

# Ley y costumbre en la bibliografía inglesa

SADLER (G. T.).—*Relación de Costumbre a Ley*. 1919 (Sweet & Maxwell), Londres.

La monografía de *Sadler* viene a llenar un vacío en la literatura jurídica inglesa, que nunca entró de lleno en las controversias continentales de racionalistas, historicistas, romanistas y positivistas acerca de las fuentes del Derecho.

Ningún pueblo, sin embargo, ha defendido con tanta tenacidad sus tradiciones e instintos. En ningún Derecho el precedente pesa tanto como en el inglés. No es un Código Napoleónico impuesto súbitamente por un emperador a su pueblo, sino un conjunto de producción espontánea, de exteriorización de las necesidades del pueblo inglés, que diría *Savigny*, enriquecido por asimilaciones del Derecho romano, de costumbres teutónicas y de las leyes marítimas de Olerón y Rodas. Su ley fundamental es modelo de Constituciones no escritas. La idiosincrasia inglesa encontró en la costumbre su «chimenea de evacuación jurídica», «la producción inconsciente y sonámbula de su derecho», que diría *Ihering*, o «la trasudación de sus derechos», empleando la frase de *Picard*. Podría decirse con *Cogliolo* que su Derecho se ha desenvuelto por vía de adaptación a las condiciones y necesidades del pueblo. El fetichismo legal, el dualismo de gobernantes y súbditos de que nos habla *Duguit*, nunca se agudizó en Inglaterra, donde el legislador es poco dado a abstracciones, al «trabajo mal sano del jurisconsulto de gabinete», que combatía *Ihering*, y tiene mucho del legislador mandatario a la manera formulada por *Costa*.

«El poderío inglés—dice *Emerson*—débesse también a su aversión a las mudanzas. Les es difícil darse razón de un hecho, y acuden siempre, por primera diligencia, a la memoria. Tan pronto como han vencido alguna dificultad y encontrado un medio ingenioso apresúranse a proclamarlo como el mejor, y no desean que se les hable de alteración alguna. Cada inglés es un canciller en embrión. Su instinto es buscar precedentes a los hechos. La frase favorita de su ley es: «No es fácil cambiar una costumbre que vive de antiguo en la humana memoria.» El barón dice: «*Nolumus mutari*», no queremos variar; y el más tonto detiene la curiosidad del viajero que se asombra de alguna costumbre con la frase consagrada: «Señor, esto ha sido siempre así.» Odian las innovaciones. *Bacon* les decía que «el tiempo es el reformador justo». *Chathan*, que «la confianza es una planta de lento desarrollo»; *Canning*, que «avanzaran con el tiempo», y *Wellington*, que «la costumbre tenía el valor de diez naturalezas». Todos sus estadistas enseñan que la fuerza de la costumbre es irresistible, y han inventado muchas frases hermosas para encubrir esta lentitud de percepción, parecida a la cola prehensil de algunas especies.

El imperio de la costumbre ha persistido en Inglaterra más que en otros países, pero regulado, sometido a prueba. El *Common Law* es, en substancia, una expresión de las costumbres del reino que se han ido fijando poco a poco. A pesar de la enorme masa del Derecho estatutario inglés—dice *Geldart*—, comenzado en el año 1235, durante el reinado de Enrique III, y al cual se adiciona un vasto volumen todos los años, la parte fundamental del Derecho inglés continúa siendo el *Common Law*. Ningún estatuto prescribe, por ejemplo, en términos generales, que un hombre debe pagar sus deudas, cumplir sus contratos o pagar daños y perjuicios por difamación o por ocupación ilegítima de la propiedad ajena. Los estatutos suponen la existencia del *Common Law*. De abolirse todos los estatutos del reino existiría siempre un sistema de Derecho, aunque pudiera ser impracticable; si, por el contrario, se abrogase el Derecho común y se preservase el estatutario se tendrían sólo reglas descoyuntadas, que no regularían muchas de las más importantes relaciones de la vida.

En la actualidad, sin embargo, la Ley es la fuente de Derecho por excelencia, en Inglaterra como en todas las comunidades pro-

gresivas. El determinismo o quietismo de *Savigny* y *Puchta* no encaja en las necesidades de la vida moderna. Como dice *Vinogradoff*, sería tan absurdo encadenar las civilizaciones avanzadas con costumbres rudimentarias como lo sería vestir a un hombre con las ropas de un niño. La razón pensadora del legislador, como dice *Pascal Duprot*, domina las relaciones sociales, prevé las necesidades que las mismas originan y las satisface con sus leyes; pero la costumbre, como hace notar *D'Aguzzano*, reaparece incesantemente como un factor auxiliar vivo. La costumbre—dice *Picard*—no es un reloj parado. Aun anda, no sólo en los pueblos que al presente no han salvado el estado bárbaro, sino hasta en los civilizados, entre nosotros, si bien en forma subterránea. Si la ley escrita tiende a reemplazar a los usos tradicionales, no lo consigue por completo. «Fuerza muy grande es la costumbre», decían nuestras *Partidas*.

En caso de contradicción, el Derecho estatutario prevalecerá sobre el común. La soberanía del Parlamento es la característica dominante de las instituciones políticas de Inglaterra. Ningún Juez o Tribunal puede revocar un acta del Parlamento. El Derecho común no puede ni aun corregir sus propios defectos anulando lo que ha establecido finalmente. De esta manera, las actas del Parlamento, después de abolir gran parte del Derecho común, han ocupado su lugar.

Esta supremacía—indica *Geldart*—no es una necesidad lógica o aun práctica; es una regla del Derecho constitucional inglés. En una época los principios del Derecho común controlaban las actas del Parlamento contrarias a Derecho o a la razón o imposibles de cumplir; pero desde hace mucho tiempo no sucede así.

El sentido práctico del legislador inglés, atento a las necesidades sociales y económicas de su pueblo, y el tan respetado Juez inglés, que con atrevimientos de pretor romano, como dice *Jerónimo González*, administra un amplio arbitrio judicial, hacen más llevaderos el rigorismo e inflexibilidad de la Ley.

Es de notar la tendencia creciente hacia la codificación del Derecho inglés, quizá porque, dado el apego del pueblo inglés a sus tradiciones, sea más fácil modificar su derecho estatutario que el no escrito.

Comienza *Sadler* haciendo la exposición de los términos «Costumbre» y «Ley». En el sentido estricto de costumbre local inmemorial, costumbre—dice—es ley no escrita peculiar a localidades particulares; pero en el sentido amplio que le da en su tesis comprende los usos del comercio y las costumbres generales de un país.

Las costumbres existentes en un Estado y que han de ser reconocidas son ya leyes. Ambos términos son aplicables a tales costumbres. Las costumbres que no han de ser reconocidas son costumbres solamente, y no leyes. Las costumbres pueden ser *Common Law* antes o después de ser reconocidas, o costumbres particulares, o pueden ser ya parte de la *Law Merchant*, antes o después de serlo por el Estado.

El autor trata de todas estas costumbres para designar cuáles son ya leyes, por qué serán reconocidas por el Estado y para mostrar cómo estas costumbres nacieron y han llegado a ser leyes.

Los hombres que primero extendieron, aceptaron y endosaron una letra de cambio—dice—hicieron tanto por el Derecho como cualquier abogado haya podido conseguir. Actuaron con o sin el consejo de juristas, pero de todas maneras establecieron una práctica que se desarrolló hasta ser costumbre, y que como tal fué reconocida por los Tribunales como creadora de Derecho, concediendo derechos e imponiendo obligaciones. Probablemente hay de esto mucho más de lo que generalmente se cree en la historia de todo sistema legal.

Son costumbres, en el sentido amplio, todas las reglas sociales observadas por la mayoría de los miembros de una sociedad—*clan* o nación—y concernientes a una localidad o a un comercio.

Por ley se entiende en esta tesis la ley del Estado. Son leyes las costumbres que serán o han sido reconocidas por el Estado, y estatutos las promulgadas por la misma autoridad política soberana.

## I

### LA CAUSA DE LAS COSTUMBRES ESTÁ EN LOS INSTINTOS DEL HOMBRE, INTERPRETADOS POR LA RAZÓN

Según *Sadler*, estos instintos son tres: el de la propia conservación (*self-preservation*), el del sexo y parentesco, y el creciente ins-

tinto de la simpatía, v. gr., la compasión por los que sufren, o el deseo de servir a las necesidades de otros.

La razón interpreta estos instintos, y las costumbres se desarrollan para expresarlos. Así, el instinto de la propia conservación lleva a las reglas de represalias entre los individuos y entre los Estados. El feudo de sangre y el embargo por deudas nacieron del deseo de la propia defensa y de la propia conservación.

Las costumbres del matrimonio surgieron del instinto sexual, interpretado por la razón; y las costumbres sucesorias que tienden a que la propiedad no salga de la familia, del instinto de parentesco.

El instinto de la simpatía—dice—es un resultado secundario del pensamiento, pero un poder real en la formación de las costumbres, algunas de las cuales han sido reconocidas posteriormente como leyes, como la de fidelidad a la propia palabra dada solemnemente.

Puede decirse, por tanto—afirma—, que los instintos interpretados por la razón han creado costumbres.

La costumbre de primogenitura apareció en el feudalismo continental por el deseo del señor de tener una persona definida claramente, que le sucediera en sus derechos feudales. Pero en Inglaterra han surgido otras costumbres, que los normandos permitieron que continuasen como costumbres locales particulares, tal como la del distrito de Nottingham que impone como sucesor al hijo menor, debida quizá a que éste ha de vivir más y es el menos apto para cuidar de sí mismo, y la de *gavelkind* en Kent, que defiende la sucesión a todos los varones. Tales costumbres nacen del instinto de familia, interpretado por la razón del hombre.

Vemos, pues, que *Sadler* difiere de los autores que señalan la causa de la costumbre en algún fenómeno mental. Según *Savigny*, influenciado por *Gustavo Hugo* y seguido por *Herman Post* y otros autores, el Derecho es un producto del genio del pueblo. El derecho concerniente a la familia o a la propiedad privada existe en la voluntad general de tener familia y propiedad privada. La costumbre no es una fuente de Derecho, sino evidencia del mismo. *Sadler* no admite un «espíritu general humano»; sólo los instintos, que han ascendido por evolución de los animales inferiores y han sido modificados por la razón en los hombres, son comunes. El Derecho se ha desenvuelto gradualmente en las inteligencias de los hom-

bres por los instintos auxiliados por la razón para expresarlos, y de aquí el nacimiento gradual de las costumbres.

*Puchta* lo funda en la voluntad general, correspondiendo al Estado sólo expresar esta voluntad. Un sistema de Derecho es para este autor una revelación de vida espiritual. Para *Arndts* el derecho consuetudinario es tal derecho en virtud de su propia naturaleza, como expresión de un conocimiento interior de derechos. *Winscheid* encuentra la última fuente de todo derecho positivo en la razón nacional.

Para los autores indicados la costumbre nace de la vida mental del hombre ejercitada en sus instintos naturales o adquiridos, pero atribuyen tales instintos a la voluntad general, como si existiese una voluntad más fuerte que todas las voluntades individuales de los hombres; una voluntad especial para cada sociedad separada, que *Rousseau* nunca pudo probar.

## II

### COSTUMBRES ORIGINADAS DE LA REPETICIÓN DE ACTOS DE UN PUEBLO, ALGUNAS DE LAS CUALES ALCANZARON LOS CARACTERES POR LOS QUE SE LAS DENOMINARON LUEGO LEYES

Las costumbres—dice *Sadler*—se han originado por el pueblo repitiendo ciertos actos (como el uso de una vereda) hasta que se convierten en habituales, o por las decisiones de la autoridad popular en casos voluntariamente sometidos a su decisión. Es conveniente separar estos dos modos de formación, pero en la historia se presentan frecuentemente unidos. Al interpretar las costumbres el árbitro popular las altera a menudo, originando una nueva. *Mayne* creyó que tales decisiones crearon originariamente las costumbres de un pueblo, pero sólo podrá haber sucedido en contados casos. El árbitro modifica las costumbres muy gradualmente, pero la repetición de actos (nacidos de instintos) ha sido la fuente primaria del cuerpo principal de las costumbres de los pueblos.

*Sadler* ofrece ejemplos históricos de tales costumbres en la antigua Roma, en las costumbres de sucesión en la India y en costumbres de la primitiva Inglaterra.

## III

COSTUMBRES NACIDAS DE DECISIONES DE LAS AUTORIDADES POPULARES,  
ALGUNAS DE LAS CUALES ADQUIRIERON LOS CARACTERES DE LEYES

Por autoridades populares—continúa el autor—se entienden los *leaders*, quienes por su manifiesto conocimiento de las costumbres de una sociedad son considerados espontáneamente por el pueblo como jueces voluntarios, árbitros o guías. Estos *leaders* no se nombran por el Gobierno de un Estado, sino que son reconocidos desde abajo, por el pueblo. Pueden actuar en un Estado, de la misma manera que se elegían voluntariamente los árbitros en Roma en el tiempo de los reyes. Tales reyes tenían probablemente más de *leaders* que de soberanos. No intervenían en las costumbres de los pueblos, a menos que éstas condujesen a motines. Tales autoridades populares han actuado por lo general en sociedades que todavía no eran Estados, en la acepción moderna de la palabra; y mientras parecía que sólo declaraban las costumbres, realmente las aumentaron y alteraron. Esto—dice—puede patentizarse por ejemplos que además probarán que las reglas aumentadas o alteradas (como también las declaradas) por estas autoridades se referían principalmente al orden de sucesión, a la cuantía de las compensaciones (*bot*), o al procedimiento usual de embargo por deudas.

Tales cuestiones no fueron siempre solucionadas por repeticiones habituales de ciertos actos del pueblo, sino que frecuentemente necesitaron de algún «hombre sabio» para elegir de entre las alternativas o decidir el curso a seguir en los nuevos casos, como también para declarar lo que había sido usual en casos anteriores.

a) *Los sacerdotes brahmanes*.—Las fuentes del Derecho mahometano, según *Mayne*, son textos y decisiones de un lado, y Derecho consuetudinario, de otro. Tales costumbres tienen que ser antiguas y continuas, y no opuestas a la moral (como en el caso de los contratos de las bailarinas jóvenes), si se desea que los Tribunales ingleses las reconozcan. El *Código del Manú* dijo que «uso inmemorial es ley trascendente», y así el Comité judicial británico declaró que «la prueba fehaciente de uso (en India) preponderará

sobre el texto escrito de la ley». Realmente, como veremos más adelante, el Juez británico tiene que reconocer costumbres antiguas y reverenciadas si quiere gobernar al pueblo y mantener la paz.

*Mayne* enseña que las costumbres inmemoriales existieron antes que los sacerdotes brahmanes y que éstos las modificaron. «Por un lado—dice *Sadler*—, mientras creo que la ley brahmánica se funda principalmente sobre costumbres no brahmánicas, tengo apenas duda de que esas costumbres hayan sido grandemente modificadas y suplidas por esa ley.»

Casi no se puede considerar a estos sacerdotes como autoridades del Estado. Pero por su poder religioso sobre el pueblo se les reverencia como a autoridades, modificando los usos nativos con sus propias opiniones acerca de la familia, del orden de sucesión o de la adopción de hijos.

De esta manera el brahmanismo no estableció la ley del Estado, sino nuevas costumbres; pero estas costumbres cesaron de ser nuevas, y en cuanto ostentaron los caracteres de certeza y antigüedad se convirtieron en leyes, teniendo los Estados que reconocerlas retrospectivamente, como han hecho los ingleses.

b) *Los sacerdotes romanos*.—*Hunter*—citado por el autor—escribió en su obra de Derecho romano:

«Al tiempo de las *Doce Tablas* el Estado no reclamaba, como todavía hace, el decidir disputas civiles, aun cuando sancionó el uso de la fuerza para presentar a un presunto delincuente ante los Tribunales. En tiempos remotos, como se puede inferir de las peculiaridades de las formas más antiguas del procedimiento legal—el *Sacramentum*—, aun se negó esta autoridad limitada. El primer tipo de procedimientos judiciales fué un combate simulado seguido de arbitraje. Los primeros jueces fueron simplemente árbitros. La jurisdicción civil surgió por arbitraje. La autoridad coercitiva del Estado se desarrolló por la sumisión voluntaria de los súbditos. Esta es la característica primordial de la historia del procedimiento civil en Roma. La autoridad del Estado en materias civiles se estableció cuando no se permitía rehusar el arbitraje a un demandado.»

Los Pontífices daban a conocer las costumbres en el tiempo de los reyes. Realmente actuaron bajo los reyes, luego bajo los cónsules, y por último bajo los pretores.



Su ciencia legal estaba íntimamente ligada con su ciencia religiosa y astronómica. Sólo ellos conocían el *jus sacrum* y el calendario, y podían decir los *dies fasti* y *nefasti*, es decir, los días en que se podía o no comenzar una acción legal. El conocimiento, control y desenvolvimiento de la *formulae* concernientes a las *legis actiones* y a los actos jurídicos les competía a ellos exclusivamente. Las primeras opiniones legales del Colegio de los Pontífices, que formaron las *basis* y norma de la práctica existente, se conservaban en los archivos de los Pontífices, a los cuales sólo ellos tenían acceso. La jurisprudencia pontifical llegó a considerarse como una ciencia secreta.

Así, pues, las costumbres no fueron leyes en los primeros tiempos, sino reglas que los Pontífices mantenían secretas. El pueblo confiaba en ellos por el pavor religioso que le inspiraban. No eran nombrados por el Estado (aun cuando sí autorizados por los reyes), sino autoridades populares que declaraban las costumbres, que el pueblo obedecía. El Código de las *Doce Tablas* dió a conocer y reconoció algunas de estas costumbres como leyes; pero muchas quedaron ocultas en los secretos de los Pontífices. *Cicerón* ha señalado este derecho pontificio en dos pasajes de *De legibus*, los cuales presentan leyes contenidas en las *Doce Tablas*:

«No se permita enterrar o quemar a un hombre muerto en la ciudad»; y «Aquel que tuviese sus dientes unidos con oro, permítasele ser enterrado o quemado con él, sin perjuicio».

El uso primitivo de los términos *sacra* y *sacer* demuestra cómo los sacerdotes daban decisiones y creaban costumbres. El *sacra* o ritos religiosos de un dios o diosa (como *Minerva*) se llevaban a cabo en cada familia de acuerdo con las reglas de los sacerdotes.

El matrimonio se concertaba de conformidad con las leyes sagradas, y el hombre y la mujer compartían todas las cosas (*confarreatio*). Los sacerdotes procuraban descendientes de pura sangre para perpetuar el *sacra*. Si no había hijo que sucediera, se decía al *pater familias* que arrogase uno de otra familia.

El proscrito era *sacer homo* consagrado a un dios, y por ese dios cualquiera le podía matar.

Se dice que *Servio Tulio* escribió: «Se establecía en las leyes de Numa que si alguno había matado a un hombre sin intención debía regalar un carnero en reunión pública (*contio*) por la vida

del hombre muerto.» *Contio* era un *meeting* instigado por un magistrado o sacerdote. De esta manera el sacerdote conseguía una víctima para el sacrificio.

Es evidente—dice *Sadler*—que el Derecho romano se originó por las reglas de los sacerdotes, a quienes el pueblo respetaba o temía, como en muchas sociedades primitivas, y no por los mandatos de la soberanía. Las reglas jurídicas declaradas por los sacerdotes fueron principalmente costumbres.

El *Digesto* de *Justiniano* atestigua el poder de los Pontífices.

La interpretación de las *Doce Tablas* quedó a cargo del Colegio de los Pontífices, durando este uso alrededor de cien años.

c) «*Paterfamilias*» en Roma.—Otra autoridad popular en la antigua Roma fué el *paterfamilias*, que influyó grandemente en la creación de costumbres, como propietario de esposas, esclavos, hijos y hombres libres. Sus decisiones eran generalmente respetadas y obedecidas.

d) Los «*brehons*» en Irlanda.—El Dr. *P. W. Joyce*—citada por *Sadler*—describía el antiguo sistema de Irlanda en estas palabras:

«El sistema legal nativo existió en su plenitud antes del siglo ix. Continuó hasta que fué finalmente abolido a comienzos del siglo xvii. En Irlanda se denominó *brehons* (del irlandés *brethren*) a los jueces; de aquí que el Derecho irlandés nativo sea comúnmente denominado Derecho *Brehon*; pero su denominación propia es Fénechas, el derecho de Féine o aradores libres.

Los *brehons* tenían a su cargo la interpretación de las leyes y su aplicación a los casos particulares. Constituían una clase profesional muy influyente, y aquellos al servicio de los jefes poseían tierras libres. Los demás vivían completamente de los honorarios de su profesión. Las reglas legales establecidas en los libros de Derecho eran por lo común muy complicadas. Los honorarios del *brehon* ascendían a la duodécima parte de la propiedad en disputa o de la multa en una acción por daños y perjuicios. No existe indicación acerca de la forma en que los *brehons* adquirieron el derecho exclusivo a interpretar las leyes y arbitrar entre litigantes; se desenvolvió gradualmente y fué costumbre en tiempos anteriores al alcance de la historia. Los procedimientos legales en que tomaron parte se asemejan grandemente a los procedimientos del Derecho romano arcaico...»

Como autoridades populares estudia también *Sadler*, aunque muy sucintamente:

- e) Los primitivos *Decanters* (o jueces) de la Isla del Hombre.
- f) Los caudillos de las Islas Orcadas; y
- g) El «hombre que dice la ley» en Islandia.

#### IV

##### RECONOCIMIENTO POR EL ESTADO DE ALGUNAS COSTUMBRES COMO LEYES POR REUNIR DETERMINADOS CARACTERES

*Sadler*, como *Costa*, *Giner de los Ríos*, *Posada* y otros autores en nuestra patria, se separa de *Austin*, que estima que una costumbre se convierte en ley cuando es reconocida por el Juez de un Estado. Para nuestro autor, si es reconocida como ley tiene que ser ya ley, y tendrá efecto retroactivo. Consiguientemente, las costumbres que *serán* reconocidas por un juez son ya leyes, por reunir ciertos caracteres.

El reconocimiento o ratificación de las costumbres como leyes del Estado no es una cuestión de capricho. El Juez ha de guiarse por ciertos principios que se han desarrollado en la historia, por la existencia de ciertas «marcas» o caracteres en la costumbre para reconocer que era ley cuando se hizo el convenio o tuvo lugar el fallecimiento del intestado.

##### EJEMPLO DE RECONOCIMIENTO DE COSTUMBRES POR EL ESTADO

a) *En el Derecho romano*.—*Sadler* cita las siguientes:

Las *Doce Tablas* (451 a. C.) reconocieron muchas costumbres como leyes, tales como las siguientes: «El agnado sucederá» (después del *sui generis*). «Un hijo vendido tres veces por el *paterfamilias* será libre», y las anteriormente citadas del *Digesto*.

El *praetor peregrinus* (desde 242 a. C.) reconoció muchas costumbres existentes entre los pueblos que se pusieron en contacto con Roma. El *jus civile* fué moldeado de esta manera mediante *tacit consuetude*. La libertad con que se hacían las estipulaciones entre los pueblos de Italia, Sicilia y Cerdeña fué reconocida como

legal por el *praetor*, en lugar de requerir la fórmula romana *dare spondes? spondeo*.

Las costumbres, para ser leyes, tenían que ser antiguas, y las de las *Cives* romanas, conformes a la razón.

En la Edad Media, *Bartolo* declaró que la costumbre contraria a la ley divina o natural o a la ley de las naciones no se consideraría como ley. Tales eran los requisitos negativos de la costumbre.

*Bartolo* declaró que la costumbre debe tener tres caracteres positivos: *longum tempus*, *tacitus consensus populi* y *fraquentia actuum*.

Es, pues, posible trazar en el Derecho romano y en la Edad Media la idea de que la costumbre que reunió ciertos caracteres llegó a ser ley.

b) *En el Derecho inglés*.—*Blackstone* establece en sus «Comentarios» lo que él llama ley no estatutaria. Tiene tres partes:

Primera. Costumbres generales o *Common Law*, v. gr., costumbres relativas a las tierras con los caracteres, por regla general, de universales, antiguas y corroboradoras por decisiones judiciales. Se refieren a herencias, contratos, propiedad, testamentos, faltas y crímenes. De aquí las costumbres generales de que el hijo mayor es el heredero en los abintestatos, de que la propiedad puede adquirirse mediante escritura, de que un *deed* no es válido, a menos que esté rubricado y sellado, de que al que altere el orden se castigará con multa o reclusión.

Segunda. Costumbres particulares o locales, tales como *gavelkind*, *borough English* y las costumbres de Londres que tienen que reunir ciertos requisitos para que los jueces las reconozcan como leyes.

Tercera. Leyes particulares, como las del Derecho civil romano y el Derecho canónico usado en ciertos Tribunales.

¿Cuáles son los requisitos de la costumbre general? Como el nombre implica, tiene que ser una costumbre que prevalezca sobre el país. Además, inmemorial y conforme al derecho divino y a la razón.

*Blackstone* señaló a la costumbre particular los siguientes requisitos: inmemorial, razonable, continua, no disputada, cierta,

clara, obligatoria, consistente con el resto de las costumbres reconocidas, y no ser contraria a un acta del Parlamento.

c) *Algunas costumbres de Gales reconocidas como leyes de los ingleses*.—Al unirse Gales e Inglaterra, los reyes ingleses tuvieron que reconocer como leyes ciertas costumbres galesas que habían adquirido determinados caracteres. El *Estatuto de Gales* contenía la promesa de que el Rey no derogaría las costumbres de aquel país.

Así, se respetaron las costumbres de *gavelkind*, *westra* y otras.

La historia de Gales—dice *Sadler*—ilustra la verdad de que un solo soberano no es omnipotente. Para gobernar tiene que reconocer costumbres consideradas sagradas o esenciales. Si se desea guardar la paz, las costumbres que tengan ciertos caracteres de utilidad práctica deberán formar parte de la ley del Estado.

d) *Algunas costumbres de la India reconocidas como leyes por los ingleses*.—Sir *Henry Mayne* hizo notar que, por centurias, aquellos agricultores pacíficos habían discutido y obedecido sus costumbres nativas respecto a materias tales como la tenencia de tierras, sucesiones y adopción. Los ingleses llevaron la idea de un Estado y sus penalidades. Antes de éstos la única sanción era el oprobio social o, a lo más, el *boycot* del ofensor.

El elemento de la fuerza cambió la vida de la India. *Mayne* dice que la costumbre india fué ley antes de que los ingleses la reconocieran, en cuanto que fué obedecida y sancionada sin fuerza. El *Código del Manú* dice: «Costumbre inmemorial es ley trascendente: la ley está basada sobre costumbre inmemorial.»

*John D. Mayne* señala que el Comité judicial inglés estableció que bajo el sistema legal hindú el uso probado prevalecerá sobre el texto escrito de la ley. La opinión de *Austin* de que la costumbre no es obligatoria hasta que un acto del Juez la haya hecho ley no puede, pues, sostenerse.

Para que el Juez inglés en la India reconozca una costumbre como ley será necesario que sea inmemorial, invariable, cierta, clara, no impugnada y moral.

Después de tratar de las e) *Costumbres mercantiles generales* y de las f) *Costumbres del Derecho internacional* que llegan a formar parte del de un país, si éste las ratifica, *Sadler* establece la conclusión de que las costumbres, por repetición o por las declaraciones

de autoridades populares, adquieren con frecuencia ciertos caracteres. Cuando la sociedad en la cual existen pasa a ser un Estado, con autoridad central coercitiva, tales costumbres se convierten desde luego en leyes, en cuanto que si se presenta oportunidad serán reconocidas como tales.

J. E. RAMÍREZ DE LA TORRE.

Abogado.

Las Palmas.