiende que nuestro Derecho no pretende imponer una costumbre en un lugar donde no se practique (por el hecho de que se practique en la mayor parte de un territorio más extenso).

No hay razón para que tenga que considerarse vigente una costumbre en un lugar donde no ha sido recibida (sólo porque fuera de ese territorio tiene vigencia general).

Considera el citado autor que el Código debiera ser más preciso.

La doctrina entiende que no ha desaparecido el valor normativo de la costumbre de ámbito más reducido. En caso de conflicto entre una costumbre local y otra de ámbito superior **prevalece la costumbre local sobre la general.**

Ruiz Vadillo: la costumbre es más auténticamente costumbre cuanto más local sea.

2ª.- POR SU RELACIÓN CON LA LEY:

Clasificación tradicional:

Praeter legem: es la costumbre en defecto de ley, es la que rige "en defecto de ley aplicable" (art. 1º-C.c.). No ofrece ninguna dificultad

Secundum legem: es la que coincide con la norma de origen legal; **única función** que puede desempeñar es la de contribuir a la interpretación de las leyes dudosas, pero sin efectos vinculantes para el intérprete que puede tener en cuenta otros criterios interpretativos.

Contra legem: es la que por su contenido formativo está en contradicción con la norma legal. Según la jerarquía de las F del D. la ley ha de prevalecer sobre la norma consuetudinaria.

El Código excluya expresamente la costumbre contra ley “sólo regirá en defecto de ley aplicable” (art.1º-3) y “carecen de validez las disposiciones...” (art.1º-2) y “las leyes sólo...” (art.2º.1) y “los jueces y tribunales...” (art.1º-7)

La costumbre contra ley está admitida en Navarra La Ley 3ª, párrafo 1º “La costumbre... que no se oponga a la moral...” y en Aragón, en la Ley de la Compilación dice (art.2º-1): “La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Dº Natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón”.

LOS USOS SOCIALES Y CONVENCIONALES

El 2º apartado de la base 1ª de la Ley (17-marzo-1973) disponía: “La costumbre regirá en defecto de ley aplicable siempre que no atente contra la moral y el orden público, valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica”.

El vigente art. establece: ver art. 1º-3, apartado 2º C.c.

Ya se ha hecho referencia a la dificultad de trazar una línea divisoria indiscutible entre usos sociales y costumbres jurídicas.

El Código ha soslayado la cuestión y para equipararlos se ha referido a la costumbre, a los usos jurídicos.

Lo importante es distinguir entre uso o costumbre con fuerza normativa independiente y uso o costumbre cuya eficacia jurídica depende de que se remitan a ella los preceptos del C.c.

Los usos sociales son los más extensos y los de naturaleza más variada e indefinida.

En la vida social hay usos y prácticas más o menos constantes y generales en los distintos órdenes de la actividad humana:

- los hábitos de la vida
- costumbres del pueblo o de una clase del mismo
- los usos económicos
- del comercio
- de la agricultura
- de la industria etc.
- las reglas de urbanidad y cortesía
- las conveniencias sociales, como la moda,
- y hasta las prácticas morales y religiosas.

Estos usos son extraños para el Derecho, pero tienen un gran valor para éste. El ordenamiento proyecta su potencia reguladora sobre las relaciones sociales que merezcan protección jurídica. En ciertos casos la ley se remite a estos usos para determinar el alcance de sus prescripciones, y también sucede que sin esta remisión expresa, el intérprete los ha de tener en cuenta para dar firmeza a sus conclusiones.

Otros usos a los que en ocasiones se remite la ley son los llamados usos de los negocios, o del tráfico, o usos mercantiles, se llaman, (**Gény**) usos convencionales o voluntarios, según el citado autor: “Se trata de las prácticas, algunas generales, la mayor parte locales o profesionales, que envuelven tácitamente la formación de actos jurídicos, especialmente en materia de contratos”.

Más brevemente **De Castro dice:** “El modo normal de proceder en el mundo de los negocios”-

Art.C.c.1555 y 1569 sobre arrendamientos: “según costumbre de la tierra”

Art.570 C.c, servidumbres de paso para ganado: “por el uso y costumbre del lugar”.

Las servidumbres de medianería se han de regir “por el uso y costumbres del lugar”

Construcciones molestas y peligrosas, el C. obliga a : “guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar art.590-1
Las plantaciones de árboles cerca de heredad ajena.” a la distancia autorizada por las ordenanzas o a la costumbre del lugar” art.591-º

Elementos de la costumbre

La sentencia de 24 febrero 1962 (JA de 1962, núm. 717) declaró que la costumbre “requiere los dos conocidos factores de su formación: el de hecho, externo o material, consistente en actos libres percibidos como tales por los sentidos corporales, y el interno, derivado o inducido de aquél, que radica en la intención, y hasta en la convicción de crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones de derecho; y por ello la costumbre jurídica ofrece en su misma estructura dos facetas inseparables, la fáctica y la normativa; la primera sujeta a la prueba ante los tribunales a ser invocada en juicio, y la segunda a la prudente interpretación de éstos como cualquiera otra norma, si bien su valor y contenido resulta casi siempre difícil por la a veces insuperable deficiencia de concreción ...”. Completaremos la exposición de esta sentencia al tratar de la prueba de la costumbre.