

## La costumbre.

### **La costumbre como fuente del derecho. Concepto y elementos. Clases. Valor jurídico.**

Fuente *material* del derecho es *el pueblo*, a través del poder legislativo del Estado que manifiesta el derecho en forma de ley, o *directamente, en forma de costumbre*. Procede de la propia sociedad no organizada que, mediante la observancia reiterada de una conducta, acaba imponiéndola preceptivamente. Las normas fijadas por la costumbre surgen de manera espontánea por la actuación uniforme y continuada o habitual de los grupos sociales. La ley se dicta, la costumbre se vive, y rige aunque no se haya recogido por escrito, basta que sea comprobada por el uso manifiesto.

Suele decirse que en la costumbre hay un *elemento material*, la reiteración de un comportamiento, y un *elemento espiritual*, la elevación de ese comportamiento a modelo de conducta, de observancia preceptiva (*opinio iuris seu necessitatis*). Así se distinguiría la costumbre de los usos sociales, si bien el asunto no es pacífico.

En el derecho moderno es lo normal la primacía de la ley sobre la costumbre; no ocurrió así en los derechos antiguos, en que además, en muchos casos, apenas se daba el concepto de ley. Las normas consuetudinarias han sido abundantes, señala LASARTE, en las épocas en las que no existía la aceleración y movilidad sociales de nuestros días, y en las que los modos tradicionales de comportamiento eran los adecuados para las circunstancias imperantes: la solución a muchos problemas y conflictos se escudriñaba en lo que dictara la costumbre, sólo era preciso probarla. Explica O'CALLAGHAN: en las ciudades italianas de la Edad Media, la costumbre se oponía a las leyes imperiales; en Francia, sus costumbres escritas hacían frente al absolutismo de sus monarcas; el *common law* británico se apoya en la costumbre y será la defensa contra el absolutismo real; la Escuela histórica alemana usa la costumbre contra el afán innovador de los liberales, influenciados por las ideas revolucionarias francesas.

Hoy en día la costumbre tiene una importancia secundaria. En esta transformación, cuentan diversas razones: entre ellas, la consideración política de que es el vehículo idóneo para unas normas (unas veces buenas, otras no tanto) que consergran modos tradicionales de vida y de dominación. Por eso, los Estados que nacen de las revoluciones liberales, en su pretensión de abolir el derecho del Antiguo Régimen, eliminan o rebajan notoriamente la trascendencia normativa de la costumbre. Las ideas racionales de la claridad y la seguridad jurídica, baluartes de la igualdad ante el derecho, han supuesto la prevalencia moderna de la ley sobre la costumbre, proclamada prácticamente por todos los Códigos civiles.

La costumbre es la forma espontánea y popular de la creación del derecho. DE CASTRO la define así: norma creada e impuesta por el uso social. Hoy en día, suele decirse que es una *fuentes de carácter subsidiario*. Veamos...

- las normas consuetudinarias sólo tienen vigencia cuando no haya una ley aplicable al caso. Art. 1. 3 CC. La gran proliferación de leyes, deja un escaso campo a la costumbre. Hay una excepción: en Navarra la regla es inversa, Ley 3: "La costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia sobre la

general”<sup>1</sup>. En Aragón (art. 2 de la Compilación, redactado por ley 21 mayo 1985) la costumbre tiene fuerza por encima de la ley dispositiva, siempre que no sea contraria a las normas imperativas o prohibitivas. Parece igual en Galicia (art. 1 y 3, Compilación 24 mayo 1995)

- La costumbre es fuente del derecho porque la ley así lo determina. Esto sucede en general, y en ocasiones, con carácter concreto: a veces no es que rija en defecto de ley, sino que la ley se remite, para regular un punto, a la costumbre. En este caso de remisión, puede decirse que la costumbre sube de rango, apoyada en la ley. Puede verse arts. 485, 570, 1258, 1496, 1520, 1574, 1599...
- A diferencia de lo que ocurre con la Ley y los principios generales, queda excluida para la costumbre la regla *iura novit curia*, el art. 1.3 CC exige que quien pretenda que se aplique, alegue y pruebe la existencia y vigencia de la costumbre en cuestión. Por eso se dice que la costumbre es fuente *secundaria*. En Navarra, la “costumbre notoria” no precisa ser alegada y probada ante los tribunales. En el art. 281.2 LEC-2000 hay una nueva norma: “la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”<sup>2</sup>.

En cuanto a los elementos de la costumbre, para completar un poco, ya hemos hablado del elemento material y espiritual. La necesidad de este último, ha dicho O’CALLAGHAN, se reitera por la jurisprudencia anterior a la reforma de 1974. Mas, a partir de ésta, al dar a los usos jurídicos la consideración de costumbre (1. 3, 2º CC) este elemento define la costumbre; si no lo hay, será uso jurídico, pero éste a su vez tiene la consideración (valor, no identificación) de costumbre.

Hay otro elemento a que tradicionalmente se hacía referencia: racionalidad. Como secuela, el art. 1.3 señala que no ha de ser contraria a la moral o al orden público. Si bien la virtualidad de esos límites, señala LASARTE, es en la actualidad dudosa: el orden público se infiere de disposiciones legales, y si hay ley no se aplica la costumbre, y en cuanto a la moral, puede ser difícil encontrar hoy costumbres-norma que sean contrarias a la moral social predominante.

También para completar, de todo lo dicho se puede deducir las clases de costumbre que tradicionalmente se señalan: *secundum legem* (sería la costumbre interpretativa: no es una verdadera fuente del derecho, se refiere a un extremo ya regulado por la ley, dándole un determinado sentido, interpretación además no vinculante); *praeter legem* (la que es fuente del derecho según el art. 1.3 CC) y *contra legem* (reconocida en la Compilación de Navarra).

### **Los usos jurídicos. Los usos normativos.**

Algunos autores distinguen los usos de la costumbre, por la nota de faltar en ellos la convicción de estar cumpliendo una norma. Existen *usos sociales*, que no

<sup>1</sup> Es una muestra de lo que ocurría, de los criterios propios del “orden antiguo” al que hicimos referencia más arriba.

<sup>2</sup> “Resulta posible –dice LASARTE– que quienes se encuentren implicados en una relación jurídico-privada den por buena la existencia de una costumbre determinada, y que por tanto les resulte vinculante. Pero el juez sigue sin estar obligado a conocerla y aplicarla si las partes no están de acuerdo o si, sin estarlo, no la alegue y pruebe aquel a quien convenga”.

alcanzan trascendencia jurídica. Pero hay otros usos, a los que se refiere el CC, para equipararlos a la costumbre, aunque no se identifiquen conceptualmente con ella:

*“Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”* (art. 1. 3, segundo párrafo).

Desde hace tiempo, en determinados ámbitos (especialmente en el mundo de los negocios) se venía reclamando que al modo habitual de proceder en la contratación se le asignase un cierto valor normativo. Así, si en un determinado sector es habitual contratar un cierto servicio por un determinado porcentaje, se aplicaría esa tarifa *usual*, aunque no se especifique en el contrato, o incluso alguno de los contratantes ignore la existencia de tal uso; lo mismo se aplicaría a otras consecuencias del contrato, modalidades de prestación, calidades a prestar, significado de ciertas palabras o símbolos, plazos de garantía y reclamaciones, etc... Se habla de los “usos de los negocios”: desde la reforma del Título Preliminar de 1974 hay base para sostener que el modo usual de proceder en el tráfico tiene o puede tener eficacia normativa.

Los usos sociales, en principio extraños al derecho, alcanzan “trascendencia jurídica” cuando la norma legal se refiere a ellos. Y lo hace en varios sentidos...

- Interpretativo (de una cláusula oscura): se tiene en cuenta para comprender qué sentido tiene una declaración de voluntad que aparece como dudosa. ej. 1287: “El uso o la costumbre del país se tendrá en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”.
- Normativo (se van a aplicar, con independencia de la voluntad real o presunta de las partes). Las consecuencias de una actuación o de una declaración de voluntad vienen marcadas por el uso habitual en la materia a que la declaración de voluntad se refiere. Estos son los que tienen la consideración de costumbre. Su valor normativo les viene dado por la remisión que a ellos hace una norma. Ejemplos: – Con carácter general, consecuencias de los contratos: art. 1258 *ver* (usos de los negocios). –Reglas específicas, complemento del dato legal, a falta de pacto: entre otros, arts. 1555. 2, 1599 *ver* (usos de los negocios). –Hay otros ejemplos, de uso normativo que no sería uso “de los negocios”: el tipo de sufragios y funeral que dispondrá y pagará el albacea, lo hará según lo dispuesto en el testamento, y, en su defecto, según la costumbre del pueblo (art. 902 n. 1). Si el difunto no hubiera dejado bienes, quienes en vida habrían tenido la obligación de alimentarlo (ciertos parientes) deberán satisfacer “los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad” (art. 1894).