

AC 11 41

Introducción al derecho, la costumbre. Autor José Delgado Garzón. Fecha de emisión 1 de marzo de 1982.

En Roma, en sus inicios, existía confusión entre los principios morales y la actuación habitual de la comunidad, o al menos de ciertos círculos sociales. Sin embargo, es conveniente apreciar que cuando se ha tenido en cuenta el material que ha de usar el abogado ante los tribunales, se cita consuetudo, cuando por el contrario, para señalar una de las fuentes del derecho civil, se menciona a las mores o al derecho de gentes, pero nunca se cita la consuetudo. En Roma, mientras la tradición base del vivir social tenía un valor central, la costumbre no era base de fuente jurídica.

Las doce tablas y otras leyes en general eran el producto de las luchas sociales o de partidos, y por tanto no podían ser derogadas por la conducta en contrario de los particulares. Durante la república, los magistrados juraban las leyes y en el principado las actas del príncipe. El respeto a la voluntad del emperador hará que sus disposiciones se traten con religioso acatamiento.

Mirando las cosas desde otro aspecto, la administración romana procura respetar los hábitos y costumbres locales, teniéndolos muy en cuenta, bien para dejar de aplicar ciertas disposiciones o bien para modificar las leyes. Al cambiar el imperio por renovación de ideas, se muestra que los principios morales degeneran en hábitos o se reducen a costumbres sociales. La confianza que se tiene en la costumbre de una ciudad de provincia, en el modo de llevarse los negocios, de interpretarse las leyes, la observancia en los tribunales u oficinas, son respetados como si de la propia ley se tratase.

En este aspecto merece ser citado un fragmento de Juliano que dice literalmente. Rectamente está admitido que no sólo por el sufragio del legislador, sino también por el consentimiento tácito de todos, se derogan las leyes. Sabio Juliano también colabora con la doctrina oficial, condenando a las leyes puestas en desuso por la administración imperial, proclamando el derecho no escrito.

Pero hay que reconocer que durante el Principado, el emperador era el guardador de las costumbres, y el único que podía determinar por su conducta la muerte o la supervivencia de las antiguas leyes. La conmoción que había de suponer la implantación oficial de la religión católica, y por tanto la regulación de un nuevo orden, hizo necesario que la legislación fuese fortificada contra las pretensiones de principios, costumbres y usos ya caducos. Constantino nos dejó de una forma explícita que, aunque la costumbre y el largo uso no sean de despreciable autoridad, no lo son tanto que pueda sobrepasar a la razón o a la ley.

Para adquirir fuerza general y firme eficacia, incluso las más antiguas e inmutablemente observadas, requerían ser elevadas a leyes por mandato del emperador. Más adelante, los pueblos germánicos tuvieron una gran estima por las costumbres. Pero como sus jefes se

propusieron someterlos a un régimen imitador del romano y cristianizar la vida, fue necesario limitar la fuerza de la costumbre.

Si contemplamos algunos textos relativos a los pueblos antiguos, observaremos que se tiende a excluir la costumbre que se oponga a la utilidad pública y que se le daba el valor de fuente subsidiaria en relación con la ley. Los primeros glosadores defendieron ardorosamente las leyes del emperador. También tienen importancia para ellos las leyes de las ciudades y sus costumbres, aunque estas últimas no tienen fuerza derogatoria con respecto a la ley.

Posteriormente, otros glosadores nos dicen que una costumbre especial no podía derogar una ley general, pero que no se excluía que una costumbre general pudiese derogar una ley general según la Constitución de Constantino. Aún con más claridad se ve el cambio de los feudistas. Oberto de Orto, utilizando casi las mismas palabras que Constantino usó en su Constitución, las altera colocando en primer lugar a la costumbre.

La Iglesia, al tener que dictar sus reglas para tan diversos países, ha dado siempre importancia a la costumbre, pero no tenemos datos de que antes del siglo XIII se admitiese ninguna costumbre contraria a las leyes. Alejandro III dictó una serie de resoluciones rechazando a las costumbres contrarias a la ley. Una nueva variante de la Constitución es la Constitución de Constantino.

Una nueva variante de la Constitución de Constantino la vamos a tener en Gregorio IX al imponer que la costumbre tiene que ser prescrita. Efectivamente, el 1229, después de aclarar la inderogabilidad del derecho natural, añade con una nueva alteración de la Constitución de Constantino que, aunque ciertamente la antigua costumbre no sea de despreciable autoridad, no es tanta su eficacia que pueda perjudicar al derecho positivo si no fuese racional y legítimamente prescrita. Así que aclaremos este concepto de prescrita.

Si profundizamos en ello, podremos observar que se refiere a una serie de requisitos que desconoce la doctrina de los civilistas, ya que no sólo requiere un plazo de 40 años ininterrumpidos, sino todos los otros peculiares de la prescripción adquisitiva, el ánimo, la buena fe, etc. Los posglosadores, apoyándose en la glosa magna de Accurcio, se preocupan de fundamentar la validez jurídica de los estatutos y de las libertades jurídicas de las ciudades frente al derecho imperial. Los civilistas siguen un camino diferente al de la doctrina del derecho canónico.

La doctrina de la Iglesia no se interesa por las costumbres generales. Los posglosadores en su doctrina limitan a las ciudades y corporaciones la posibilidad de crear costumbres válidas. Esto es consecuencia de su punto de partida.

Nos encontramos que los posglosadores, aunque consiguen con sus teorías su fin político, sin embargo son incapaces de satisfacer las necesidades de la realidad jurídica. Las teorías antes expuestas convergen en la edad moderna y dan lugar a distintas teorías, tales como las que pasamos a continuación a analizar. No con un carácter exhaustivo o agotador, sino más bien

con un carácter puramente introductorio, ya que esta es la finalidad que pretende este pequeño trabajo, que ha de ser tenido en cuenta por los futuros juristas como una evolución histórica de la costumbre donde han sido reseñados los vaivenes y distintas situaciones por los que ha pasado la costumbre en los pueblos y épocas que han influido en la formación de nuestro derecho.

Las doctrinas que dan primacía a la costumbre son la doctrina de la escuela histórica y la doctrina sociológica y psicológica. La primera se basa en que la costumbre es para el pueblo que la establece el espejo donde se reconoce. Consideran a la costumbre como la manifestación directa de la fuente originaria del derecho.

Esta doctrina ha de tener siempre el valor de haber aceptado una fuente jurídica fuera y por encima de la ley. Estas teorías conducen a dificultades semejantes a las que encontraron los posglosadores. La doctrina sociológica y psicológica por su parte considera que todo derecho y por tanto la costumbre se basa en los hechos, en el uso, en la existencia real de las relaciones sociales, en la consecuencia colectiva o en la individual.

Así dan mucha importancia a la jurisprudencia de los tribunales y de este modo vienen a subordinar la costumbre a la actuación de un órgano estatal. Las doctrinas que admiten el origen independiente de la ley y de la costumbre son dos, la democrática y la positivista. La corriente democrática se basa en Juliano cuando dijo ya que las mismas leyes no nos obligan por ninguna otra cosa que por haber sido recibidas por la decisión del pueblo es justo que lo que el pueblo aprobó sin escrito alguno obligue a todos porque importa que el pueblo declare su voluntad por sufragio o por sus propios hechos o actos.

Por su parte la corriente positivista basa la costumbre en la mera repetición de actos. En tercer lugar existen doctrinas que subordinan la costumbre a la aprobación del legislador. Para explicar la existencia de la costumbre los antiguos juristas acudieron a la aprobación tácita del soberano.

Es propia de regímenes jurídicos basados en el absolutismo legalista o dirigidos a implantar una organización estatal fuerte. No admiten ninguna norma nacida fuera o contra la ley. Por último se encuentra la doctrina que hace depender el valor de la costumbre de la organización jurídica.

Irnerio nos sentó el postulado de que el derecho consuetudinario pudo prevalecer en la Roma republicana pero no en la imperial. Tuvo su eco en Soto cuando este último jurista nos señala que en las repúblicas libres que se gobiernan sin príncipe las costumbres del pueblo constituyen ley. Pero si se trata de un pueblo sometido a la voluntad de un príncipe la costumbre no es ley sino en cuanto sea interpretación de la voluntad del príncipe.

Conviene que hagamos un repaso de la costumbre antes expuesta en este trabajo. En Roma tanto en la república como en el imperio prevaleció la ley frente a la costumbre. Los pueblos germánicos dan a la costumbre un valor puramente subsidiario con respecto a la ley.

Los glosadores defienden ardorosamente las leyes del emperador y posteriormente llegan incluso a establecer que una costumbre general podía incluso derogar una ley general. El derecho eclesiástico no admite costumbres contra las leyes. Así Alejandro III rechaza las costumbres contrarias a la ley.

Gregorio IX nos cita el requisito de que para que una costumbre se imponga tiene que ser prescrita. Los posglosadores defienden los estatutos y las libertades jurídicas de las ciudades frente al derecho imperial. La edad moderna origina diversas teorías siendo las más famosas las que dan primacía a la costumbre las que admiten un carácter independiente entre ley y costumbre.

Aquellas doctrinas que subordinan la costumbre a la aprobación del legislador y finalmente la doctrina que hace depender el valor de la costumbre de la organización jurídica.