

AA.VV., *La consuetudine giuridica (Teoria, storia, ambiti disciplinari)*: A cura di Silvia ZORZETTO. Jura (Temi e problemi del diritto). Studi (Filosofia del diritto). Edizione ETS (Firenze 2008), 174 págs.

por

GABRIEL CÁRCICA CANTERO
Catedrático Emérito de la Universidad de Zaragoza

1. ¿QUID IURIS DE CONSUEUDINE?

Aparentemente, en el ámbito jurídico español, y, más concretamente, en el terreno civilístico, la costumbre como fuente del derecho es, actualmente, un tema menor que no suscita, ni dogmáticamente —al menos a nivel de la Manualística—, ni jurisprudencialmente (*vide ad ex.* las SSTS de 4 de octubre de 1982 y 19 de enero de 1987, con referencia a pacífica doctrina anterior) importantes debates, dado que, a mayor abundamiento, las Comunidades Autónomas con competencia civil han optado claramente en los últimos años por el ejercicio de las *facultades legislativas* que les otorga el artículo 149.1.8 CE, para desarrollar su derecho propio, ya sea transformando sus antiguas costumbres en normas legislativas, ya sea legislando *tout court*. Fuera de España (1) —concretamente en Italia— el tema parece preocupar más bien a los

(1) Vide en Francia, el amplio tratamiento de GHESTIN-GOUBEAUX, *Traité de Droit Civil (sous la dir. de J. Ghustin)*, *Introduction générale*, 3.^a ed. (París, 1990), págs. 434-459, aunque, en cierto modo paradójicamente, se ocupa de ella después de tratar de la jurisprudencia, y con amplia bibliografía en página 434, número 1.^o Para estos autores la costumbre se adapta mejor normalmente a las realidades de la vida social, y por ello resulta más ágil y matizada que la ley, y también es un instrumento de pluralismo jurídico que permite adaptar el derecho a las circunstancias particulares de la vida local o profesional (*op. cit.*, pág. 436); en primer término consideran que los usos pueden ser reglas jurídicas por delegación expresa, implícita o indirecta de la ley; pero también pueden llegar a ser reglas autónomas (costumbre *praeter legem*, incluso *contra legem*); por último, se produce una cierta influencia de la jurisprudencia, la cual, si bien no crea la jurisprudencia, la consagra e integra en la misma (*op. cit.*, pág. 446 y sigs.). Según le Doyen, CARBONNIER, *Droit Civil*, 1, 15.^a ed. (París, 1984), pág. 158, la doctrina francesa del siglo XIX ha tenido inclinación a negar que la costumbre fuese fuente del Derecho Civil: rendía culto al texto de la ley y de la legalidad. En realidad, la costumbre es fuente importante del Derecho Civil, de la que pueden discernirse dos formas: la costumbre propiamente dicha, de origen popular, que es la práctica seguida por la masa, y la costumbre de origen culto, fórmulas y recetas deducidas por los juristas (quizá con la aprobación tácita de la masa), pero a las que el tiempo, en todo caso, ha recubierto con

filósofos del Derecho y, en cierto modo, a los juspublicistas, como muestra la monografía que recensiono; el panorama parece común, tanto a los sistemas del *Civil* (2) como del *Common Law* (3).

2. CONTENIDO DE LA OBRA

La obra recoge la mayoría de las aportaciones presentadas al *Convegno* celebrado en la Universidad de Milano, durante los días 20 y 21 de septiembre de 2007, sobre el mismo título de la obra, y en ella se han omitido —sin indicar la razón— la ponencia del Profesor Pasquale DE SENA, sobre el tema *Consuetudine giuridica e diritto internazionale*, y las conclusiones del *Convegno*, expuestas por Mario JORI.

El contenido del volumen es el siguiente:

Introducción: Silvia ZORZETTO (págs. 9-40).

Possedere l'uso. Profili oggettivi e soggettivi della consuetudine nel diritto commune: Emmanuele CONTE (págs. 41-61).

Tre buoni filosofi contra i cattivi costumi (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine): Pierluigi CHIASSONI (págs. 63-107).

su pátina. Para el ilustre autor, estas últimas ofrecen dos manifestaciones: los principios generales del Derecho y las máximas jurídicas (pág. 163).

(2) En la doctrina italiana pueden consultarse:

W. CESARINI SFORZA, «*Ex facto oritur ius*», en *Studi G. del Vecchio* (Modena, 1930), I, pág. 87 y sigs.

BOBBIO, *La consuetudine come fonte normativa* (Padova, 1942).

S. ROMANO, s.v., «*Consuetudine*», en *Frammenti di un Dizionario Giuridico* (Milano, 1947), pág. 41 y sigs.

GIANNINI, «*Sulla consuetudine*», en *RIFD*, 1947, pág. 89 y sigs.

PAVONE LA ROSA, s.v., «*Consuetudine (usi normativi e negoziali)*», en *Enc.Dir.*, IX (Milano, 1961), pág. 513 y sigs.

PIZZORUSO, «*Fonti del diritto*», en *Comm. Scialoia-Branca*, artt. 1-9, disp. preleggi (Bologna-Roma, 1977), pág. 542 y sigs.

SORRENTINO, *Le fonti del diritto* (Genova, 1984).

Id., s.v., «*Consuetudine. I. Profili generali*», en *Enc. Giur.* (Roma, 1988).

GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* (Milano, 1993), pág. 255 y sigs.

Id., *Teoria e dogmatica delle fonti* (Milano, 1998), pág. 645 y sigs.

M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, en *RDC*, 1995, I, pág. 787 y sigs.

LAZZARO, «*Reciprocità e consuetudine*», en el vol. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali* (a cura di U. Scarpelli) (Milano, 1993) pág. 231 y sigs.

CELANO, «*Consuetudini, convenzioni*», en *Analisi e Diritto*, 1995, pág. 35 y sigs.

Id., «*Consuetudine e norme sulla produzione di norme*», en el vol. *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici* (a cura di Comanducci e Guastino) (Torino, 1996), pág. 185 y sigs.

PALADIN, *Le fonti del Diritto Civile italiano* (Bologna, 1996), pág. 381 y sigs.

SACCO, «*Il diritto non scritto*», en la obra colectiva *Le fonti del Diritto italiano. 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione* (a cura di Alpa-Guarnieri-Monateri-Pascuzzi-Sacco) (Torino, 1999), pág. 5 y sigs.

LUZZATTO, «*Il Diritto Internazionale Generale e le sue fonti*», en la obra colectiva *Instituzioni di Diritto Internazionale*, 2.^a ed. (Torino, 2003).

AINIS, «*Sul valore della prassi nel Diritto Costituzionale*», en *Riv. Trim. di Dir. Pubblico*, 2007, 2, pág. 307 y sigs.

(3) PERREAU-SAUMSINE and MURPHY (eds.), *The nature of customary law* (Cambridge, 2007). En el mismo vol. cole.: MURPHY, *Habit and convention at the foundation of custom* (págs. 53-78); POSTEMA, *Custom in International Law: A normative practice account*, págs. 279-306).

Paradossi della consuetudine giuridica: Damiano CANALE (págs. 109-136).

La consuetudine nel diritto civile, dall'opinio iuris all' electio iuris: Aurelio GENTILI (págs. 137-154).

Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo: Luigi BENVENUTI (págs. 155-174).

No todas las ponencias poseen idéntico valor para el privatista español. Desde un punto de vista histórico, resulta sumamente atractiva la ponencia de CONTE, quien con sólida documentación trata de perfilar y, hasta cierto punto, desmitificar, la función de la costumbre en el *Ius commune*. La perspectiva de la moderna filosofía analítica puede, acaso, interesar menos al lector habitual de la revista. Por ello me centraré en el excelente trabajo de GENTILI sobre la costumbre civil, sin perjuicio de aludir a los sugestivos aspectos administrativos que ofrece BENVENUTI.

3. PRESENTACIÓN DE LA OBRA POR SILVIA ZORZETTO

Reconoce Silvia ZORZETTO que el tema de la costumbre jurídica se coloca muy a menudo en una segunda línea de los temas del Derecho italiano actual y de la filosofía jurídica contemporánea, pese a exhibir una ilustre historia entre la tradición jurídica del Derecho común y anteriormente la romanística. Jueces y juristas se olvidan de ella, pese a que ha sido evocada, enfatizada y promovida como protagonista auténtico de la evolución del Derecho en varios momentos de la historia jurídica (CONTE). Por parte de los civilistas, «la costumbre adopta la existencia fantasmagórica de los *revenant* (aparecidos): creída muerta por muchos, reaparece episódicamente, se la encuentra, de tanto en cuanto, en los lugares menos frecuentados por las leyes, se le reserva una atención distraída, aunque no está claro por qué» (GENTILI). Tanto en el ámbito público como privado, cuando los juristas hablan de la costumbre jurídica, se limitan todo lo más a mencionar la *lex mercatoria*, los estilos interpretativos jurisprudenciales y la práctica en algunos sectores, como fenómenos consuetudinarios por excelencia de la época contemporánea; los jueces raras veces emplean las nociones de costumbre o costumbres jurídicas, prefiriendo expresarse en términos de usos y prácticas (una excepción la STC italiano, núm. 61 de 2006). Lo mismo puede decirse de los filósofos y teóricos del Derecho italiano, sin diferencias apreciables según las escuelas.

En el siglo XX, en Italia, el número de filósofos y teóricos del Derecho que se han dedicado puntualmente al tema de la costumbre ha sido muy reducido, disminuyendo —incluso— progresivamente; a mediados de aquél las discusiones sobre la génesis del Derecho han conducido, a veces, a interrogarse sobre la experiencia jurídica consuetudinaria (4). Últimamente, en un contexto de desinterés generalizado por el fenómeno consuetudinario, se encuentran referencias a la costumbre en estudios comparativos (5). Otros estudiosos de dis-

(4) La autora menciona las obras siguientes: W. CESARINI SFORZA, *Ex facto ius oritur*, en *Studi Del Vecchio*, I (Modena, 1930) págs. 87-97; y PARESCHE, *La genesi ideale del Diritto. Saggio sulla attuazione spontanea del diritto e la sua creatività* (Milano, 1956) rist. inalt.

(5) Múltiples referencias a SACCO, especialmente, *Il fatto, l'atto, il negozio* (Torino, 2005); y *Antropología giurídica. Contributo ad una macrostoria del Diritto* (Bologna, 2007), págs. 75-88 y 175-208.

tinta metodología tienden a no ocuparse específicamente de la costumbre jurídica, y los pocos que lo hacen indagan la relación entre las normas jurídicas y las sociales.

A juicio de la presentadora (6), el *Convegno*, cuyos trabajos recoge fundamentalmente la presente obra, gira en torno a los estudios previos de BOBBIO, LAZZARO y CELANO, que aseguraron el interés iusfilosófico del tema en Italia durante la segunda mitad del siglo pasado; y cuyas obras se recogen en la bibliografía, constituyendo fundamentalmente las aportaciones de la Escuela analítica pilotada por el primero. Además, pertenecen a esta orientación las ponencias de CHIASSONI, CANALE e BENVENUTI.

Cuestiones abiertas. El fenómeno de la costumbre jurídica, para unos autores va en auge, mientras que para otros retrocede, aunque no hay unanimidad acerca de qué costumbres se habla y cuáles son sus rasgos propios. Suele recurrirse a los conceptos de *usus* o *diuturnitas*, y de la *opinio iuris ac necessitate*. Pero su interpretación varía a lo largo del tiempo. Suele mencionarse, a título de ejemplo, la polémica que sostuvieron a principios del siglo XIX, el germanista PUCHTA y el canonista WALTER, a propósito del fundamento que sirve para atribuir valor normativo a la costumbre, de forma que, en opinión del primero, ésta no radica en el comportamiento unívoco de una comunidad sino en la convicción popular de su legitimidad (7). En la doctrina italiana del

(6) Silvia ZORZETTO, *op. cit.*, pág. 11 y sigs. El trabajo de esta autora constituye una excelente —y, obviamente, personal— introducción al volumen, y me serviré en el texto de algunos de sus epígrafes.

(7) PUCHTA publicó entre 1828 y 1837 la obra clásica sobre la costumbre, *Das Gewohnheitsrecht* (I, Erlangen, 1828, y II, Erlangen, 1837), que puede considerarse el estudio fundamental de la Escuela Histórica sobre el tema, basado, a su juicio, en la distinción entre el Derecho Romano antiguo, que constituye un objeto ya concluso y distante del presente, a diferencia del Medievo, que sigue siendo un pasado vivo en el que seguimos estando; ideas que aplica a la costumbre germánica plenamente radicada en el *Volk*. En el volumen I, PUCHTA polemizó con el colega canonista WALTER (1794-1879), quien describiendo el sistema canónico de fuentes, había exaltado la función de la costumbre, que había llegado a calificarla como una fuente particularmente privilegiada del Derecho de la Iglesia. Ello suscitó una oposición radical de Puchta para quien las fuentes canónicas demuestran más bien una aversión constante al desarrollo de las costumbres locales en la Iglesia. A juicio de CONTE, la razón de la discrepancia radica en que PUCHTA reconoce relevancia normativa no tanto al comportamiento definitivamente practicado por el conjunto del pueblo, cuanto más bien a la premisa espiritual de aquel comportamiento. Así pues, lo que confiere valor normativo a la costumbre no es el hecho representado por el comportamiento unívoco de una comunidad, sino la convicción popular de su legitimidad (*Überzeugungstheorie*); premisa esencial de esta doctrina es más bien la identificación de un sujeto del querer normativo: a saber, una comunidad popular capaz de madurar las convicciones que generan derecho; esto es, un pueblo, un *Volk*, caracterizado étnica o territorialmente, y, sobre todo, dotado del *Volkggeist*. Era evidente para PUCHTA que la Iglesia, ya desde fines de la Edad Antigua, se opuso al reconocimiento de nacionalidades autónomas y a que se creasen comunidades locales que pudieran eventualmente prefigurar una especie de *Volk*. La doctrina canonista madura del siglo XIII subordina claramente, en primer lugar, la costumbre a la razón y a la verdad (así es *rationabilis* una costumbre que no sea *contra utilitatem Ecclesiae, contra canones, contra statuta et disciplinam ecclesiae*, y, también, que no sea *onerosa*). A juicio de CONTE (*op. cit.*, pág. 47), el excesivo énfasis con que el canonista WALTER definía a la Edad Media como la *edad de la costumbre*, se basa en una confusión. Si *consuetudo* significa *Gewohnheitsrecht*, es decir, norma general que disciplina institutos jurídicos privados y públicos, en tal caso no podrá decirse que la Iglesia la hubiera favorecido, pues estaba muy preocupada por salvaguardar su

pasado siglo, los elementos de la norma jurídica consuetudinaria que suelen individualizarse generalmente son: la presencia de un comportamiento, su repetición, el transcurso del tiempo, la constancia o no interrupción del comportamiento, la frecuencia y no saltuariedad de éste, su uniformidad, la ausencia de secreto, la reciprocidad, la coordinación, ausencia de idiosincrasia, la creencia de los destinatarios, la conciencia de los participantes, el origen no conflictual. Esta enumeración resulta, sin embargo, incompleta y discutida. En el *Convegno CHIASSONI* distinguió tres problemas que advierte la Escuela analítica: 1) condiciones de existencia de la costumbre; 2) condiciones de juridicidad de la costumbre; y 3) condiciones de genuinidad, eficiencia o autosuficiencia nomopoiética de las costumbres. Con ánimo simplificador se señala todavía que el problema principal es el de la relación entre la observancia y la existencia de la norma jurídica consuetudinaria; habitualmente cuando desaparece alguno de los elementos formativos de tal costumbre se considera que deja de existir la norma misma, utilizándose los términos de *desuso, ineffectividad* o *ineficacia*; pero hay dudas sobre su verdadero significado y sobre si tales requisitos resultan aplicables a cualquier norma jurídica o, incluso, no jurídica; si la cualidad de ser efectiva, es decir, observada, resulta problemática para cualquier norma, la cuestión se hace más compleja respecto de las costumbres; un ordenamiento jurídico puede ser válido y efectivo aunque no incluya, en el catálogo de sus fuentes, a la costumbre, y, eventualmente, aunque no incluya el desuso (8).

La ambigüedad de la costumbre como fuente del Derecho. El silencio de la ley y las opiniones de los autores. A juicio de CANALE, la costumbre-fuente, ¿lo es en sentido material o formal?, ¿constituye, junto con la ley, una única clase de fuentes de normas jurídicas, o bien es una fuente especial?; en su caso, ¿cuál es su diferencia específica respecto de las demás fuentes del Derecho, y, especialmente, de la ley? Partiendo de estas premisas se descubre que la costumbre-fuente del Derecho suscita problemas inherentes a todo el ordenamiento y también en cada uno de sus sectores: así en el Derecho Privado viene a constituir una fuente opcional, más bien que impuesta, mientras que en el Derecho Administrativo, sin incluirla en el catálogo de las fuentes, adoptaría más bien la forma de *praxis* entendida como un conjunto de varios modos, diversos entre sí, de ejercicio del poder con relación a la actividad discrecional o parajurisdiccional de regulación en el que confluyen la confianza y la participación de los usuarios o la deontología de los funcionarios; mientras que

catolicidad, incluso jurídica. Pero si con tal palabra se quiere indicar un *Herkommen*, una práctica privada que establece derechos y deberes respecto de un sujeto, entonces puede acogerse la opinión de WALTER. En definitiva, la Iglesia ha tendido a reconocer juridicidad a situaciones de crédito o de deuda, de superioridad personal y de obediencia, de especulativas sobre derechos electivos o designación que, aun no pudiéndose fundar en un título constitutivo, se respetan, sin embargo, en la vida de las comunidades eclesiásticas; todo lo cual es muy diferente de reconocer normas jurídicas consuetudinarias privadas de aprobación conciliar o pontificia. Después de un minucioso y detallado estudio legislativo y doctrinal, concluye CONTE: «Esta historiografía de la costumbre medieval es actualmente, ella misma, objeto de historia. Si leemos las fuentes sin prejuicios, la costumbre medieval se nos aparece como un concepto mucho menos unívoco, no siempre positivo y en modo alguno unánime. Ha sido uno de los instrumentos utilizados por los juristas, civillistas y sobre todo canonistas, para resolver la dialéctica entre derecho y poder, propiamente en los confines entre lo público y lo privado» (*op. cit.*, pág. 61).

(8) Silvia ZORZETTO, *op. cit.*, pág. 15.

en el ámbito internacional se situaría al mismo nivel que el pacto, hasta el punto de que el *pacta sunt servanda* se fundamentaría en ella; a juicio de Silvia ZORZETTO, en el *Convegno* se delineó una historia y una geografía del fenómeno consuetudinario basándose en una noción ambigua de esta fuente del Derecho susceptible de ser declinada cada vez según sentidos diferentes, incluso inadvertidamente. Así CHIASSONI se refiere a la costumbre como ámbito de experiencia, como comportamiento, como norma, como praxis y como fuente del Derecho; todavía, en relación con la última acepción, cabría entenderla ya sea como una de las expresas o tácitamente incluidas en el catálogo de las fuentes del Derecho positivo, o bien como elemento fundante del Derecho mismo (*ex facto consuetudinis oritur ius*); la misma metáfora *fuente* sirve, en consecuencia, para designar un concepto técnico-jurídico y un concepto que ayuda a expresar el problema de la existencia del derecho en una sociedad determinada, incardinados ambos, el primero en la teoría general de las fuentes del Derecho y el segundo en la teoría general del Derecho. Para algunos autores —a los que se opuso en su momento BOBBIO—, la costumbre está dotada de relevancia jurídica intrínseca, prescindiendo del reconocimiento formal del ordenamiento. Entre los intervenientes, CANALE y GENTILI advierten que en el vigente ordenamiento jurídico italiano, a diferencia del canónico y otras experiencias del pasado, no se habla de costumbre sino de *uso*, cuya definición, sin embargo, no proporciona la ley, de donde deriva el esfuerzo doctrinal por perfilar su concepto. Según CONTE, no se llegará a captar el sentido de la doctrina medieval de la costumbre si no se tiene presente que en las fuentes el término *consuetudo* no sólo significa *law* en sentido general, sino con frecuencia *right* en sentido dinámico y subjetivo. Es decir, durante mucho tiempo por costumbre no sólo se ha entendido *Gewohnheitsrecht*, es decir, norma general que disciplina instituciones jurídicas públicas y privadas, sino también en el sentido de *Herkommen*, una *praxis* privada que constituye derechos y obligaciones en torno a los sujetos. Concluye Silvia ZORZETTO (9) que, hoy como ayer, la costumbre jurídica parece indicar un instrumento del que se valen los operadores y los teóricos del Derecho para administrar el poder, tanto en el campo público como privado, distribuyendo privilegios a través de reglas generales o, viceversa, proporcionando un difuso relieve a casos singulares. Ahora bien, es objeto de discusión la naturaleza de esa suplencia que juristas y jueces, en silencio de la ley, hacen de la autoridad legislativa: ¿una forma de integración legítima, o bien el ejercicio de un poder *extra ordinem* (¿o quizás *contra legem*?), o bien refleja genuinamente el fenómeno jurídico consuetudinario, cualquiera sea su naturaleza?

El escepticismo ante la costumbre jurídica no siempre obedece a razones políticas, sino más bien nace de la convicción de que resulta imposible individualizar un concepto mínimamente determinado de aquélla por razón de su objeto. Por ejemplo, el Derecho Internacional del Comercio, ¿es realmente Derecho Consuetudinario?, ¿lo son también los usos de los proveedores de acceso a Internet (ISP)?, ¿o los *Incoterms*? Ahora bien, guardar silencio sobre la costumbre y acerca de las incertidumbres sobre su prueba significa optar por la oscuridad en vez de la claridad metodológica. Opina, en consecuencia, Silvia ZORZETTO (10) que el tema central es preguntarse *cómo* las normas jurídicas consuetudinarias asumen relevancia jurídica y, especialmente, en la re-

(9) Silvia ZORZETTO, *op. cit.*, pág. 19.

(10) Silvia ZORZETTO, *op. cit.*, pág. 23.

solución de los conflictos; debido a las incertidumbres que origina la interpretación de la costumbre, la autora propone hablar de *accertamento ed applicazione*, en vez de interpretación de la costumbre.

El problema de la interpretación de la costumbre jurídica. Según SCARPELLI, el *accertamento* (determinación) del Derecho Consuetudinario es un proceso de notable complejidad, en el que intervienen meras interpretaciones del sentido, relativas a comportamientos dotados de éste, aunque no de significado, e interpretaciones de sentido a través de interpretaciones de significado, relativas a actos lingüísticos dotados de sentido y de significado. En todo caso el desemboque de la determinación es la abstracción de un criterio adecuado a los sentidos del comportamiento y de los actos, idóneo para explicarlos, que se eleva a norma jurídica. Los juristas no profundizan mucho en estos aspectos, y se limitan a constatar las diferencias con la ley; ésta es escrita, sigue modalidades de producción formalizada y quien la produce no coincide con sus destinatarios; por el contrario, la costumbre puede manifestarse en formas diversas (oralmente, por escrito o mediante otros signos), lo que incidirá en su prueba (11). Algunos autores reflejan estos aspectos: así GENTILI sostiene que ley y costumbre son manifestaciones diversas del Derecho, y que su comparación, siempre que no aparezcan viciadas por *visiones idealizadas* de la segunda, ofrecen serias dificultades derivadas del hecho de adoptar indistintamente acepciones diferentes de costumbre, y del hecho de confundir las palabras con su significado, las disposiciones con las normas y éstas con las fuentes (CHIASSONI). Históricamente ha habido problemas a la hora de traducir en normas las costumbres; así se menciona la decretal *Cum Ecclesia sutrina* de Inocencio III, con la cual se normaliza, a través del trámite probatorio, la relación entre el *usus* y la *praescriptio*, creando la figura de la prescripción de la costumbre.

Actualmente hay problemas similares en el Derecho interno de los estados si se acepta que los usos, la praxis y la costumbre responden a una institución única. La autora menciona el problema de la redacción de *textos canónicos* o modélicos a la hora de redactar las costumbres (12). Recogiendo las observaciones de SCARPELLI se pregunta la autora: ¿el *acertamento* de la costumbre jurídica puede asimilarse a la interpretación jurídica de los textos legislativos?, ¿o bien estas actividades presentan rasgos tan diferenciados que puede hacer inútil, inoportuno o quizás contraproducente, hasta el punto de considerarlos dos especies del género interpretación?, ¿se puede hablar propiamente de *interpretación de la norma consuetudinaria*?

A modo de colofón. Concluye la autora (13) que, diversamente de cuanto ocurre con la ley y muchos otros actos y hechos jurídicos, el Derecho Positivo [italiano] vigente respecto a la costumbre jurídica, no contempla de modo expreso, ni fórmulas ni procedimientos de existencia o validez jurídica, sino que se presenta como *una fórmula no formalizada*, más bien que *una expresión sin contenido*. El hecho de que el Derecho Positivo vigente no indique expresamente bajo qué condiciones exista una costumbre jurídica, ello no implica que tal costumbre no exista ni que la labor de su determinación equivalga a

(11) Salvo que alguna norma lo regule especialmente: Así, *Gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati si presunono esistenti fino a prova contrario* (art. 9 del Real Decreto de 12 de marzo de 1942).

(12) Silvia ZORZETTO, *op. cit.*, pág. 27.

(13) Silvia ZORZETTO, *op. cit.*, pág. 40.

algo similar a la búsqueda del sentido de una superstición que estaría constituida por las ideologías y preconceptos tácitos de juristas y jueces.

4. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO COMÚN

Según CONTE (14), la costumbre es un tema clásico y central para historiografía jurídica medieval. Cita dos obras de necesaria referencia: *Medioevo del diritto* (15) y *L'ordine giuridico medievale* (16), debidos a dos autores clásicos, CALASSO y ROSSI, que, respectivamente, dedican amplio tratamiento a la costumbre en la Edad Media, a la función creadora de nuevas instituciones, como el feudo, a su choque con la legislación, a la doctrina eclesiástica sobre la materia y a la praxis que acogió en el proceso las instituciones consuetudinarias; y que, por otro lado, la ha descrito como *la fuente primaria y prevalente del Derecho*, que ha servido de precedente a las leyes escritas, como *supraordenado* al propio legislador. Este entusiasmo por los estudios histórico-jurídicos se origina con ocasión del nacimiento de la Escuela Histórica alemana, partiendo del conocido opúsculo anticodificador de SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg, 1814; rist.an. Goldbach, 1997). Para este autor, cualquier norma se impone a través de la costumbre y la convicción del pueblo, de modo que el legislador adquiere conciencia de ello *a posteriori*, y la promulga cuando está fuertemente arraigada gracias a las fuerzas internas del pueblo; es decir, cuando está afirmada como costumbre. Sobre tal presupuesto savigniano se ha apoyado el favor de los historiadores del Derecho por la costumbre, reforzado por los germanistas muy vinculados al *espíritu del pueblo*. GIERKE denunciará la lucha del legislador contra la costumbre y contra la doctrina que había propugnado su primacía entre las fuentes del Derecho. Aunque hoy puede parecer secundario, la germanística del siglo XIX se presentaba como la mayor enemiga del *estado medieval*, a diferencia de la romanística más proclive al estado liberal y burgués que la Pandectística recondujo al modelo romano.

En un mundo en el cual las posiciones de goce se califican como *status* y el poder económico no es distinto del político o social, la costumbre, en primer término, representa un modo de transferencia de prerrogativas públicas a sujetos privados; entre tales prerrogativas figura la de promulgar normas de valor local, que expresan el consenso tácito de todos, según el conocido esquema inspirado por las fuentes romanas; pero también —y, acaso, en primer término— el ejercicio de actos de soberanía y, a veces, de opresión; se trata de las *prave o male consuetudines*, objeto de tantos lamentos en documentos altomedievales y símbolo de la opresión de los *potentiores*; frente a ella se amplían las facultades del monarca, y ya bajo un *jus commune* más elaborado se busca un equilibrio entre los poderes locales —más o menos legitimados por la costumbre— y los poderes del rey y del emperador. BALDO, que no deja de reclamar el carácter normativo de la costumbre, la equipara sin embargo, al *privilegium*, y sostiene que puede ser derogada por la ley del monarca, *ex certa scientia (quia faciunt extorsiones enormae*, apostilla aquél). En estas palabras encuentra CONTE (17) una llamada a la vigilancia por parte del legisla-

(14) CONTE *op. cit.*, pág. 41.

(15) CALASSO (Milano, 1954), págs. 181-214.

(16) GROSSI (Roma-Bari, 1995), págs. 88-89.

(17) CONTE, *op. cit.*, pág. 60 y sigs.

dor, que viene a contrastar con la idea corriente de la prevalencia de la costumbre contra la ley, así como con la idea del sistema del Derecho Común como ordenamiento sin Estado, que surge propiamente con el romanticismo del siglo XIX y basado en la historiografía protestante. Se trataba de una visión medieval que se adaptaba perfectamente al romanticismo que tiende a justificar una doctrina de la costumbre como expresión directa de la voluntad común de un pueblo, profundamente arraigada en su espíritu y con frecuencia en contraste con leyes impuestas por un poder violento y extraño.

5. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL

La veintena escasa de páginas que GENTILI (18) dedica a la costumbre parece estar profundamente meditadas y, además, se ofrecen elegantemente expuestas. A juicio de este autor, pese a no gozar de un gran prestigio, la costumbre tiene tras de sí una gran historia, constantemente entrelazada con la de la ley, de la que se presenta como hermana aunque de carácter diverso y de peor fortuna; ésta ha sido alterna y diversa, pues, según la mayoría de la doctrina, ha prevalecido en el Derecho antiguo y medieval, pero se ha visto postergada en la época clásica y moderna, si bien ahora reclama los derechos de la hermana mayor invocando que fue el instrumento normativo originario del Derecho, pues sólo desarrollándose históricamente logró éste valerse de fuentes escritas. Pero el autor lo rechaza enérgicamente por ser, a su juicio, históricamente frágil y teóricamente incoherente. Prescindiendo de lo ocurrido en la noche de los tiempos, en el Derecho romano *consuetudines* y *mores* aparecen en situación bastante constreñida, según las épocas, por el Derecho legal y, sobre todo, por el Derecho pretoriano (19). Nace entonces la idea —que se mantendrá, al menos, hasta la Escuela Histórica— de que la costumbre sea producto normativo de la voluntad popular, según el célebre pasaje de GIULIANO (*Dig. 1,3,32,1*). La Codificación desplazó a las costumbres, y ello por razones políticas, ideológicas y técnicas; el estatalismo no podía reivindicar un monopolio sustancial de la producción del Derecho; las *coutumes* representaban, en buena medida, el Derecho de los cuerpos y clases sociales que el liberalismo intentaba destruir y las relaciones de producción y de intercambio que trataba de reorganizar; finalmente, los usos constituyan el Derecho caótico e irracional sedimentado por la tradición frente al Derecho sistemático y racional inventado por la codificación. Ésta marginó, pero no eliminó, a la costumbre, de modo que ésta sobrevive en ordenamientos como el francés y el alemán, en los que prácticamente resulta ignorada (20), como en el austriaco, que la admite cuando es llamada, o en el italiano que parece admitirla incluso en los espacios vacíos (21).

(18) GENTILI, *op. cit.*, págs. 136-154.

(19) Ni siquiera las incluyó GAIÓ en su elenco de las fuentes: *Constant autem iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultus, constitutionibus principum, edictis eorum qui jus dicendi habent, responsis prudentium* (*Inst. 1,2*).

(20) Para el Derecho francés véase, no obstante, la nota 1.

(21) Artículo 8, disp. prel. Cc. Si se interpreta el artículo 12 en el sentido de que cuando la ley nada dispone entra la analogía en aplicación, aunque existan usos *praeter legem* éstos carecen de campo de aplicación, pero si se interpreta que no hay laguna cuando los usos, aun no expresamente llamados, integran una ley que nada dispone al

¿Cuánto espacio ocupan hoy las costumbres en nuestro Derecho?, ¿sólo el residual, que resulta de las declaraciones generales, o uno en realidad más amplio?, ¿sólo aquél que resulta de las declaraciones oficiales, u otro diverso, ulterior e inadvertido? GENTILI (22) responde en cuanto al Derecho italiano: Nuestras leyes [italianas] no conocen propiamente costumbres sino más bien los usos; en el Código Civil se invoca a éstos más de un centenar de veces, especialmente en el ámbito del Derecho Patrimonial; mientras que están ausentes los usos en el derecho de la persona, de la familia y de las sucesiones por causa de muerte. Puede hablarse de una presencia difusa pero no determinante, y aunque su función resulta amplia, es meramente auxiliar; actualmente en el Derecho Civil los usos intervienen para integrar en sus detalles una disciplina cuyas opciones se adoptan en otro lugar; sirven, en suma, para completar más que a crear el derecho concreto de las relaciones privadas reguladas caso por caso. Todo lo cual confirma la opinión de que la costumbre sigue presente en nuestro ordenamiento aunque en una función marginal. Sin embargo el autor se pregunta si la concepción expuesta no resulta demasiado extensiva (en tal sentido, la conocida opinión de ZITELMANN en 1883, y más recientemente de LAZZARO y CELANO) o, por el contrario, restrictiva (que el autor no comparte). A la incertidumbre sobre el concepto se añade, en opinión de GENTILI (23), la perplejidad sobre su valor, pues la costumbre se presenta como el instrumento jurídico a través del cual la sociedad civil se reapropia la producción del derecho; no es fortuito que en el sistema legal de fuentes se impongan las que se derivan de aquellos poderes fácticos con los cuales el estado moderno debe pactar; el poder de las empresas y, en general, las instituciones del mundo de los negocios; si nos fijamos en las desigualdades sustanciales que se crean sin la intervención del Estado, la costumbre se presenta como el avasallamiento de los poderes fuertes sobre las contrapartes más débiles (en el comercio internacional los Estados disponen de escaso poder). Después de un par de milenios, sentencia el autor, se discuten todavía el concepto mismo y el valor de la costumbre.

En un intento de brindarnos su opinión sobre las relaciones actuales entre ley y costumbre, GENTILI (24) afirma que, entre ambas, existen diferencias que no son ontológicas, sino que derivan de emplear la palabra *derecho* en ambos casos con sentidos diversos, y de una diversa concepción de la juridicidad. En la base de la costumbre está un hecho, pero también lo está en la base de la ley, y aunque se le califique de *institucional*, no lo es menos el hecho base de la costumbre. En la ley prevalece la mayoría, igual que ocurre en la práctica creadora de la costumbre; la *matriz* en ambas es igualmente *política*. El hecho legislativo no produce normas, sino un *texto* que la técnica denomina *disposición*; pero también la costumbre produce disposiciones aunque no consten por escrito (basta el signo que figura en un comportamiento o conducta). Ni textos ni comportamientos producen normas, ya que *ex facto non oritur ius*. A juicio de GENTILI, las normas, consuetudinarias o legales, su sentido, y su validez resultan más bien como un fruto de la argumentación, que no sólo determinan su

efecto, entonces sólo se aplicará la analogía en ausencia de usos. A favor de la interpretación restrictiva: ALLARA, BIGLIAZZI-GERI, BRESCIA y BUSNELLI; a favor de la amplia, PIZZORUSSO.

(22) GENTILI, *op. cit.*, pág. 142 y sigs.

(23) GENTILI, *op. cit.*, pág. 147.

(24) GENTILI, *op. cit.*, pág. 150 y sigs.

sentido sino también su existencia. Concluye que la función de la costumbre no es diversa de la ley, a saber, constituir fuente del Derecho, y que ambas proporcionan material al intérprete, en cuyo momento sólo son fuentes y no Derecho; serán esto último cuando, en caso de violación, justifiquen el empleo de la fuerza para imponerla. Prosigue el autor que, si las cosas son así, ¿no hay, en realidad, diferencia alguna entre Derecho escrito y consuetudinario?

Difieren en el modo de crear Derecho; al menos en el ámbito de las relaciones civiles, tanto internas como transnacionales, el Derecho Consuetudinario generalmente es opcional; uno queda sujeto a los usos cuando no se ha cuidado de excluirlos; así, lejos de ser una *opinio iuris*, la razón de su aplicación estriba en una *electio iuris*; por tanto, esta última es el rasgo que caracteriza hoy a la especie consuetudinaria respecto a la especie legal en el común género de las fuentes del derecho; mientras que en el derecho positivo podemos distinguir siempre entre el derecho opcional y el derecho impuesto.

No deja de ser sustanciosa la página conclusiva de GENTILI (25): Sólo en apariencia el Derecho Consuetudinario era espontáneo, popular y emanado de los destinatarios; por el contrario, le caracteriza hoy un ánimo autoritario, heterónomo, igual al de la ley, aunque privado de su sistema de contrapesos y mediaciones; hasta ahora la costumbre era manifestación de libertad y de autonomía sólo para quien podía instaurarla e imponerla, mientras que para aquellos que estaban sujetos a ella representaba sólo restricción legitimada por el capcioso argumento de que *así lo hacen todos*. Pero cuando se subordina a la expresa o tácita *electio* de aquellos a quienes se aplicará, la costumbre llega a ser efectivamente un derecho espontáneo, fruto de la autonomía de sus destinatarios, y cuya validez se basa en el consentimiento del obligado. De este modo recupera su *alteridad* respecto a la legislación, aunque sea de especie y no de género; una y otra son hechos y fuente de disposiciones; pero en cuanto norma una lo es por voluntad del regulador y la otra por voluntad del destinatario. Con ello se aclaran las dudas sobre su concepto; los elementos que la tradición ha elaborado (praxis, *opinio*, interactividad) y que siempre se han considerado necesario aunque insuficientes, se transforman en suficientes si con ellos se trata de explicar, no en base a qué cosa se impone la norma consuetudinaria, sino en base a qué cosa se adopta. A su juicio, de este modo se disipa el misterio que acompaña sus apariciones en el ordenamiento actual.

6. PRAXIS Y COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

No dentro de las *pre-leggi*, sino propiamente en el artículo 11 del *Codice Civile* de 1942 se dispone que *le provincie e i comuni, nonché gli enti riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti seconde le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*.

Advierte BENVENUTI que en las décadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado, entre la doctrina iuspublicista italiana, especialmente constitucionalista, se produce un movimiento doctrinal encaminado a recapitular el fenómeno consuetudinario a la luz de la teoría de las fuentes del Derecho con amplio apoyo en la teoría analítica del Derecho (26), incidiendo en la distinción entre fuen-

(25) GENTILI, *op. cit.*, pág. 154.

(26) ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del Diritto* (Torino, 1970); *Manuale di Dir. costituzionale* (Torino, 1988); SORRENTINO, *Le fonti del*

tes materiales, formales y de producción, así como en la diferenciación entre concepción dogmática y teórica; con frecuencia ello desemboca en una concepción escéptica sobre la costumbre manifestada en una cierta circularidad (de que hablaba BOBBIO) según la cual el fundamento del Derecho Consuetudinario se busca implícitamente, sea en la autoridad del sujeto que la impone, sea en el comportamiento del sus usuarios, sea en la materia regulada, sea en su pertenencia a un ordenamiento jurídico, aunque de ello no deriva ninguna adopción de posición metodológica.

A juicio del autor (27) cuando se considera el fenómeno consuetudinario en su complejidad, con atención al Derecho Administrativo, la mente se traslada enseguida a instituciones de lejano origen histórico, como la inmemorialidad, consistente en la presunción de existencia de títulos de legitimación para los estados de hecho; o bien a las hipótesis, numerosas y diversas, de los usos cívicos respecto de los cuales se discute acerca del vínculo a cargo de particulares o de la colectividad; e, incluso, cuando aparecen las modalidades de constitución del régimen de la demanialidad. Aunque en estos casos hay dudas sobre la presencia de los elementos constitutivos del fenómeno consuetudinario, del todo claro aparece el resultado de formarse una verdadera fuente legal. Otra consideración merece la institución de la *praxis*, desde siempre considerado de modo confuso y residual por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, así como sus relaciones con la costumbre en sentido estricto, lo que debe inducir a mayor prudencia metodológica. Se alude a la uniformidad de comportamientos por parte de los órganos y oficios administrativos, a través de la concurrencia eventual de los ciudadanos, extraños por sí mismos a la dinámica de aquellas estructuras administrativas. El rasgo distintivo sería la constancia de la repetición de tales comportamientos, que en tal caso darían lugar a una actuación regular. Pero hay variedad de interpretaciones: para PICOZZA se trataría de un método de integración interpretativa de providencias y comportamientos de la administración pública; o bien, según BASSI, una vez finalizada el buen resultado de la acción administrativa, tendría relación con el mérito administrativo; CARULLO (28), por su parte, atribuye a la *praxis* un elemento de *doverosità*, en el limitado sentido de especificación de *obblighi* ya impuestos por el Derecho.

He aquí algunos rasgos de la *praxis* que la distinguen de la actividad administrativa desarrollada en actos formales: cuando se trata de hechos y comportamientos que tratarían de corregir algunas formas discutibles del ejercicio del poder, tanto en el ámbito de la organización como en el del ejercicio de las funciones (innovando sectores como el del empleo público, contratos administrativos, organización de los entes económicos, actividades de coordinación y, a veces, de control); el comportamiento puede consistir en una forma de *instinto mimético*, o como acción consciente y deliberada. Según BENVENUTI (29), para estudiar el fenómeno de la *praxis*, es necesario tener separados los diversos

Diritto (Génova, 1987); MODUGNO, «Fonti del Diritto. Diritto costituzionale», en *Enc. Giur.*, 14 (Roma, 1989); PIZZORUSO, «Fonti (sistema costituzionale delle)», en *Dig. Disc. Pub.* (Torino, 1991); ROSSANO, *La consuetudine nel Diritto costituzionale* (Napoli, 1992); PALADIN, *Le fonti del Diritto italiano* (Bologna, 1996); TARASCO, *La consuetudine nel ordinamento amministrativo* (Napoli, 2003).

(27) BENVENUTI, *op. cit.*, pág. 161 y sigs.

(28) Autor de la única monografía sobre el tema: CARULLO, *La prassi amministrativa* (Padova, 1979).

(29) BENVENUTI, *op. cit.*, pág. 164.

puntos de vista, de la administración, de la doctrina y de la jurisprudencia; asimismo la posible subsistencia de una exigencia deontológica interna de los organismos administrativos, y de la posible *doverosità* de un comportamiento repetido en el ámbito de los límites normativos; por último, en relación con la actividad de regulación, convendrá contar con la presencia de interferencias recíprocas entre varias expectativas. De la casuística concreta deriva una especie de disociación entre los diversos puntos de vista (por ejemplo, el administrativo material y el contencioso). En la óptica de la Administración, no se ven obstáculos para que, junto a los deberes ya establecidos, se asuma el del mejor modo de actuar, de modo que pueden crearse vínculos a través de la objetivación administrativa, con la finalidad de suplir las deficiencias del sistema. Más compleja resulta el punto de vista de la jurisprudencia, pues hay decisiones que subrayan la distancia que existe entre la verdadera fuente consuetudinaria y la praxis, mientras que en otras se atiende a valorar la función de suplencia en términos de *doverosità*.

Por vía de conclusiones afirma el autor (30) que la praxis actúa transversalmente, a partir del momento en que se llevan a cabo operaciones materiales, por ejemplo, en el ámbito burocrático, y entonces prevalece el instinto imitativo; si se asciende a un nivel superior suele encontrarse una especie de *doverosità* (*sentimiento de deber*) del *comportamiento repetido*; finalmente, cuando llega a confluir el comportamiento de los particulares es preeminente el entrecruzamiento de expectativas, sobre la base de razones justificativas, que caso por caso deben ser investigadas, especialmente con las reglas que operan en el ámbito regulatorio. Fácil es comprobar que no hay un modelo único, un paradigma aplicable a cualquier comportamiento repetido. Opina BENVENUTI que la praxis está en el origen de todo ordenamiento administrativo, en el sentido de que toda norma escrita va precedida de algún experimento por vía de práctica. En cuanto al artículo 11 del Código Civil italiano, además de la discutida admisibilidad de la costumbre *praeter* y *contra legem*, el problema fundamental es saber si la costumbre puede derogar los reglamentos y el contenido de la ley en sentido material.

7. EPÍLOGO PARA ESPAÑOLES

Por de pronto conviene decir que la doctrina y el Derecho español están del todo ausentes en este volumen, y ello pese a que nuestro legislador, tanto en 1889, como en 1973, adoptó una postura nítida sobre la costumbre como fuente del Derecho. Además de la diferenciación fundamental *Civil Law-Common Law*, no faltan en la obra recensionada indicaciones comparativas referentes a los Derechos alemán, francés e, incluso, austriaco. Todo ello en un momento en que, un tanto paradójicamente, el comparatismo italiano hace gala de universalismo. Lo que no impide, sin embargo, que la obra tenga también alguna utilidad para nosotros. Ciertamente, no parece posible admitir, sin más, en su conjunto, las novedades y doctrinas que se exponen, ni tampoco que sea necesario adherirse a los postulados de la Escuela analítica para interpretar adecuadamente el valor actual de la costumbre, aunque tales teorías sí pudieran contribuir a reabrir la polémica que, en los años noventa del pasado siglo suscitó entre nosotros, ciertamente, sobre otras bases y fun-

(30) BENVENUTI, *op. cit.*, pág. 168 y sigs.

damentos legales, el comentario de GORDILLO CAÑAS al artículo 1.3 del Código Civil (31), hoy aparentemente apaciguada (32). Asimismo, las puntualizaciones de CONTE sobre la costumbre en el *Ius commune*, me parecen igualmente de interés (33).

AA.VV., *Enseñar Derecho en el siglo XXI. Una guía práctica sobre el Grado en Derecho*. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA y Rafael PALOMINO LOZANO (Directores). María Goñi RODRÍGUEZ DE ALMEIDA y Silvia MESEGUR VELASCO (Coordinadoras), Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, 390 págs.

por

JOSÉ MARÍA CARABANTE MUNTADA
Profesor de Filosofía del Derecho

El conocido como «plan Bolonia» ha sido, tal vez, el proyecto de educación universitaria más polémico de los últimos años y quizá también el más ambicioso. Tanto las críticas que ha recibido como los elogios son una muestra del desafío que supone para estudiantes y profesores. Puede decirse que las exigencias legales, técnicas, profesionales y personales que impone son más necesarias que nunca en un entorno global como al que nos llevamos enfrentando en las últimas décadas. Pero, ¿qué supone Bolonia para la universidad española y, más concretamente, para los estudios universitarios de Derecho? A esta pregunta trata de responder *Enseñar Derecho en el siglo XXI. Una guía práctica sobre el Grado en Derecho*, un ensayo que resulta ser pionero en este tema tan trascendental para el futuro de las profesiones relacionadas con el ámbito jurídico.

Los autores que han colaborado en el volumen, todos ellos profesores universitarios, han participado en un proyecto de investigación sobre el «Análisis y elaboración de un catálogo de competencias y herramientas aplicables a las disciplinas de Ciencias Sociales y Jurídicas». Gracias a este trabajo ofrecen, desde diferentes perspectivas, un análisis del proceso de adaptación de los estu-

(31) En ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, I-1.^º (Madrid, 1992), págs. 77-265. Las afirmaciones del profesor GORDILLO obligarían, en mi opinión, como apunto en el texto, a replantear la *communis opinio* que suele sostenerse a propósito de la costumbre en Derecho español. Aquella obra se menciona, efectivamente, en la bibliografía usual sobre el tema [así LACRUZ, *Elementos*, I-1.^º, 3.^a ed. (a cargo de J. DELGADO ECHEVERRÍA) (Madrid, 2002), pág. 167, cita a GORDILLO como autor de otra obra, «La costumbre, ¿fuente autónoma del Derecho?», en *Quaderni Fiorentini*, etc., 1992, págs. 387-523, que —sin poderlo comprobar ahora— supongo reproduce la obra antes citada, menciona, sin embargo, esta última De PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la persona*, 3.^a ed. (Madrid, 2008) en la amplia y excelente bibliografía que incluye], pero, en realidad, no llegan a discutirse sus argumentos.

(32) Quizá entre sus alegaciones más llamativas sea su afirmación de que todo un siglo de experiencia de nuestro vigente sistema de fuentes no permite identificar ni un solo pleito en que la jurisprudencia haya resuelto aplicando una costumbre, en sentido propio, como fuente autónoma de Derecho (GORDILLO, *op. cit.*, pág. 85).

(33) Ya DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, 2.^a ed. (Madrid, 1949), pág. 363 y sigs., alertó sobre las dificultades para comprender adecuadamente el papel de la costumbre a lo largo de la historia y en la actualidad.