

V.- ¿COSTUMBRES NORMATIVAS AUN EN EL SIGLO XXI?

PARÁFRASIS SOBRE TEMAS SUSCITADOS POR LA OBRA GANADORA DEL V PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ

Miquel Masot Miquel

Para dar realce a los actos de entrega de los premios Luis Pascual González, ha sido costumbre en la Academia que, en ellos, además de intervenir el ganador del premio, exponga también un miembro de la Academia, o algún otro jurista de reconocido prestigio, su punto de vista sobre el tema abordado en el trabajo premiado. En el presente caso, intervino en el acto de entrega del Premio, celebrado el 1 de abril del 2008, el hoy Presidente de la Academia Miquel Masot realizando una exposición sobre los obstáculos que, hoy en día, se presentan en el proceso formativo de la costumbre para llegar a convertirse en fuente del Derecho; para dar después respuesta a la pregunta de si puede decirse que existen todavía, hic et nunc, costumbres normativas.

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- LOS OBSTÁCULOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS COSTUMBRES.

- 1) Las elevadas exigencias derivadas de los elementos y requisitos de la costumbre.
- 2) El último obstáculo a franquear: la disposición final 1^a de la Compilación de 1961.

III.-CONSIDERACIÓN FINAL

I.- INTRODUCCIÓN.

El Diccionario de la Academia de la Lengua Española nos dice que “paráfrasis” es la explicación o interpretación amplificativa de un texto para ilustrarlo. Son muy conocidas, por ejemplo, en el ámbito musical las maravillosas paráfrasis de Liza sobre temas de las óperas de Verdi, en especial de Rigoletto; y, en el ámbito jurídico, es célebre la denominada PARÁFRASIS DE TEÓFILO, el cual, interpretando, a su manera, un texto romano, expresivo de que las obligaciones nacen ex contractu y ex delictu, y también de situaciones parecidas a uno y otro (quasi ex contractu y quasi ex delictu), antepuso la preposición ex al adverbio quasi, creando así el cuasicontrato y el cuasidelito como figuras autónomas e individualizadas.

Entrando ya en el tema, puede iniciarse recordando, como se ha dicho ad nauseam, que la costumbre fue la primera en el tiempo de las fuentes del Derecho, ya que surgió en la historia de la humanidad como una necesidad del grupo social de tener unas reglas comunes y permanentes para el régimen de relación de su vida y comercio, naciendo de la misma forma que el lenguaje —el conocido símil es de Savigny— como espontánea consecuencia de las necesidades sociales. La ley aparece en una evolución posterior, cuando hay ya un poder en el grupo social que impone unas reglas de juego —unas normas— con carácter obligatorio y coactivo; aunque, generalmente, estas normas impuestas no dejan de ser las que había consagrado la propia organización social. En este sentido, ha dicho CUYAS que la costumbre es la ley no escrita mientras que la ley no deja de ser la costumbre escrita. Aunque tampoco se puede dogmatizar este principio —como hizo la Escuela Histórica del Derecho— diciendo que no existe ley alguna sin costumbre que la preceda.

Indudablemente, los postulados de Savigny y de la Escuela Histórica sirvieron de contrapeso a la oleada de positivismo legalista que se inició en la época de la codificación y que ha pervivido —corregido y aumentado hasta extremos que entonces sin duda fueron impensables— hasta nuestros días. Tanto por el hecho de superponerse distintas reglamentaciones en el tratamiento de una misma materia —y así, hoy tenemos reglamentos de ámbito supranacional o europeo, nacional, autonómico, insular y local— como por criterios de oportunidad —u oportunismo— político, a consecuencia de la alternancia en el poder, que lleva al partido político o coalición de partidos que accede al poder a derogar, retocar o modificar la normativa que dictó el anterior grupo político que le precedió.

Hoy es de la mayor evidencia que las amplísimas facilidades de conocimiento de la primera de las fuentes del Derecho –y no hablamos ya sólo de la mera inserción de las leyes y reglamentos en el BOE y en las colecciones legislativas sino también de su amplísima disponibilidad a través de los ordenadores–, así como su utilización de manera posiblemente abusiva por los poderes políticos para regular las conductas sociales, han producido un evidente e innegable retroceso de la costumbre. Bentham decía que la costumbre es una regla inconveniente e ilegítima por la cual sólo deberían gobernarse los animales. Y su regulación en el Código civil –con anterioridad a la reforma del título preliminar– llevó a decir a De Castro que la costumbre estaba subordinada a la ley, tenía un valor subsidiario respecto de ella, sólo era admisible la costumbre local y no la general y era una norma de significado secundario, pues no se imponía su conocimiento obligatorio a jueces y funcionarios ni era posible su aplicación de oficio.

Es un botón de muestra de todo ello el párrafo con el que terminaba un trabajo monográfico titulado **ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COSTUMBRE, EN GENERAL Y EN EL DERECHO CIVIL BALEAR**, en el que decía que “las elegantes construcciones jurídicas de Savigny, equiparando la costumbre con el lenguaje, y constituyendo, por tanto, su esencia las reglas de Derecho que aparecen como espontánea consecuencia de las necesidades sociales, o de Reynals, que afirmaba que los pueblos de costumbres son más fuertes y libres que los pueblos de leyes se van perdiendo ya como recuerdo histórico en la noche de los tiempos”.

Por todo ello, en este estado de tinieblas consuetudinarias, debe ser valorado como se merece el importante trabajo del Doctor Martínez Cañellas **SOBRE EL DERECHO CONSUETUDINARIO BALEAR COMO FUENTE Y COMO TRADICIÓN JURÍDICA**, en el que este Profesor de nuestra Universidad realiza un depurado estudio de la materia, partiendo del encuadramiento histórico de la costumbre en el sistema de fuentes de cada época, analizando los elementos, requisitos y clases de costumbres, según la doctrina tradicional, y centrando posteriormente el análisis en el Derecho civil balear, partiendo del doble papel que en el mismo tiene la costumbre, al ser constitutiva de la segunda de las fuentes del Derecho, así como un importante elemento de interpretación y de integración del Derecho compilado; recoge también las fuentes de conocimiento del Derecho consuetudinario, indicando una propuesta metodológica para el futuro, y hace asimismo una referencia a la posibilidad de que nuestro Parlament pueda dictar disposiciones de carácter general sobre diversas instituciones en base a su conexión con costumbres de observancia –antes o ahora– en nuestras Islas; y, en este sentido, se refiere, y entre otras, a la prescripción

de acciones, causas de desheredación, representación y mandato, usufructo, uso y habitación, aparcería y contrato de arrendamiento rústico, sociedad civil, medianería, servidumbre de paso, de acueducto, de alero, de vertido de aguas, relaciones de vecindad, aceptación a beneficio de inventario, alimentos, acciones redhibitorias en el contrato de compraventa, fianza y beneficio de excusión.

Sin salirnos de los Premios Luis Pascual González, brillantemente obtenido el V Premio por el Doctor Martínez Cañellas con el trabajo citado, es de destacar que, en la obra que obtuvo el IV Premio, **EL SISTEMA DE FONTS DEL DRET CIVIL BALEAR (1990-2006) ESTUDI AMB MOTIU DEL PROJECTE DE REFORMA DEL TITOL PRELIMINAR DE LA COMPILACIO BALEAR**, de la que es autora la Doctora Llodrá Grimalt, se contienen también amplias consideraciones sobre la costumbre, que observamos, asimismo, en el trabajo que dicha autora presentó en el premio del año anterior, titulado **NOTAS PARA UNA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE DE PASO EN MALLORCA**.

No resultará ocioso, pues, examinar el material aportado por estos jóvenes autores –y, en especial, la obra últimamente premiada– para tratar de llegar a la conclusión de si las costumbres jurídicas siguen siendo aún un elemento tradicional e importante dentro de nuestro Derecho, o si, por el contrario, han pasado a ser algo meramente anecdótico y de poca importancia; tal vez –y seamos sinceros– un cadáver más a ubicar en la sala de momias de nuestro Derecho, haciendo compañía a los censos y alodios.

II.- LOS OBSTÁCULOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS COSTUMBRES.

Ciertamente, el reconocimiento de una costumbre jurídica supone una lucha titánica. No solamente la ley y los reglamentos tienen una tendencia expansiva a invadir todos los ámbitos y sectores del Ordenamiento jurídico, sino que surgen, en el proceso de reconocimiento de una costumbre, casi insalvables obstáculos, a los cuales será oportuno hacer una breve referencia.

1) Las elevadas exigencias derivadas de los elementos y requisitos de la costumbre.

La doctrina civilista distingue entre elementos y requisitos de la costumbre, siendo los primeros los que están ínsitos en el propio concepto de costumbre, los cuales –según se decía ya en el Derecho romano– eran el

CORPUS y el ANIMUS, o sea la repetición de actos y la convicción de validez jurídica; los requisitos de la costumbre suponen, por el contrario, las exigencias que el Ordenamiento jurídico impone para su reconocimiento; éstos son –según el art. 1.3 Cc– la existencia de laguna legal, la adecuación de la costumbre a la moral y orden público y su prueba.

Y, realmente, el proceso deductivo que en cada caso debe realizar el Tribunal, o el analista jurídico, para determinar si en un caso concreto concurren o no estos elementos o requisitos, no está exento de dificultades, particularmente por el carácter ambiguo de los mismos.

El elemento material –CORPUS– de la costumbre es la repetición de actos. Mas, ¿cuántos actos similares han de realizarse para que se entienda que ha nacido una costumbre?, ¿cuántos miembros del grupo han de actuar de idéntica manera para que pueda considerarse que existe un uso generalizado? Y ¿pueden existir actuaciones particulares –y, en su caso, cuantas– en contra del mismo?. Se ha dicho que no se puede responder a estas preguntas, como no puede tampoco responderse a la pregunta de cuantos cabellos han de faltar –o cuantos han de tenerse– para que una persona merezca la condición de calva. O se es calvo o no se es, no existiendo regla fija sobre el particular. Algo parecido ocurriría con la costumbre, siendo imposible determinar a priori los condicionamientos de la frecuencia en la repetición de los usos o el número de conductas que deben ajustarse al mismo. He ahí, pues, una primera dificultad que puede presentarse en el proceso de reconocimiento de una costumbre.

Y, en teoría, mayor dificultad entrañaría el elemento espiritual –ANIMUS– o convicción de validez jurídica, al tratarse de un requisito meramente interno. Es obvio que el Tribunal o el intérprete jurídico no puede entrar en la mente de quienes actúan de una determinada forma para examinar si ello lo hacen por puro mimetismo o por la convicción de estarse ante una conducta jurídicamente debida.

Aunque la dificultad que plantea este elemento es más aparente que real. El propio De Castro –que no era ciertamente, como hemos visto, un entusiasta de la costumbre– decía, en una acertada crítica al requisito de la OPINIO IURIS, que tal exigencia únicamente puede mantenerse como postulado de la Escuela Histórica del Derecho, que reconocía la costumbre como primera fuente del Ordenamiento jurídico, en cuyo caso era necesario buscarle un fundamento ético jurídico, que no podía ser otro que el espíritu del pueblo, encarnado en la convicción popular de validez jurídica.

Y es que puede fácilmente llegarse a la conclusión de que este segundo requisito no es sino una consecuencia del primero, puesto que si la mayoría del grupo colectivo actúa de una determinada manera en una materia

jurídica determinada, no puede ser sino porque existe una convicción generalizada de que es la única conducta jurídicamente válida. Y, en realidad, el propio art. 1.3 Cc nos vendría a decir que ni siquiera es precisa la concurrencia del ANIMUS, pues, al proclamar que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre, viene a considerar como tal el simple uso o repetición de actos desprovistos del ANIMUS.

Pero no sólo la contemplación de los elementos de la costumbre ofrece dificultades de análisis, sino que también con los requisitos ocurre exactamente lo mismo.

La referencia que el art. 1.3 Cc hace a la moral ha sido criticada por la doctrina, y ello por una serie de razones de peso. En primer lugar, los conceptos de moral y Derecho se mueven en órbitas diferentes, pues hay muchas conductas que podrán ser reprobables de acuerdo con unos determinados criterios morales, pero que, sin embargo, son jurídicamente lícitas, al no inferirse de ellas un daño social que pudiera ser determinante de su tratamiento jurídico restrictivo.

No puede olvidarse, por otra parte, que la moral no supone unas reglas absolutas, y por tanto inmutables, sino relativas, que varían según los tiempos, las circunstancias y los grupos colectivos de que se trate. En este sentido los ejemplos que podríamos poner serían múltiples, desde el hecho de no haberse reconocido hasta hace muy pocas décadas un principio ético hoy en día tan importante como el ecologismo y la protección del territorio, hasta el hecho de que el concepto que determinaba la tipificación como delito de ciertas conductas de contenido sexual era la honestidad, mientras que hoy es la libertad sexual. Ello por no hablar de los nuevos pecados capitales proclamados recientemente por el Vaticano.

Pero, además de todo ello, concurre un elemento filosófico en este posicionamiento contra la adecuación de la costumbre a la moral. Y es el siguiente: si la costumbre no es sino una repetición de actos realizada por la mayoría de miembros de una colectividad con la convicción de que los mismos suponen una conducta jurídicamente obligada, es impensable que la costumbre no esté de acuerdo con los principios morales, pues éstos son, en definitiva, las manifestaciones de los criterios éticos imperantes en esta misma colectividad, no teniendo sentido una actuación mayoritaria en contra de estos principios.

También la exigencia de la conformidad de la costumbre con el orden público ha sido criticada por la doctrina, al menos desde un punto de vista formal, planteándose la cuestión de que habrá querido decir el legislador con su referencia al mismo. Díez Picazo señala al respecto que, dado que la

costumbre solamente opera en defecto de ley, el concepto de orden público no podrá derivarse de las leyes sino que vendrá encarnado en los principios generales del Derecho. Opinión con la cual coincido totalmente, pues es congruente con el carácter de informadores del Ordenamiento jurídico que el art. 1.4 Cc atribuye a estos principios. Principios que, más que los derivados del Derecho natural, cuya abstracción los hace inservibles en muchos supuestos concretos, serían los establecidos en el Ordenamiento jurídico del Estado mediante la Constitución, a los cuales sí debe atemperarse la costumbre, pues, de no ser así, sería una norma inconstitucional.

Pero, indudablemente, las mayores dificultades se presentarán ante el requisito de la prueba de la costumbre.

En la obra de Martínez Cañellas se nos dice con acierto que las regulaciones forales de Navarra, Aragón, País Vasco y Galicia eximen de prueba a la costumbre notoria, aplicando el principio IURA NOVIT CURIA. Pero, ciertamente, no tenemos una declaración similar en nuestro Derecho, por lo que rige la regla del art. 1.3 Cc en cuanto a la carga de la prueba sobre el que alega la costumbre, sancionada ya antes de su aparición en el título preliminar por múltiple jurisprudencia.

Sin embargo no dejan de presentarse en este punto problemas: ¿hay que entender que la exigencia de la costumbre probada impone el requisito previo de su alegación por la parte a quien beneficia? ¿qué debe hacer el Juez si del conjunto del material probatorio aportado resulta la existencia de una costumbre que no había sido previamente objeto de alegación? ¿quid en el supuesto de que no haya existido tal prueba, pero al Juez le conste la existencia de una costumbre notoria aplicable al caso?. Para comprender el verdadero alcance del problema hay que partir del hecho de que se está ante supuestos de laguna legal, pues es obvio que, de existir ley, no se plantearía la posible incidencia de la costumbre. Y si no hay ley aplicable al caso y la costumbre conforme a la cual se podría resolver el mismo se encuentra en alguna de las situaciones que se han expuesto, ello supondría la entrada en juego de la tercera fuente, o sea los principios generales del Derecho que, por su concreción en la mayoría de los casos, determinaría la resolución del litigio en base a puros criterios de equidad.

Este contrasentido de acudir a los principios generales cuando al Juez le consta, de manera notoria, la existencia de una costumbre aplicable, me ha llevado a decir que –en estos supuestos– el Juez podría resolver el caso conforme a esta costumbre notoria, siempre que la misma quedara incorporada a los autos, aunque sea mediante las antes llamadas diligencias para mejor proveer, mediante certificaciones de entidades prestigiosas acreditativas de la existencia indubitada de la costumbre en cuestión, y

dando a las partes oportunidad de pronunciarse sobre el particular. Todo ello como exigencia obligada de la motivación de la sentencia y para las posibles apelaciones contra la misma.

Pero, como dijo Kant, el sabio puede cambiar de opinión, el necio nunca. Y, realmente, mi cambio de opinión sobre la cuestión es obligada, no, desde luego, por el hecho de que sea sabio, sino porque la posibilidad apuntada no encaja en el proceso diseñado por la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que sanciona la absoluta proscripción de indefensión y limita las facultades dispositivas del Juez en materia de prueba.

El art. 400.1 dice que cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en diferentes fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuando resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. El art. 414 señala que, en la audiencia, deberá fijarse con precisión el objeto del litigio y los extremos de hecho o de Derecho sobre los que exista controversia entre las partes. Y el art. 455 establece que las diligencias finales sólo podrán realizarse a instancia de parte, aunque excepcionalmente el Tribunal podrá acordar de oficio nuevas pruebas, pero sobre hechos relevantes oportunamente alegados, y si los actos de prueba anteriores no hubieren resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes. Al tenor de ello no cabe unas diligencias finales acordadas de oficio sobre la existencia de una costumbre si ésta no hubiera sido oportunamente alegada.

Todo ello impone, pues, para el reconocimiento de una costumbre, la previa alegación y prueba de la misma.

2) El último obstáculo a franquear: la disposición final 1ª de la Compilación de 1.961.

Este último obstáculo no nos lo ha puesto ni el Derecho romano ni el Código civil, sino que lo pusimos nosotros, al decir en la disposición final 1ª de la Compilación de 1.961 que las normas del Derecho civil Especial balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación quedan sustituidas por las contenidas en ellas.

Sabido es el motivo determinante de la inserción de tal precepto en la Compilación. Nos dice Raimundo Clar, que cuando se elabora la Compilación el gran problema nuestro residía en la dispersión y poca concreción de nuestro Derecho foral y la eterna duda del Derecho romano como Derecho supletorio; lo que pretendía esta disposición no era sino

clarificar la normativa balear y establecer, de una vez por todas, que el Derecho justinianeo dejaba de ser Derecho supletorio y que, en las Baleares, el único Derecho aplicable con carácter de ley escrita, era el contenido en la Compilación.

El art. 1976 del Código civil proclamaba la derogación del Derecho anterior. En cambio los compiladores de 1.961, siguiendo el criterio de la Compilación catalana de 1.960, optaron por la sustitutio, haciendo posible la *iuris continuatio*, y por tanto, la pervivencia del Derecho histórico –y consiguientemente, también de las costumbres– como parte integrante de la tradición jurídica balear, constitutiva de un elemento de interpretación e integración del Derecho escrito.

Pero, ¿significaba ello la desaparición de las costumbres vigentes hasta 1.961, y que sólo a partir de entonces ha de iniciarse el proceso de repetición de usos para llegar a desembocar en una costumbre? Sabido es que en la Compilación de 1.961 no existía el reconocimiento –que sí hay en la actual– de la costumbre como segunda fuente de nuestro Derecho, ni se recogía excepción alguna, a diferencia también de la Compilación actual, que sí hace referencia a la posible pervivencia de costumbres en la exposición de motivos.

Mas deducir de ello que todas las costumbres que venían rigiendo en nuestro Derecho quedaron cercenadas por la disposición final 1ª de la Compilación de 1961, y que sólo a partir de entonces se inicia el proceso de creación de nuevas costumbres es hacer inviable la consideración de la misma como fuente del Derecho que le atribuirá después la Compilación de 1990.

Cuando se preparaba la misma, yo formé parte de la comisión redactora del proyecto y propugné la desaparición de la disposición final 1ª, por entender que la misma había cumplido ya –por su inserción en el texto de 1961– sus propósitos clarificadores. Sin embargo, ni en el proyecto que redactó la Comisión ni después en el texto legal de 1.990 se produjo la desaparición de dicha disposición final 1ª –en la cual, por cierto, se sigue considerando al Derecho civil balear como “especial”–, aunque, al menos, conseguí –salvando los muebles– que, en la exposición de motivos, se recogiera la consideración de que existen fuera de la Compilación muchas costumbres en Baleares que, por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación, subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando, por consiguiente, plenamente vigentes, sin que puedan considerarse derogadas por la disposición final 1ª de esta ley; y, entre estas costumbres, señala la exposición de motivos, las relativas a servidumbres, arrendamientos rústicos

y aparcerías. Y al decirse “entre estas costumbres”, es evidente que pueden existir otras. De la misma forma, al indicarse que las costumbres subsisten, se muestra que no deben considerarse cercenadas por la disposición final 1ª de la Compilación de 1961.

El propio legislador balear de 1990, por tanto, ha venido a reconocer que la Compilación de 1.961 no determinó la desaparición de las costumbres entonces vigentes, pues es de la mayor evidencia que no se habría dado a la costumbre la consideración de segunda fuente del Derecho –cual hace el art. 1 de la Compilación de 1.990–, ni se contendrían en su exposición de motivos las palabras trascritas, si el proceso creador de las costumbres se hubiera truncado en 1.961, ya que es difícil considerar que, entre 1.961 y 1.990 se pueda dar el largo uso y la inveterada tradición que son esenciales al concepto de costumbre. Además, como se dice en la obra que se glosa, en 1.961 las costumbres podían seguir perviviendo al amparo del art. 6 Cc.

Por tanto sí pueden admitirse las costumbres anteriores a la Compilación de 1.961 siempre que se compruebe su permanencia en la actuación colectiva y, consiguientemente, su actual vigencia.

III.- CONSIDERACIÓN FINAL.

Y, llegados a este punto, se me puede decir aquello de FACTA, NON VERBA, hechos, no palabras; y solicitarme, consiguientemente, que conteste a la pregunta del título y diga ya si realmente existen o no costumbres normativas dentro de nuestro Ordenamiento jurídico.

El legislador balear, en la Compilación de 1.990, y al menos desde un punto de vista teórico, ha dado contestación afirmativa a esta pregunta. Existen costumbres normativas, pues la costumbre es la segunda de las fuentes de nuestro Derecho. Es más, le ha conferido un status superior al que tiene la costumbre en el propio Código civil. Y ello es así porque no solamente viene a admitir la costumbre praeter legem o fuera de ley, sino que muestra también la admisión de la costumbre secundum legem o interpretativa, que, en el sistema del Código civil, es rechazada, al no figurar las costumbres entre los elementos de interpretación de las normas del art. 3 Cc, y partirse de la libertad del Juez de interpretar las normas, sin que su labor se vea mediatizada por una costumbre interpretativa anterior. Por el contrario, la Compilación llama expresamente a la costumbre como elemento de interpretación en materia de sociedad rural menorquina, espolits y explotación a mayoral; en estas materias, por tanto, el Juez deberá seguir las pautas interpretativas impuestas por la costumbre. Ello aparte de ser la costumbre uno de los elementos integrantes de la tradición

jurídica balear, conforme a la cual ha de tener lugar –según el art. 1– la interpretación e integración del Derecho civil propio.

Incluso el legislador balear admite –y no se rasguen las togas, queridos compañeros académicos– una especie de costumbre contra legem no foralis. Según el párrafo 3º del art. 1, el Código civil y demás leyes civiles estatales sólo entran en juego en defecto de ley y costumbre del Derecho balear. Por lo tanto, el hecho de que el Código civil regulara de manera distinta una actuación regida entre nosotros por una costumbre propia sería absolutamente intrascendente y prevalecería la costumbre.

Pero, recordemos, *facta, non verba*, y entonces la pregunta sería: ¿se dan realmente entre nosotros costumbres que justifiquen este importante tratamiento legislativo que les dispensa la Compilación, o, por el contrario, les confiere esta alta consideración sabiendo que su escasísimo número no planteará problemas de confrontación normativa, y con ello se actúa, además, de acuerdo con la alta consideración que, en los Derechos forales, ha de tener la costumbre, por haber estado la misma en su propia entraña y base de creación?.

En la obra del Doctor Martínez Cañellas hay amplias relaciones de costumbres, algunas históricas y otras vigentes, sobre las que no voy a hacer referencia para no alargar este trabajo. Por otra parte, todos los que nos movemos en el campo del Derecho hemos sido testigos de la aplicación por los Tribunales de costumbres en materia de arrendamientos rústicos, aparcerías y servidumbres.

Pero, además de ello, yo invitaría a mirar con ojos jurídicos la realidad que nos rodea. Recuerdo de mis lejanos tiempos de opositor mi ejercicio de Metodología jurídica, en el que enfatizaba que el jurista debe abstraer de las realidades los hechos relevantes jurídicamente. Recordaba, en este sentido, un texto de Plutarco, tomado de la vida de Solón, del siguiente tenor: habiendo lanzado al mar sus redes unos pescadores de la isla de Cos, unos extranjeros de la ciudad de Mileto que pasaban por allí acordaron adquirir el resultado de la pesca antes de que las redes fueran retiradas. Mas, cuando tal se hizo, apareció un trípode de oro macizo que, según parece, fue arrojado en aquel lugar por Helena a su regreso de Troya, en recuerdo de un antiguo oráculo, discutiendo entonces pescadores y extranjeros sobre a quien pertenecía el trípode. Indudablemente, el jurista, además de ver en estos hechos un hallazgo arqueológico, una pesca ciertamente atípica o una apuesta que aparentemente salió bien, debe apreciar un vicio del consentimiento mayúsculo: un error en la base del negocio jurídico.

Pues bien, miremos la vida con ojos jurídicos; y, aplicando ello al tema que nos ocupa, tal vez encontraríamos situaciones en las que se da esta

repetición de actos –incluso a veces con convicción de necesidad jurídica de actuar de este modo– que constituyen, por tanto, verdaderas costumbres normativas.

En estos momentos, se plantea en nuestra colectividad –lo vemos por los medios de comunicación– el tema del cierre de ciertos caminos o senderos que han venido siendo utilizados de manera pública. Tenemos la suerte de vivir en una tierra privilegiada, en la que tradicionalmente todos hemos tenido acceso a los majestuosos paisajes y a las altas cimas de nuestra Serra de Tramontana, y, lamentablemente, los compradores de algunas antiguas fincas ubicadas en la zona han cerrado sus propiedades a cal y canto, causando los problemas consiguientes. Los Tribunales ya conocen de alguno de estos casos, como el Camí de Es Rafal, en Banyalbufar, para el acceso a Planici y Font des Garbell, Caminos de Es Fangar, etc. . .

Como ya no soy Juez –y, por tanto, puedo dar mi opinión libremente pues sé que no tendré que juzgar ninguno de estos casos o similares– puedo decir que yo veo verdaderas costumbres en el posible tránsito por estos caminos cuando se trata de los caminos históricos que unían, y siguen uniendo, localidades, pueblos, aldeas, oratorios y santuarios, agrupaciones de casas y “lloguerets”. La repetición de actos de uso del camino es innegable, pues desde siempre se ha transitado y se sigue transitando –al menos hasta que se produce el cierre obstaculizador– por los mismos. Y, en cuanto a la OPINIO IURIS, cuento una anécdota ciertamente expresiva de la misma, con la que finalizo este trabajo.

Ocurrió hace muchos años en una tradicional finca que es cruzada por el antiguo sendero de montaña que unía –y sigue uniendo– Soller y Lluc. El dueño, o el encargado, de la finca estaba enfadadísimo porque se habían dejado una barrera abierta, por la que se escapó una de las vacas que pastaban en ella, habiendo tenido que acudir a buscarla con considerable esfuerzo. Cuando vio aparecer al grupo montañero del que formaba parte no nos recibió con flores y laureles precisamente; nos contó lo que había pasado y nos dijo que su deseo era cerrar la finca absolutamente, para que por ella no pasara nadie. La lástima –añadió, y por eso lo cuento– es que no puedo hacerlo, porque por mi finca discurre el camino de montaña de Soller a Lluc y “¿com puc jo tencar un cami real?”.

Lo cierto es que este propietario vino a reconocer que la costumbre de usar este camino venía avalada –además de por un innegable y repetido uso– por una convicción de validez jurídica, pues existía una coincidencia de todos en considerar que estos caminos o senderos que unían y siguen uniendo pueblos, aldeas, oratorios y santuarios, agrupaciones de casas y “lloguerets” son de uso público, viniendo, por tanto, avalado el tránsito por

los mismos por una innegable costumbre normativa.

Ello no es sino un botón de muestra de que las costumbres, en ocasiones, están ahí. Lo que ocurre es que es preciso descubrirlas. Y, para ello, hay que mirar la vida con ojos jurídicos y no asustarse ante las dificultades, pues, como dijo el clásico –Terencio en esta ocasión– no hay cosa fácil que no parezca difícilísima si se hace de mala gana.