

**UNA RELECTURA DE LA OBRA JURÍDICA  
DE JOAQUÍN COSTA EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI:  
LA HUELLA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO  
EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN**

***A REVIEW OF THE LEGAL WORK OF JOAQUIN COSTA  
IN THE DAWN OF THE 21ST CENTURY:  
THE TRACE OF COSTUMARY LAW IN THE  
ARAGON REGIONAL LAW CODE***

**RAFAEL BERNAD MAINAR**

*Profesor de la Universidad San Jorge (USJ).*

*Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J (USJ).*

*Código de Referencia S03\_20D.*

*Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad  
Católica Andrés Bello (UCAB)*

**RESUMEN**

Entre los distintos escenarios cultivados por JOAQUÍN COSTA (historia, literatura, geografía, pedagogía, antropología, agricultura, economía, política o derecho), su aporte más sobresaliente es, sin duda, el correspondiente al campo jurídico, tiznado de un claro componente sociológico.

COSTA fue un firme defensor del derecho consuetudinario, sobre todo en lo que respecta al derecho aragonés, como lo demuestra su amplia obra escrita sobre el particular. Buena prueba de su influjo en esta materia es que el derecho aragonés vigente recoge, en buena parte, su pensamiento jurídico, lo que nos

---

\* Este estudio se ha elaborado en el marco del Grupo de referencia (S. 15-R17), sobre Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón, que está *Financiado por el Gobierno de Aragón y cofinanciado con Feder 2014-2020*, «Construyendo Europa desde Aragón», y cuya I.P. es Carmen Bayod López.

permite realizar una relectura del mismo en pleno siglo XXI, a partir de la regulación contenida en el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

**Palabras clave:** JOAQUÍN COSTA, derecho consuetudinario, derecho positivo, derecho civil aragonés, Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

## ABSTRACT

Among the different scenarios cultivated by JOAQUÍN COSTA (history, literature, geography, pedagogy, anthropology, agriculture, economics, politics or law), his most outstanding contribution is, undoubtedly, that of the legal field, stained with a clear sociological component.

COSTA was a strong defender of customary law, especially with regard to Aragonese law, as evidenced by his extensive written work on the subject. Good proof of its influence in this matter is that the current Aragonese law collects, to a large extent, its legal thinking, which allows us to re-read it in the XXI century, based on the regulation contained in the Aragon Regional Law Code (ARLC).

**Key words:** JOAQUÍN COSTA, customary law, positive law, Aragonese civil law, Aragon regional law code (ARLC).

## I. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN

JOAQUÍN COSTA representa en la segunda mitad del siglo XIX y primeros años del siglo XX el estereotipo perfecto del pensador y hombre de acción polifacético, que reproduce, en alguna medida, el modelo precedente del hombre ilustrado propio del siglo XVIII y de la primera mitad del siglo XIX. Así es, descollando de la atonía cultural generalizada, ante una mayoría de la sociedad iletrada y analfabeta, emerge una élite de intelectuales que, ungidos por la avidez de conocimientos y la misión de realizar aportaciones a la sociedad que les rodea, llevan a cabo propuestas tendentes a la consecución de avances y mejoras en la vida cotidiana, ya de por sí penosa y limitada para la época en muchos aspectos.

En tal sentido, la obra y vida de COSTA recorrió distintos escenarios, tanto en el campo de las ciencias humanas y sociales (geografía, historia, literatura, lingüística, derecho, sociología, educación, etnología, antropología, economía), como, incluso, en algunas de corte experimental (así sucede con la agricultura y la ingeniería enfocada a las técnicas de riego agrícolas), sin pasar por alto su

interés y participación en la política nacional<sup>1</sup>, proyectada al plano internacional para abordar cuestiones relacionadas con su vocación europeizante<sup>2</sup>, por un lado, y el tema del colonialismo y sus implicaciones, por otro, ante la coincidencia de su época con los últimos estertores del glorioso pasado colonial español (pérdida de Cuba y de Filipinas), hechos que adquieren un especial simbolismo por la conmoción ocasionada en la sociedad española, y representan el espejo de una frustración colectiva en un momento histórico conocido como el «desastre del 98».

Precisamente, una mente tan privilegiada como la del polígrafo aragonés transitaba con comodidad por la historia, la literatura, la geografía, la pedagogía, la antropología, la agricultura, la economía, la política o el derecho, llegando más allá inclusive, toda vez que pudo entrever y colegir la interrelación que mediaba entre las distintas disciplinas del saber humano<sup>3</sup>. Este amplio abanico y radio de acción del pensamiento de COSTA, sin embargo, ha podido ser mal entendido hasta el punto de confundirse con un pretendido enciclopedismo o una mera cascada de ideas atropelladas<sup>4</sup>. Sin embargo, una lectura más atenta y profunda de la vasta creación intelectual del polígrafo aragonés nos lleva a extraer una conclusión bien distinta, cual es que nos encontramos, más que ante una obra diseminada y deslavazada, ante desarrollos parciales de un mismo proyecto intelectual y político, dotado plenamente de unidad y de coherencia. En efecto, las distintas parcelas que fueron objeto del interés de COSTA, lejos de configurarse como compartimentos estancos, lograron conectar cual columna vertebral cubierta por el manto del regeneracionismo social como respuesta ante los males y flagelos que carcomían un sistema sediento de reformas depuradoras.

Entra aquí en escena, pues, el movimiento del regeneracionismo español<sup>5</sup>, ubicado cronológicamente en la última década del siglo XIX y primeros años del

---

<sup>1</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Obra política menor (1868-1916)*. Fundación Joaquín Costa. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Huesca, 2005.

<sup>2</sup> TIerno GALVÁN, Enrique. *Costa y el regeneracionismo*. Barna S.A., Barcelona. 1961, p. 217.

<sup>3</sup> MATEOS Y DE CABO, O. I. «Joaquín Costa, jurista, político y pedagogo: la pasión de una vida dedicada a la ciencia». *Anales de la Fundación Joaquín Costa* n.º 17. Fundación Joaquín Costa. Madrid. 2000, pp. 5-159.

<sup>4</sup> GÓMEZ BENITO, Cristóbal; ORTÍ BENLLOCH, Alfonso. *Estudio crítico, reconstrucción y sistematización del corpus agrario de Joaquín Costa*. Fundación Joaquín Costa. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Huesca. 1996, p. 38.

<sup>5</sup> Algunos años atrás, la influencia del krausismo y del positivismo caló en la clase media intelectual española, sumado al desarrollo de las ideas proletarias y la aparición de los primeros embates del movimiento obrero en la vida nacional.

El krausismo prepondera el asociacionismo en general con la consiguiente reducción de la intervención del Estado al ámbito estrictamente político y al mínimo necesario de vigilancia. Sobre el particular, CAPELLÁN DE MIGUEL, Gonzalo. «La renovación de la cultura española a través del pensamiento alemán: Krause y el krausismo». *BROCAR* n.º 22. 1998, pp. 137-153.

siglo XX, cuyo desarrollo coincide con un momento convulso de la historia española en lo político, económico y social, que se traducirá en manifestaciones ideológicas y culturales, que reclamarán nuevos planteamientos, análisis y perspectivas como reacción frente a dicha coyuntura determinada.

Los intelectuales, la pequeña burguesía y las clases medias (clases neutras o masa neutra en palabras de COSTA)<sup>6</sup> aúnan sus fuerzas contra la Restauración monárquica de ALFONSO XII tras el levantamiento militar en Sagunto del General MARTÍNEZ CAMPOS en 1874. Se trataba de combatir el *statu quo* reinante de la Restauración monárquica representado por la vigencia del turno de partidos (conservadores y liberales) y el protagonismo de la oligarquía y el caciquismo. En este contexto histórico, coincidente con la crisis de fin de siglo (entre 1890 y 1910)<sup>7</sup>, hemos de encuadrar el movimiento regeneracionista español, claramente dibujado en algunas publicaciones emblemáticas identificadas con él<sup>8</sup>, que se hacen eco del clima de crisis generalizada imperante, incluida la de la misma conciencia nacional.

Por otro lado, los regeneracionistas tratarán de neutralizar el riesgo del triunfo de la revolución del proletariado, puesto que esta no representaba para ellos la verdadera revolución regeneracionista<sup>9</sup>, tras haberse producido el fracaso de la revolución burguesa en España.

Este frente regeneracionista presenta diversas orientaciones (burguesa, pequeño burguesa, socialista o anarquista) y el regeneracionismo representa una rama dentro del movimiento general de regeneración, siendo la literatura regeneracionista la más sobresaliente de todas las aristas del movimiento. Es en este entorno donde surge y descuella la figura de JOAQUÍN COSTA<sup>10</sup>, de tal manera que

---

Por su parte, el positivismo es un movimiento dirigido a la creación de un orden social. Augusto Comte, padre del positivismo, pretende replicar el estudio de la humanidad colectiva y convertirlo en ciencia positiva, de manera que en la sociedad rijan los tres estados con sus respectivas etapas (estado teológico o mágico y sociedad militar; estado metafísico y sociedad económica; estado científico o positivo y sociedad industrial). Un estudio del positivismo en KREMER-MARIETTI, A. *L'Anthropologie positiviste d'Auguste Comte*. Librairie Honoré Champion. Paris, 1980.

<sup>6</sup> FORCADELL ÁLVAREZ, Carlos. «El político», en *¿Por qué fue importante Costa? Cuadernos Altoaragoneses de Trabajo*. n.º 7. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Excma. Diputación Provincial de Huesca. 1987, p. 27; CHEYNE, George. J. G. *Joaquín Costa, el gran desconocido*. Ariel Historia. Barcelona, 2010, p. 140.

<sup>7</sup> LISSORGUES, Yvan. «La crisis de fin de siglo. El regeneracionismo», en *Historia de la literatura española* (dir. V. García de la Concha). Vol. 9, Espasa Calpe. Madrid. 1998, pp. 46 y ss.

<sup>8</sup> Podemos destacar, entre otras, la célebre obra de Lucas Mallada (1890) *Los males de la patria y la futura revolución española. Consideraciones generales acerca de sus causas y efectos*, así como también la de Joaquín Sánchez de Toca (1912) *Reconstitución de España en vida de economía política actual*.

<sup>9</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Reconstitución y europeización de España y otros escritos* (ed. S. Martín Retortillo). Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1981, pp. 35 y ss.

<sup>10</sup> CHACÓN DELGADO, Pedro José. *Historia y nación. Costa y el regeneracionismo en el fin de siglo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2013, pp. 33 y ss.

no solo estamos en presencia de uno de los escritores más representativos de la literatura regeneracionista, junto con LUCAS MALLADA Y MACÍAS PICAVEA, sino que, en suma, se trata del personaje más emblemático del movimiento regeneracionista español. Un protagonismo refrendado por una vasta obra, diversa y heterogénea<sup>11</sup>, que se aglutina y vertebrada en torno a su pasión y dolor por España como fruto de los problemas que la aquejan<sup>12</sup>, lo que le impulsa a promover una regeneración mediante un cambio liderado por las clases medias, que surja como verdadero antídoto contra el conservadurismo recalcitrante de la oligarquía y el caciquismo y, a su vez, neutralice el riesgo del proletariado emergente.

JOAQUÍN COSTA diagnóstica acertadamente la sociedad española y recrimina con severidad sus verdaderas lacras (la carencia de libertad y de soberanía; un sistema político parlamentario que enmascara un régimen oligárquico y caciquil; la atonía y pasividad del pueblo)<sup>13</sup>. A continuación, proclama unos postulados destinados a erradicar dichas taras y regenerar el país, entre los que destacan los siguientes<sup>14</sup>: el fomento decidido de la enseñanza y la ejecución de una reforma educativa; el estímulo de la producción y de la distribución del bienestar social; el reconocimiento de la personalidad y del protagonismo del municipio; la independencia del poder judicial y la potenciación del arbitraje como solución alternativa de los conflictos; la europeización de España, sin menoscabo de su propia identidad; la participación y compromiso de los intelectuales en la vida pública; la creación de una legislación de corte social; la mejora e impulso de las obras públicas. En suma, un «*regeneracionismo populista, abierto, creador y con perspectivas*».

Tal es su desazón y desencanto ante la realidad nacional que, en muchas ocasiones, COSTA proyecta e irradia un hondo sentimiento de frustración e impotencia, rayano con el pesimismo, lo que le trasladará a la nostalgia del pasado glorioso y mitológico, con claros tintes mesiánicos, a través de la personificación y necesaria irrupción del hombre providencial, un «cirujano de hierro»<sup>15</sup>, que ejerza una política quirúrgica de choque con el fin de revertir la dramática situación existente por medio de la revolución pacífica y el protagonismo de las clases medias que abandera el movimiento del regeneracionismo.

A partir del preámbulo realizado y, a modo de síntesis, hemos de subrayar que el prototipo personificado por JOAQUÍN COSTA, como hombre ilustrado y polifacético, hasta ser calificado de polígrafo, choca con el estandarte actual del hombre

---

<sup>11</sup> LÓPEZ MEDEL, Jesús. «Joaquín Costa y el pueblo», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, p. 47.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ VAL, José María. «Joaquín Costa en la libertad», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, pp. 31, 40, 42.

<sup>13</sup> LÓPEZ MEDEL, Jesús. «Joaquín Costa y el pueblo». 1994, pp. 53-54.

<sup>14</sup> LÓPEZ MEDEL, Jesús. «Joaquín Costa y el pueblo». 1994, pp. 54-58.

<sup>15</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan. «Prólogo», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, p. 16.

experto en una rama concreta del saber<sup>16</sup>, fruto del fenómeno de la especialización, más en consonancia con el paradigma de la utilidad pragmática que nuestro tiempo empodera. Ante tal hecho incontestable, cuando nos referimos a JOAQUÍN COSTA, procede efectuar la necesaria labor de encaje y adaptación a los tiempos actuales, con los ajustes pertinentes a la hora de alcanzar una comprensión más acertada de su pensamiento y obra, a los fines de poder calibrar en su justa dimensión una figura de su talla intelectual y proyección histórica.

Por fin, dentro del elenco de las áreas temáticas en las que se zambulló el intelectual montisonense y, concluyendo el inventario, mencionaremos su vertiente jurídica (en su expresión más amplia y polifacética, como abogado, notario, asesor legal y teórico del derecho)<sup>17</sup>, que se vería amputada de algún modo por el veto excluyente al que se vio sometido en su intento de profesar la docencia universitaria. En esta parcela jurídica, sin lugar a dudas la más prolífica y extensa de su obra, encauzaremos nuestra exposición desde distintas perspectivas, en función de los aspectos abordados: la teoría general del derecho; la sociología jurídica; el derecho consuetudinario; o, por fin, el derecho foral aragonés. Todo ello para enlazar con el tema central del presente trabajo, cual es la huella del derecho consuetudinario e, indirectamente, del pensamiento de COSTA en el actual Código de Derecho Foral de Aragón de 2011.

## II. JOAQUÍN COSTA Y EL DERECHO

La visión que JOAQUÍN COSTA nos aporta acerca del derecho<sup>18</sup>, con incursiones en muchas ocasiones dentro de los linderos de la filosofía del derecho, la podemos obtener fundamentalmente, en tres obras: *La vida del derecho* (1876); *Teoría del hecho jurídico individual y social* (1880); y *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*<sup>19</sup>, coincidiendo con el discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas (3 de febrero de 1901). Tanto en la primera como en la tercera de las obras reseñadas se detecta una clara huella del ideario krausista en COSTA, sin duda

---

<sup>16</sup> CHEYNE, Georges J. G. «El hombre», en ¿Por qué fue importante Costa? *Cuadernos Altoaragoneses de Trabajo* n.º 7. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Excma. Diputación Provincial de Huesca. 1987, p. 3.

<sup>17</sup> MARTÍN RETORTILLO, Cirilo. *Costa, jurisconsulto*. Excma. Diputación Provincial de Huesca. Huesca, 1951.

<sup>18</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Costa y el Derecho*. Ministerio de Cultura. Zaragoza, 1984.

<sup>19</sup> Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, disponible en [file:///D:/Users/Usuario/Downloads/Status%20individual,%20el%20referendun%20y%20la%20costumbre%20\\_%20por%20Joaquín%20Costa%20%20%20Biblioteca%20Virtual%20Miguel%20de%20Cervantes.html](file:///D:/Users/Usuario/Downloads/Status%20individual,%20el%20referendun%20y%20la%20costumbre%20_%20por%20Joaquín%20Costa%20%20%20Biblioteca%20Virtual%20Miguel%20de%20Cervantes.html) [consultado con fecha 29/04/2020].

imbuido a través de su maestro y amigo GINER DE LOS RÍOS; sin embargo, en la segunda de ellas, se constata la influencia del positivismo jurídico, un movimiento muy en boga para el momento, que va ganando terreno en nuestro país tras la conclusión del arduo y lento período codificador, todavía pendiente de consumir en materia civil, tras el fracaso del Proyecto García Goyena de 1851.

Cuando COSTA pretende indagar sobre el concepto del derecho, parte de la necesidad de incorporar un concepto inmediato basado en el sentido común. A tal fin, deslinda la conciencia científica y la conciencia común, puesto que, en muchas ocasiones, presentan antinomias irreductibles por estar basadas, respectivamente, en la razón científica y en la razón común. COSTA, no sin dejar de mostrarse más partidario de esta que de aquella, reconoce la complementariedad de ambas por el sentido reflexivo de la primera e inmediato de la segunda, hasta el punto de afirmar que<sup>20</sup> «*lo subjetivo e ideal de la una se corrige con el carácter positivo de la otra, y lo inseguro e indeterminado de esta con el tono categórico de aquella*».

Precisamente, cuando indaga en torno a la naturaleza del derecho, COSTA lo distingue de la religión y de la moral para conectar en una esfera interna de aquel con la noción de «*utilidad*», surgida de la relación constituida entre los medios prestados libremente y los fines racionales que se pretenden alcanzar mediante la actividad humana, de tal suerte que en su opinión «*para que el Derecho aparezca, es indispensable la condición de un fin racional y que aparezca puesta por una actividad libremente determinada como causa*»<sup>21</sup>, sin que ello represente una contradicción en los términos, sino más bien al contrario, una perfecta simbiosis por mor de la utilidad, tal cual sucede, por ejemplo, con las relaciones que se entablan entre el derecho y la economía<sup>22</sup>.

En sintonía con estas consideraciones, JOAQUÍN COSTA identifica que la esencia del derecho radica en la relación existente entre los fines racionales de la vida y las condiciones que los sujetos racionales y libres deben prestar para su cumplimiento; en otras palabras «*la Conducta libre en cuanto presta Medios para Fines racionales*». Y a partir de tal noción enumera los elementos del derecho<sup>23</sup>:

«*un sujeto, en quien determinadamente residan los fines; un objeto, constituido por utilidades concretas capaces de servir como medio a aquellos fines; y una actividad libre y conscia que sirve de vínculo inmediato entre sujeto y objeto, aproximando las utilidades radicadas en este a los fines dados en aquél*».

---

<sup>20</sup> COSTA MARTÍNEZ, J. *La vida del derecho*. Imp. Aribau. Madrid. 1876, p. 47, disponible en file:///D:/Users/Usuario/Downloads/vidaDelDerecho.pdf [consultado con fecha 5/05/2020].

<sup>21</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, p. 57.

<sup>22</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, p. 58.

<sup>23</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, p. 58.



Sobre el entendido del doble componente individual y social del ser humano, COSTA presenta también una doble vertiente en el derecho, toda vez que:

*«los fines se dan en cada hombre y los medios en él o fuera de él, la relación jurídica será unas veces interior y exterior otras, existirán por tanto dos esferas de Derecho, la esfera Inmanente o Individual, en la cual aparecen conjuntamente los fines y los medios como medios y fines míos que yo mismo como sujeto activo debo libremente relacionar; y la esfera transitiva o social en la cual los medios han de ser prestados por otro sujeto que aquél en quien radiquen los fines, y cuya relación por tanto toca inmediatamente a él como individualidad activa, libre y obligada, y mediatamente a mí que debo una segunda prestación, ya inmanente, si la naturaleza de la condición la requiriese, para asimilarla a mi necesidad y dejarla satisfecha»<sup>24</sup>.*

Respecto del análisis de las leyes, COSTA ensalza la *«Ley del Bien, suprema, y por lo mismo única; si existen otras, estarán subordinadas a ella y para su servicio»*, de tal manera que *«del concepto mismo de la Vida se infiere que el bien es su fin o uno de sus fines, lo mismo cuando se dirige a producir hechos originalmente, como cuando tiende a sanarlos y restituirlos al orden reparado de la esencia»*, una ley suprema a la cual el resto de las leyes quedan subordinadas<sup>25</sup>.

Conjugando los conceptos del derecho y de la vida, COSTA aborda la vida del derecho, esto es, *«la composición de sus dos formas originarias de existencia (permanente y temporal) en una tercera, mediante la actividad del ser de quien el Derecho es una propiedad...»<sup>26</sup>*, una tríada que le permite construir los términos de un silogismo integrado por la premisa mayor (el derecho ideal o posible, esto es, el derecho natural); la premisa menor (el agente o gestor que desarrolla esa idea típica); y por una conclusión consistente en el derecho positivo o histórico. Y entre ambos extremos la actividad jurídica aparece como elemento mediador<sup>27</sup>.

En otro lugar de su extensa obra jurídica JOAQUÍN COSTA resume y enumera las notas que caracterizan el derecho en conexión con una serie de principios que lo informan, ya de forma positiva, o a través del argumento en contrario<sup>28</sup>: de dirección para la voluntad; de libertad; de beneficencia; de condicionalidad; de racionalidad; y de no reciprocidad.

En la tercera de las obras reseñadas con anterioridad (1901), COSTA cuestiona abiertamente el principio en cuya virtud la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (*nemini licet ignorare jus, nemo jus ignorare censetur, ignorantia legis*

---

<sup>24</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, pp. 62, 63.

<sup>25</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, pp. 86 y ss.

<sup>26</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, pp. 93 y ss.

<sup>27</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, p. 117.

<sup>28</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1880, pp. 9 y ss., 51, disponible en file:///D:/Users/Usuario/Downloads/teoriaDelHechoJuridico.pdf. [consultado con fecha 19/05/2020].



*neminem excusat*), y lo hace desarticulando las bases sobre las que se asienta dicho aforismo jurídico, cuales son imputar al pueblo la culpabilidad ante su ignorancia de la ley, y establecer la presunción *iuris et de iure* según la cual toda la población conoce las leyes. En este sentido, el polígrafo aragonés concluye que la presunción:

*«se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad, a sabiendas: Primero, de que nadie conoce todo el derecho, de que solo una insignificante minoría de hombres sabe una parte y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado; Segundo, de que es imposible que la mayoría, y aun esa minoría misma las conozca todas; y Tercero, de que la presunción conforme a la verdad de los hechos, conforme, por tanto, a la razón, a la justicia y a la lógica, sería cabalmente la inversa, que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario»*<sup>29</sup>.

Y es que, a juicio de COSTA, las leyes que rigen la sociedad han de ser pocas, pero conocidas por el pueblo que ha de cumplirlas, pues solo son verdaderas leyes las que el pueblo conoce y refrenda a través de su cumplimiento<sup>30</sup>.

Así pues, COSTA, muy coherentemente con la estructura krausista de su pensamiento, confiere al derecho una «misión salvadora»<sup>31</sup>, lo que se traducirá en catapultar al derecho en el diseño de su reforma regeneracionista a un sitio preferencial y protagonista, junto al que le otorga a la educación y a la economía («educación y despensa»).

### III. JOAQUÍN COSTA Y LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Ante la necesidad de conectar el derecho con la sociedad, en un adelanto de lo que sería su visión sociológica del derecho, COSTA aborda el análisis sobre la vida en general como un preámbulo a la profundización sobre la vida jurídica o del derecho. Siguiendo aquí la metodología ya empleada en la indagación sobre el concepto del derecho, diferencia al respecto entre un concepto escolástico y el

---

<sup>29</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, 1901, I, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, disponible en [file:///D:/Users/Usuario/Downloads/Status%20individual,%20el%20referendun%20y%20la%20costumbre%20\\_%20por%20Joaquín%20Costa%20%20Biblioteca%20Virtual%20Miguel%20de%20Cervantes.html](file:///D:/Users/Usuario/Downloads/Status%20individual,%20el%20referendun%20y%20la%20costumbre%20_%20por%20Joaquín%20Costa%20%20Biblioteca%20Virtual%20Miguel%20de%20Cervantes.html) [consultado con fecha 5/05/2020].

<sup>30</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho*. 1901, II; JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, José Ignacio. «Costa y la justicia», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, p. 121.

<sup>31</sup> GIL NOVALES, Alberto. *Derecho y Revolución en el pensamiento de Joaquín Costa*. Península. Madrid. 1965, pp. 11-21; GÓMEZ BENITO, Cristóbal; ORTÍ BENLLOCH, Alfonso. *Estudio crítico*. 1996, pp. 31, 32.

derivado del sentido común<sup>32</sup>, mostrándose más próximo de la segunda acepción, sustentada en la razón natural, que de la primera, basada en la razón científica, hasta el punto de concluir que la vida constituye la «*Actividad de los seres en cuanto informa o hace real y efectiva en Hechos o estados su Esencia eterna y cada una de sus propiedades*»<sup>33</sup>, entre cuyos elementos se cuenta con la esencia posible o potencia —lo factible—, la idea, lo positivo o esencia puesta en estados —lo hecho—, y la actividad vital del ser que vive, que causa los estados —el agente—.

Precisamente, la faz más sociológica, por lo que al ámbito del derecho se refiere, conduciría a JOAQUÍN COSTA a conectar con algunas otras ciencias como la antropología social<sup>34</sup>, la etnografía y la filología —en especial, la dialectología— a través del método comparativo entre distintos pueblos de diferentes épocas históricas, lo que ampliará el radio de acción de sus intereses intelectuales y, sin duda, contribuirá a reafirmar su bien ganada cualidad de polígrafo ilustrado.

COSTA tiene el mérito de asociar el conocimiento del derecho con la indagación de la realidad, criterio que contribuye al reacomodo de la ciencia jurídica en el marco de las ciencias sociales. Precisamente por ello, señala que:

*«todo hecho jurídico es una como concreción temporal del derecho eterno, hecho y derecho han de ser de una misma naturaleza; el contenido del hecho ha de ser todo él jurídico (...) en una palabra, que el jus-jussum, el derecho actual, positivo —reglas y hechos— ha de ser idéntico al jus-jubendun, al derecho ideal, absoluto, posible, eterno; si no coincidiesen, el supuesto derecho positivo no sería tal jus, sino in jus, injuria, injusticia»*<sup>35</sup>.

Una prueba evidente para COSTA de la conexión que media entre el derecho y el hecho —realidad— y que reafirma su visión sociológica del derecho es que, a su juicio, el hecho es:

*«un medio práctico, y a la vez un medio docente: un medio de cumplir el ser sus fines, y un medio de significarlos en la convivencia social. En el primer sentido, el hecho tiene propio valor y sustantividad; en el segundo, es signo con que reconocemos un estado histórico de la conciencia individual y social, sus necesidades, sus aspiraciones, y la regla consuetudinaria que crea para acudir a ellas. Esta propiedad del hecho hace posible, de un lado, el arte de la legislación, y de otro, la ciencia del derecho consuetudinario»*<sup>36</sup>.

Por tal motivo, diferencia los elementos del hecho reputado como unidad: «*su materia (derecho), la actividad jurídica que la informa (sujeto), y su realización, o sea, la acción del sujeto activo sobre la materia jurídica*».

<sup>32</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, pp. 65 y ss.

<sup>33</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, pp. 78 y ss.

<sup>34</sup> DEL PINO DÍAZ, Fermín. «El antropólogo», en ¿Por qué fue importante Costa? 1987, pp. 28-32.

<sup>35</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 1880, p. 7.

<sup>36</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 1880, p. 9.

Como expresión de su vertiente sociológica del derecho, siendo pionero en este campo en España<sup>37</sup>, JOAQUÍN COSTA empodera el papel de la costumbre en cuanto hecho jurídico y, más que detenerse en la diatriba de si se trata o no de una fuente del derecho, profundiza sobre su existencia, como hecho incuestionable, hasta el punto de que el legislador no pueda desconocerla. Una prueba de lo afirmado la encontramos, por ejemplo, en el estudio que lleva a cabo en su obra *Colectivismo agrario en España* (1898) de las múltiples manifestaciones de la explotación agraria asociativa y comunitaria<sup>38</sup>, fruto de la observación directa y del meticuloso análisis de la realidad sociológica agraria de todo el territorio nacional, a través de un recorrido pormenorizado por las distintas regiones y comarcas.

También procede destacar aquí el aporte realizado en las Bases del Concurso de la Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre Derecho consuetudinario y Economía popular<sup>39</sup>, toda una declaración de intenciones en torno a la costumbre<sup>40</sup>, tanto en lo atinente al fomento del conocimiento del derecho histórico y actual, cuanto en la promoción del estudio del derecho popular patrio, con una finalidad en este último objetivo que supera lo meramente histórico para proyectarse hacia la todavía pendiente codificación del derecho civil, en la cual el tema de los derechos forales seguía siendo uno de los puntos más álgidos del debate.

En estas Bases se explica que en las memorias objeto del Concurso se deberá atender:

*«a fijar los caracteres y la fisionomía de cada una de las costumbres coleccionadas, más bien que a la crítica de los resultados», pudiéndose limitar «a una sola costumbre, observancia o institución usual en una o diversas regiones, con sus respectivas variantes, si las hay, o extenderse a un grupo mayor o menor de costumbres en una localidad, o en un distrito o comarca determinada».*

Y en este sentido:

*«cada costumbre colegida ha de describirse del modo más circunstanciado que sea posible, sin omitir detalle; y no aisladamente, sino en su medio, como miembro de un organismo, relacionándola con todas las manifestaciones de la vida de que sea una expresión o una*

---

<sup>37</sup> Como señala Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (*Joaquín Costa, jurista y sociólogo. Derecho consuetudinario e ignorancia de la ley*. Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid. 2018, p. 15 nota al pie n.º 5), el propio Recaséns Siches en la obra *La sociología del Diritto nella Spagna, nel Portogallo e nell'America Latina* (p. 217) solo cita en la España del siglo XIX a Joaquín Costa entre los sociólogos e, incluso, le llega a reprochar «un uso constante y a veces exagerado del método sociológico».

<sup>38</sup> SANZ JARQUE, Juan José. «La cuestión de la tierra y las cooperativas agrarias en el pensamiento de Joaquín Costa, hoy», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, pp. 71-72.

<sup>39</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*. Tomo I. Obras de Joaquín Costa 2. Guara editorial. Zaragoza. 1981, Apéndice II, pp. 379-383.

<sup>40</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa, jurista y sociólogo*. 2018, p. 15.

*resultante, o con las necesidades que hayan determinado su formación o su nacimiento; y además, si fuere posible, señalando las variantes de comarca a comarca, de pueblo a pueblo, y la causa a que sean debidas...»<sup>41</sup>.*

A mayor abundamiento, las referidas Bases del Concurso instan a apuntar<sup>42</sup> «*las leyes, fueros, ordenanzas o constituciones desusadas por ellas, o al revés, de que sean ellas una supervivencia...; e inquiriendo, caso de ser antiguas, los cambios que hayan experimentado modernamente y la razón o motivo de tales cambios, o las mudanzas en el estado social que las hayan provocado...*», incluso extendiendo el estudio:

*«a costumbres que hayan desaparecido modernamente, determinando en tal caso los motivos de la desaparición y de las consecuencias que esta haya producido», incluyendo «todo género de costumbres de derecho, así público como privado, y todas las manifestaciones del trabajo y de la producción...».*

Ante la necesidad de acreditar la existencia de las costumbres invocadas, se deberán documentar sus descripciones mediante:

*«copias de contratos, sean públicos o privados, y de ordenanzas o reglamentos, cuando la práctica los lleve consigo», expresando «las fuentes de información de que se hayan valido (...) y el procedimiento seguido en el estudio de cada costumbre, a fin de asegurar de algún modo la autenticidad de la referencia».*

En suma, COSTA<sup>43</sup> logra concentrar en una síntesis perfecta los elementos que integran la costumbre según la teoría del derecho tradicional<sup>44</sup>: un hecho jurídico reiterado en el tiempo (elemento objetivo); la conciencia popular de su valor como norma de conducta —*opinio iuris sea necessitatis*— (elemento subjetivo); y la prueba indubitada de su existencia reiterada en el tiempo (elemento probatorio).

Con todo ello COSTA, no solo se describe el derecho, sino que por medio de su visión sociológica del mismo transitando los predios de la sociología jurídica, también está «*dibujando las costumbres y los hábitos, las modalidades de la agricultura y de la ganadería, de la artesanía, el sistema de comunicaciones, las respuestas al paso de las estaciones y de los años, la vida, en una palabra*»<sup>45</sup>, para cuyo fin «*baja a la arena e interroga a los pastores, a los escribanos, a los barberos; examina los libros del común, de las cofradías,*

---

<sup>41</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, pp. 379, 380.

<sup>42</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, pp. 380, 382.

<sup>43</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Requisitos de la costumbre jurídica según los autores*. Imp. Revista de Legislación. Madrid, 1881, en BIVIDA, disponible en <http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=602372> [consultado con fecha 16/07/2020].

<sup>44</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I, Volumen 1.º. 12.ª ed. Reus. Madrid. 1982, pp. 468-474.

<sup>45</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. «Introducción», en COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, p. 11.

*la transcripción de los contratos y toma nota de sus variantes, según las zonas; encuesta o se cartea con los secretarios o amigos de confianza, a falta de oros medios».*

#### IV. JOAQUÍN COSTA Y EL PAPEL DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO: EL DERECHO CONSUETUDINARIO

Como expresión del derecho vivo, COSTA se refiere a la norma jurídica o regla de derecho, a la que define como *«la forma general en que se expresa el derecho al particularizarse en cánones concretos para el régimen libre de la vida»*<sup>46</sup>, y la clasifica según formas particulares y fundamentadas para determinar lo que se denomina derecho positivo. A su vez, nos presenta las dos formas originarias y sustantivas que dentro de la ley jurídica encuentra el análisis, a partir de la naturaleza de la actividad que particulariza el derecho ideal a fin de darle existencia positiva: por un lado, la ley espontánea, por otro, la ley reflexiva; en otras palabras, costumbre y ordenamiento. Es decir, COSTA diferencia el contenido jurídico de las leyes en un doble género:

*«en unas, el legislador ha recibido ese contenido elaborado ya, tomándolo de tradición oral, de los actos y contratos escritos, de las declaraciones de los ancianos, y, en una palabra, de la vida común, y se ha limitado a depurarlo y ordenarlo, a concertar sus diversos miembros, a darle una expresión concreta en el lenguaje (sirvan de ejemplo las Observancias de Aragón); en otras, el contenido de la ley no ha preexistido a esta, no es un contenido consuetudinario, sino que dimana, lo mismo que la forma, directamente del legislador oficial»*<sup>47</sup>.

Dicho deslinde, sin embargo, no excluye su identificación, toda vez que, como nos dice el polígrafo aragonés<sup>48</sup>:

*«repárese que tomo como sinónimos derecho positivo o histórico, y hecho (lato sensu); que debajo de este mismo nombre, comprendo las leyes o costumbres y los hechos causados por virtud de ellas, porque si, respecto de los hechos y relaciones individuales, la ley es regla ideal que los encierra todos dentro de sí por modo virtual —enfrente del derecho racional y eterno—, no es a su vez la ley sino como un hecho mayor».*

Y por tal razón,

*«si en esa proposición que se da como ley, el legislador se ha hecho intérprete de algo que, sin ser precisamente costumbre, expresa una convicción o una aspiración de la generalidad, o condensa y da cuerpo a un estado difuso de la opinión, equivalente a una costumbre, el pueblo*

---

<sup>46</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. 1876, pp. 138 y ss.

<sup>47</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho*. 1901, IV.

<sup>48</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 1880, p. 7.

*se reconoce en ella, la hace suya, et lex facta est», pero si, por el contrario, «el legislador, apoderado de la fuerza, usurpando su autoridad al soberano, pretende imponer a este sus creaciones subjetivas, poniéndole el alias de súbdito y llamándose a sí propio autoridad, invierte los papeles, perturba el orden natural de la vida de las sociedades, comete acto de tiranía»<sup>49</sup>.*

Con este alegato, en suma, COSTA reafirma su posición de unidad e identidad entre la costumbre y la ley, puesto que, a su juicio *«promulgar leyes que nadie cumple, no es promulgar leyes»*. Por todo lo dicho, COSTA sostiene que:

*«no son derecho vivo, porque no son derecho positivo, las reglas jurídicas que el pueblo no ha elaborado y puesto en vigor por vía de costumbre, o que el pueblo no prohijó en un principio por vía de aceptación, tácita o expresa, o que ha dejado caer en desuso»<sup>50</sup>.*

Así pues, sigue argumentando el jurista aragonés, confirmando rotundamente con ello, a pesar de su deslinde, la identificación ya señalada que efectúa entre costumbre y derecho positivo:

*«el derecho que la colectividad social no conozca, no ha podido ser consentido, introducido o prohijado por ella; de consiguiente, no le obliga, aun siendo del género llamado imperativo o prohibitivo; carece de valor para suplir las deficiencias o la falta de expresión de las voluntades individuales, aun siendo del género llamado supletorio. Propiamente, ni siquiera puede llamarse derecho, al menos derecho positivo».*

Una prueba evidente de la importancia que JOAQUÍN COSTA atribuye a la costumbre es que en su obra *Teoría del hecho jurídico individual y social* aborda el hecho consuetudinario y el hecho habitual (Capítulos IV y V, respectivamente). Cuando desarrolla el hecho consuetudinario comienza por preguntarse cuándo es consuetudinario el hecho jurídico (IV.I)<sup>51</sup>, tanto en la esfera individual, como en la social, y contempla las consecuencias de los hechos contrarios y concordantes con el sentimiento de la sociedad; a continuación trata de fijar cuándo un hecho consuetudinario induce a costumbre, para lo cual se adentra en tópicos tales como la generación de la costumbre jurídica social, la teoría de la unicidad del hecho consuetudinario, y el análisis de los efectos del precedente en Inglaterra y en España (IV.2)<sup>52</sup>. Por fin, en el apartado correspondiente al hecho habitual (V)<sup>53</sup> profundiza en torno a la generación del hábito, en temas tales como los modos en que este se genera, así como sus principales funciones en aras del progreso, entre ellas, las de desarrollar y fijar la costumbre, facilitar su prueba, agilizar su ejecución y propiciar la tradición.

<sup>49</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho*. 1901, IV.

<sup>50</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho*. 1901, V.

<sup>51</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 1880, pp. 315 y ss.

<sup>52</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 1880, pp. 341 y ss.

<sup>53</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 1880, pp. 365 y ss.

A pesar del papel otorgado a la costumbre, COSTA no la esgrime como instrumento de salvaguarda de antiguas prebendas favorables de las clases más poderosas, sino más bien al contrario, resalta las de:

*«la masa de la población, compuesta de los débiles, de los desheredados, de los imprevisos, de los poco capaces; las familias heridas por la muerte en los miembros que debían de servirles de sostén; las que sucumbían a los rigores de la fortuna, a accidentes fortuitos de la naturaleza, a desgracias imprevistas; [las que] encuentran en estas instituciones un alivio para su desventura, o una tutela contra el egoísmo de los afortunados; con ella, la competencia tenía un regulador y la lucha por la existencia un freno»<sup>54</sup>.*

A título de protección y resguardo del campesinado y de los menestrales *«frente a la economía individualista y atómica, basada en categorías abstractas de la razón»*. Es decir, apela y defiende *«las costumbres de los pobres»<sup>55</sup>*.

En su relación con la ley, COSTA<sup>56</sup> niega la admisión de la costumbre *contra legem*, si esta es de derecho necesario, al consagrar principios fundamentales admitidos unánimemente con carácter inmutable; sin embargo, admite este género de costumbre respecto del resto de las leyes, aun habiendo sido sancionadas como obligatorias. Y en relación a la prueba de la costumbre, además de asignarla a la parte litigante que la invoca como regla general (*qui dicit, ei incumbit probatio*), el jurista aragonés extiende su práctica de oficio, a instancias del juzgador, en el marco del pleito, en calidad de diligencia para mejor proveer.

Por ello COSTA reconoce la importancia del derecho consuetudinario, que se magnifica ante la necesidad de su conocimiento como auxilio frente al reto de la codificación y unificación del derecho civil español, puesto que, a su juicio, la ignorancia del derecho consuetudinario sume al derecho en un estado de involución y petrificación, al erradicar los procesos evolutivos del espíritu en el desarrollo de aquel<sup>57</sup>, de tal suerte que sostiene que, difícilmente se podrá aunar la legislación civil española, si no se tienen en cuenta todas sus variedades consuetudinarias, pues:

*«si ha de respetarse a cada pueblo su peculiar manera de vivir, hay que principiar por respetar las costumbres que componen parte integrante de esa misma vida, e ingerirlas todas en el organismo del Código, según el principio de la variedad en la unidad»<sup>58</sup>*, de modo que fuera de este principio *«no hay posibilidad de promulgar para toda la nación un código único, porque los pueblos no abdicar fácilmente de su pasado, que sería abdicar juntamente de su porvenir»*, y solo dentro de un código que obedezca a tal principio

<sup>54</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, pp. 319 y 320.

<sup>55</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa, jurista y sociólogo*. 2018, pp. 16, 17.

<sup>56</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, p. 414.

<sup>57</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, p. 34.

<sup>58</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, p. 38.



«disfrutará el derecho de la holgura necesaria para proseguir esa evolución y serie infinita de evoluciones...»<sup>59</sup>.

Un refrendo, precisamente, de la importancia del derecho consuetudinario para JOAQUÍN COSTA es la confección que realiza de un Plan de un tratado sobre el Derecho consuetudinario<sup>60</sup>, dividido en cuatro grandes bloques o partes (Génesis de la costumbre; Valor y eficacia de la costumbre; Sanción de la costumbre; Cultivo y terapéutica de la costumbre). En esta cruzada a favor del derecho consuetudinario Costa contaría con el apoyo de otros intelectuales de su época<sup>61</sup> como GINER DE LOS RÍOS, GUMERSINDO DE AZCÁRATE, BIENVENIDO OLIVER, o el mismo RAFAEL ALTAMIRA.

Frente a un sentimiento de aversión general reinante en la época, rayano con el de ser un mal necesario<sup>62</sup>, el apego y la fe mostrados por JOAQUÍN COSTA hacia el derecho consuetudinario es palpable y manifiesto, hasta el punto de admitir la costumbre como fuente sustantiva y permanente del derecho positivo civil<sup>63</sup>. Para ello, el polígrafo aragonés parte de la distinción básica entre derecho necesario y derecho voluntario<sup>64</sup>, de la que resulta que el primero resulta inmune a la acción o sustracción de nuestra voluntad, en tanto que el segundo puede ser modificado por la voluntad de los particulares en virtud del principio de la libertad civil, sin perjuicio de la aplicación de sus normas con carácter supletorio, en defecto de pacto en contrario. Fiel al criterio de la admisión de la costumbre *contra legem*, siempre que no se trate de una norma imperativa o de derecho necesario, COSTA nos recuerda que, en muchas ocasiones, esas normas dispositivas supletorias representan la traducción de una costumbre general<sup>65</sup>, sobre todo en aquellas legislaciones con la mayor suma de libertad compatible con el derecho natural y las buenas costumbres, tal como sucede en Aragón y Navarra.

En la medida que las costumbres pueden ir mutando o desapareciendo por el desuso, COSTA aboga por la necesidad de la revisión constante de las leyes, pues, si estas no concuerdan con las costumbres, su aplicación supletoria, en defecto de pacto, chocaría abiertamente con la práctica utilizada. Ante la imposibilidad material de reformar continuamente la legislación supletoria, el montisonense propone la recolección y codificación del derecho consuetudinario

---

<sup>59</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, p. 40.

<sup>60</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, pp. 363-377.

<sup>61</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Joaquín Costa, jurista y sociólogo*. 2018, pp. 20, 21.

<sup>62</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. Obras de Joaquín Costa I. Guara Editorial. Zaragoza. 1981, pp. 19-21, 191, 214; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «El jurisconsulto», en ¿Por qué fue importante Costa? Cuadernos Altoaragoneses de Trabajo n.º 7. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Excma. Diputación Provincial de Huesca. Huesca. 1987, p. 20.

<sup>63</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 207-209.

<sup>64</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan. «Prólogo». 1994, p. 14.

<sup>65</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 198, 199.

vigente en Aragón con miras a su futura inclusión en el Código civil, toda vez que, a su juicio, la ciencia jurídica «*sí* más su progreso en los desenvolvimientos interiores de las Constituciones y en la elaboración consuetudinaria de los principios de justicia, que en el formular abstracto de las leyes»<sup>66</sup>. Así pues y, con base en lo anterior, JOAQUÍN COSTA apunta un criterio original y novedoso donde los haya: la continua renovación de los códigos a través de las costumbres<sup>67</sup>.

En efecto, a partir de una conexión con el pensamiento poliédrico y caleidoscópico de COSTA, podemos señalar que su conocimiento de las costumbres jurídicas, a la sazón derecho vivo en la casa rural aragonesa tradicional, encontrará fácil encaje en nociones propiamente krausistas como Estado individual, Estados intermedios, o Estado social y superior<sup>68</sup>.

## V. JOAQUÍN COSTA Y EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

COSTA conoció el derecho aragonés desde su infancia, al haberlo vivido y mamado en el seno de su familia y en su pueblo natal, puesto que su padre, Joaquín, fungía entre sus vecinos como consejero en cuestiones relacionadas con el derecho y la aplicación de los usos consuetudinarios.

Como sabemos, uno de los pilares sobre los que se asienta el derecho civil aragonés tradicionalmente es el brocardo *standum est chartae* y será en las últimas décadas del siglo XIX cuando se perfila su alcance de manera determinante, puesto que, junto al principio de la libertad civil y de la autonomía de la voluntad, van a impregnar la esencia y el sello de identidad del derecho autóctono<sup>69</sup>. No se puede concebir esta sedimentación y asimilación de los referidos principios en el derecho aragonés si se omite la gran influencia del pensamiento jurídico de COSTA sobre el particular. Todo ello a partir de la interrelación señalada por COSTA que media entre el derecho aragonés y el principio de libertad civil, dado que, en su opinión, no se pueden desligar en modo alguno ambos términos: ni el derecho aragonés existe sin la libertad civil, ni esta puede entenderse sin aquel. Por ello, a partir de esta experiencia, proyecta su implementación al código civil patrio en gestación y a cualquier otro código, hasta postularla como

---

<sup>66</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, p. 214.

<sup>67</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 179 y ss.

<sup>68</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Comentario al art. 1.º de la Compilación», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. Lacruz Berdejo, J. L.). Diputación General de Aragón. Zaragoza. Vol. I. 1988, p. 19.

<sup>69</sup> Una exégesis del principio, VALLET DE GOYTISOLO, J. «Joaquín Costa y los principios «*Standum est chartae*» y «*Standum est consuetudini*». *Anales de la Fundación Joaquín Costa* n.º 3. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Huesca. 1986, pp. 23-56.

un verdadero ideal, en la medida que, como demuestran los hechos y la tradición popular, constituye una realidad inveterada en tierras aragonesas<sup>70</sup>.

De ahí que cuando COSTA arriba a Madrid para aprender el derecho, amén de filosofía y letras, cuenta entre sus anhelos el conocimiento científico del derecho aragonés, sobre todo al comprobar que encarna el prototipo histórico y real del ordenamiento jurídico mayoritariamente voluntario y supletorio, representativo de la libertad civil, donde la voluntad de los particulares se erige en ley, siempre que no contravenga las normas imperativas de los fueros y del derecho natural<sup>71</sup>. En efecto y siguiendo la literalidad de sus palabras:

«hay que elevar a categoría de Derecho primordial la charta, esto es la *lex contractus*, la *lex domestica*, la *lex testamenti*, mantenidas en los límites de la justicia eterna, y considerar el Código como ley meramente facultativa y supletoria (...). El ciudadano debe ser libre para elevar a categoría de ley individual propia una u otra de las leyes generales admitidas en el Código, o para derogarlas todas con relación a sí, dándose Derecho nuevo. Hace ya siglos que la legislación aragonesa proclamó este principio, que es hoy nuestro ideal: 'de Foro stamus chartae', y el pueblo sabe mantenerlo vivo en sus costumbres»<sup>72</sup>.

## V.1 LA LIBERTAD CIVIL COMO EJE VERTEBRAL DEL DERECHO ARAGONÉS

Fiel al ideario krausista, COSTA defiende en España la autarquía del Estado individual, motivo por el que los poderes públicos intervienen supletoriamente en defecto de expresión de la voluntad individual, lo que le induce a afirmar la existencia de un «Código o Constitución del Estado individual», dentro de cuyos linderos el principio «*nemini jus ignorare licet*» carecería de razón de ser.

Así, entre los contenidos de dicho Código del Estado individual y, por ende, inmunes a la aplicación del principio «*ignorantia legis neminem excusat*», JOAQUÍN COSTA enumera los siguientes<sup>73</sup>: los derechos individuales del hombre; el derecho de pactar con fuerza de ley; el derecho de disponer libremente por testamento; el derecho de renunciar los beneficios de las leyes obligatorias y prohibitivas; la potestad de introducir una costumbre individual con fuerza de pacto; el derecho de hacer constar válidamente las obligaciones en cualquier forma; el derecho de ejecutar por sí los contratos; el derecho de transigir y de comprometer en árbitros y amigables componedores; el derecho de ocupar tierras para labor en el monte común; el principio *inculpata tutela*, esto es, la facultad de defensa de su persona y de sus derechos, así como también de la persona y de los derechos de sus parientes; el derecho de prender y retener; el derecho de constituirse libremente con

<sup>70</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa, jurista y sociólogo*. 2018, p. 57.

<sup>71</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 1880, pp. 109 y ss.

<sup>72</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, pp. 38-40.

<sup>73</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho*. 1901, III.

finés de cooperación; y, por fin, el derecho de transferir su personalidad jurídica a otros individuos o a entidades sociales.

COSTA confiere a la sistematización y aplicación de este Código —constitución interna—, exponente de la doctrina del Estado individual, la virtualidad de superar el problema relativo a la ignorancia del derecho. Por su través y, en consonancia con la promoción del Estado liberal regenerado, promueve la preservación del individuo frente a la intervención de los poderes, incluido el judicial<sup>74</sup>, que deberá reformarse principalmente sobre la base de la aproximación de la justicia al justiciable. En tal sentido, COSTA apunta y defiende la existencia de un procedimiento judicial sencillo, rápido y económico, en el que la autoridad judicial tenga atribuida la facultad para intervenir en la práctica de las pruebas, según el principio de inmediatez, que habrá de presidir la administración de justicia.

En el marco del Estado individual engarza plenamente la noción de libertad civil<sup>75</sup>, cuya existencia implica para COSTA una serie de consecuencias dignas de consideración<sup>76</sup>: en efecto, constituye un límite para el Estado superior, que se verá obligado a respetar la esfera soberana que originariamente pertenece a los individuos y a las familias, en una manifiesta constatación del proceso de abdicación paulatina del Estado oficial en manos del Estado general, inorgánico, espontáneo<sup>77</sup> —vale decir, el pueblo—; confiere obligatoriedad a las normas necesarias e inmutables que derivan de la razón —derecho necesario—; el Estado superior debe prever y regular un derecho supletorio aplicable en defecto de la voluntad de los individuos; tal derecho supletorio debe reflejar la convicción común y el espíritu predominante de la colectividad que, por lo general, coinciden con el tenor de las costumbres, sean locales o generales; y, por fin, fuera de este criterio, «no hay posibilidad de promulgar para toda la nación un Código único, porque los pueblos no abdicar fácilmente de su pasado, que sería abdicar juntamente de su porvenir»<sup>78</sup>.

Este ideal jurídico de la libertad civil lo encaja Costa de manera natural con el derecho aragonés, dada su aplicación y vigencia tradicional en su tierra natal, puesto que se trata de «ese principio motor, spiritus intus, que penetra y anima todo el derecho aragonés, así el político como el civil», que «ha sido algo más que un nombre, algo más que una doctrina, algo más que un ideal, algo más que un deseo: ha sido un culto y una religión»<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Las bases del sistema judicial diseñado por Costa se delinean en el apartado referido a la Justicia de su obra *Reconstitución y europeización de España* (1900, con reedición en 1982). Al respecto, MARTÍNEZ VAL, José María. «Joaquín Costa en la libertad». 1994, pp. 122-126.

<sup>75</sup> Una visión sobre la libertad civil para Joaquín Costa en LEGAZ LACAMBRA, L. «Libertad política y libertad civil según Joaquín Costa». *Revista de Estudios Políticos* XVI. 1946, pp. 1-42.

<sup>76</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 1880, pp. 82 y ss.; 90 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa y el Derecho Aragonés. (Libertad civil, costumbre y codificación)*. Facultad de Derecho. Zaragoza. 1978, pp. 9-13

<sup>77</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, p. 39.

<sup>78</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, p. 40.

<sup>79</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 71 y 72.

En cuanto a la conexión de COSTA y el principio de la libertad civil, mención especial merece la celebración en Zaragoza (desde el 4 de noviembre de 1880 hasta el 7 de abril de 1881) de un Congreso de Jurisconsultos aragoneses<sup>80</sup> con el fin inicial de examinar el estado del derecho aragonés y el objetivo puesto en una propuesta de código de derecho aragonés. Sin embargo, la publicación en febrero de 1880 (2 de febrero) de un decreto que reanudaba el proceso codificador civil, hasta entonces enquistado, propiciaría un cambio en las metas primigenias del Congreso, que vio reducido su espacio, concretado ahora, en primer lugar, en la delimitación de las instituciones forales que habrían de conservarse e incorporarse en el futuro Código civil y, en según término, en la redacción de una compilación de derecho aragonés hasta tanto el Código civil se convirtiera en una realidad, un segundo anhelo que se vio truncado a pesar del nombramiento de una comisión *ad hoc*, más nominal que efectiva.

Así pues, el punto central del Congreso versaría sobre las instituciones jurídicas civiles aragonesas, a través de debates y exposiciones en torno a su utilidad, aplicación, dudas suscitadas en la práctica y posibles soluciones para afrontarlas. A falta de una Memoria del Congreso<sup>81</sup>, las extensas conclusiones redactas y publicadas por JOAQUÍN COSTA constituyen su principal fuente de información, y se erigen en referente de la práctica judicial durante muchos años, así como lo serán de los trabajos preparatorios del Apéndice aragonés de 1925. Dicha obra, en verdad, más que una crónica del Congreso, representa el ideario de su autor sobre el derecho aragonés, lo que se traduce en una visión unilateral e incompleta del evento que la alumbra. Prueba de lo afirmado es que Costa se centra en la noción de la libertad civil, por entender que en torno a ella gravita el derecho civil aragonés, hasta el punto de determinar incluso el título de la misma: «*La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*».

La evidencia de la interrelación subrayada entre la libertad civil y el derecho consuetudinario<sup>82</sup> es que, en su descripción de las costumbres, las presenta como consecuencia de la libertad (civil) en el seno de la necesidad (económica)<sup>83</sup>, tal

---

<sup>80</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 15-17.

<sup>81</sup> El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-1881 nombró una Comisión codificadora con la función de elaborar una compilación de derecho aragonés entre tanto se aprobaba el Código civil general en España. Dicha Comisión, que no alcanzó su objetivo prioritario, encomendó a Mariano Ripollés la elaboración de una Memoria del Congreso de 1880-1881, que nunca se elaboró. En este sentido, COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, p. 16.

<sup>82</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa y el Derecho Aragonés. (Libertad civil, costumbre y codificación)*. Facultad de Derecho. Zaragoza. 1978, pp. 31 y ss.

<sup>83</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa, jurista y sociólogo*. 2018, p. 16. También señala Jesús Delgado Echeverría (2018, p. 56) que la obra *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* «se había comenzado a publicar en 1879 (en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia), de modo que hay, sin duda, un tiempo durante el cual Costa trabaja simultáneamente en la recopilación y valoración de las costumbres jurídicas aragonesas y en su Teoría del hecho jurídico individual y social, donde la doctrina de la libertad civil aparece completa de todas sus piezas».

cual obedecen y, a propósito de la institución jurídica consuetudinaria de la dación personal propia del Alto Aragón:

*«al mismo espíritu que informa las demás instituciones domésticas (...): la necesidad de evitar el aislamiento, de asociar los elementos dispersos de la producción, para contrarrestar las causas desfavorables que tan difícil hacen la vida en un país agreste y de escasa productividad, reconstituyendo al par, con los artificios propios del Derecho, familias que han quedado incompletas a poder de circunstancias que imposibilitaron o dificultaron el matrimonio, o por fallecimientos prematuros, o por falta, o insuficiencia, de nacimientos. Las familias que sienten escasez de brazos para el trabajo, encuentran en esta institución auxiliares honrados, fieles, laboriosos, de poco gasto, y tal vez dueños de algunos ahorros, que no por pequeños son menos de apreciar en un país tan escaso de capital flotante»<sup>84</sup>.*

En una clara manifestación de las motivaciones económica, geográfica, histórica y cultural como verdadera razón de ser del surgimiento y arraigo del derecho consuetudinario. Así pues, se presenta de la mano de JOAQUÍN COSTA una perspectiva sociológica del derecho, desconocida en la práctica hasta el momento en la España de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX.

## V.2. LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS CONSUETUDINARIAS ARAGONESAS

Como ya hemos señalado, COSTA refuerza el protagonismo del derecho consuetudinario, en una clara línea coherente con el papel que le otorga a la costumbre, pues, a su juicio, esta habrá de ser la base sobre la que se redacte y apruebe el derecho supletorio que deba regir en defecto de la voluntad expresa de los particulares.

En una clara constatación de su gran avidez intelectual, COSTA llevará a cabo un estudio pormenorizado de las instituciones consuetudinarias de los diversos territorios de España, con especial énfasis, dado su vasto y práctico conocimiento al respecto, del derecho aragonés. Así es, la marca que le insufla en su vida el origen rural del que procede, impulsará su interés por el mundo rústico y la agricultura, incluida la ingeniería hidráulica y las técnicas de riegos, por considerar el agua verdadera simiente del agro. Por ello, en una visión de conjunto, COSTA atribuye a la implantación del regadío en España el carácter de misión social, antídoto frente a la aridez secular del campo español, e impulso necesario ante el reto de una mayor productividad de las tierras y la mejora de las condiciones de vida de los pequeños campesinos y de los trabajadores agrícolas, todo ello con el objetivo de contrarrestar el éxodo rural, en cuya cruzada se erigió en paladín, al defender, entre otros aspectos, el cooperativismo agrícola<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*. 1981, p. 269.

<sup>85</sup> SANZ JARQUE, Juan José. «La cuestión de la tierra». 1994, pp. 72-74.

Pues bien, bajo este escenario y con estas premisas, COSTA recopila los usos y costumbres del Alto Aragón<sup>86</sup>, tanto en el ámbito familiar, como en el sucesorio<sup>87</sup> y el relativo a la explotación económica, cuyo testimonio ha inspirado tanto la redacción de los distintos proyectos del Apéndice aragonés, cuanto de la posterior Compilación de 1967<sup>88</sup>, de las leyes monográficas de desarrollo del derecho aragonés tras la Constitución española de 1978 e, incluso, del actual Código de Derecho Foral de Aragón de 2011 (CDFA). Y es que todavía, en pleno siglo XXI, hay instituciones jurídicas consuetudinarias cuya bibliografía principal sigue siendo, bien directa, o indirectamente (autores tales como JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, JOAQUÍN SAPENA TOMÁS, o JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ)<sup>89</sup>, el *Derecho consuetudinario* de JOAQUÍN COSTA.

A instancias de JOAQUÍN COSTA el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-1881 aprueba entre sus conclusiones la necesidad de recolectar y fijar por escrito las costumbres jurídicas aragonesas que se han conservado, a los fines de llevar a cabo la codificación del derecho foral vigente en Aragón. Sin embargo, el dictamen emitido por la Sección 1.<sup>a</sup> que se encarga del asunto se pronuncia desfavorablemente sobre el particular y declara que «no procede como operación previa a la codificación del derecho civil aragonés vigente, el recolectar y fijar por escrito las costumbres jurídicas aragonesas que han conservado hasta el presente su forma oral»<sup>90</sup>.

Como reacción a dicho dictamen negativo, COSTA emite un voto particular en el que, además de expresar su discrepancia con el tenor del mismo, expone, eficaz y contundentemente, su pensamiento jurídico en torno al derecho consuetudinario y la necesidad de recogerlo y fijarlo de manera actualizada por escrito, como paso previo a la codificación del derecho civil aragonés, ante la insuficiencia del recogido hasta el momento.

En su alegato, COSTA subraya la contradicción que supone la derogación por ley de la costumbre vivida y aceptada por el pueblo que la aplica, más aún cuando la ley no regula tales situaciones contempladas por la costumbre; por ende, se pronuncia a favor, no de abolir las costumbres vigentes, sino más bien de «respetarlas, dejarles toda la virtualidad mientras estén en consonancia con el espíritu

---

<sup>86</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Costumbres jurídico económicas del Alto Aragón*. Imp. de la Revista de Legislación. Madrid, 1884, en BIVIDA, disponible en <http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=602376> [consultado con fecha 16/07/2020]; *La libertad civil*. 1981, pp. 147 y ss.; 217 y ss.; *Derecho consuetudinario*. 1981, pp. 25 y ss.

<sup>87</sup> COMAS D'ARGEMIR, Dolors. *Familia, herencia y derecho consuetudinario*. Instituto Aragonés de Antropología. Zaragoza, 1996, en BIVIDA, disponible en [http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/resultados\\_ocr.cmd](http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/resultados_ocr.cmd) [consultado con fecha 16/07/2020].

<sup>88</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Comentario al art. 1.<sup>o</sup>». 1988, pp. 21.

<sup>89</sup> FRAGUAS MADURGA, Lourdes. *Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés*. Fundación Joaquín Costa. Huesca, 1999; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés*. Fundación Matritense del Notariado. Madrid, 1990.

<sup>90</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 148, 149.



*público que las ha creado, hasta que este espontáneamente las transforme o las abrogue o las sustituya por otras*»<sup>91</sup>. Sin embargo, añade, tal respeto no puede asentarse en el tinte pasivo del legislador mediante la mera declaración de intenciones sobre el valor de la costumbre y su mera no prohibición, sino que ha de ser más bien proactivo e impulsar su sistematización, conciliación de contradicciones, desarrollo de omisiones, aclaración de dudas, suplencia de deficiencias, purga del desuso, o extinción del anacronismo incompatible. Para ello, COSTA<sup>92</sup> esgrime razones evidentes, como son la riqueza jurídica, bien acreditada por la experiencia, que las costumbres aportan al ciudadano en la realización de los actos jurídicos; su gran contribución en la interpretación de la voluntad de los particulares cuando esta es incompleta; la seguridad jurídica que su redacción por escrito otorga al juzgador, ante la frecuente ignorancia por este del derecho consuetudinario del territorio; y, por fin, el acatamiento del mandamiento procedente del derecho histórico, que ordena la observancia de los fueros y costumbres generales y locales.

Es tal el convencimiento que atesora COSTA en su propuesta de recolectar y fijar por escrito las costumbres aragonesas para redactar el Código de derecho civil aragonés que, incluso, llega a presentar una hoja de ruta y el procedimiento adecuado al efecto<sup>93</sup>: la apertura de una etapa informativa o de recopilación de datos; la elaboración de cuestionarios y proyectos de articulado remitidos a los expertos; el nombramiento de comisionados que comprueben *in situ* la aplicación y observancia de las costumbres.

Tras la lectura del voto particular a cargo de JOAQUÍN COSTA en contra del dictamen de la Comisión, se abre la discusión, que concluye con la votación en la que se decide desestimar la conclusión arrojada en el voto particular de Costa y se adopta la de su enmienda presentada por el presidente de la Comisión (JOAQUÍN MARTÓN)<sup>94</sup> y que, a grandes rasgos, reproducía en lo sustancial la presentada por COSTA.

Ante el riesgo de que la focalización de las instituciones jurídicas consuetudinarias, cuya recolección y fijación por escrito se solicitaba, se ciñera en buena parte a las practicadas y vigentes en el Alto Aragón, y ello constituyera una traba en los objetivos pretendidos, toda vez que la mayoría de los miembros integrantes de la Comisión pertenecían a la tierra llana aragonesa, COSTA, mostrando aquí astucia y habilidad, propone la retirada de la discusión de temas tales como el casamiento en casa, el acogimiento, el agermanamiento y otros<sup>95</sup>, una propuesta que resultó aprobada y, en consecuencia, dichos temas desaparecieron de la discusión, con la única excepción del correspondiente al Consejo de familia<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 159, 160.

<sup>92</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 161-164.

<sup>93</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, p. 168.

<sup>94</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 169-171.

<sup>95</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 171-172.

<sup>96</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 217 y ss.

Para dar cumplimiento a la decisión del Congreso de Jurisconsultos, en cuya virtud se declaraba la conveniencia de recoger las costumbres generales aragonesas relacionadas con el derecho civil, la Comisión codificadora dirigió una circular a los juristas de cada uno de los partidos judiciales de Aragón y a los más antiguos de cada partido, en la que se instaba a transmitir a la Comisión una relación de las costumbres jurídicas vigentes en sus respectivos territorios. COSTA recibió una comunicación especial en este sentido y, en su contestación, se remite a un «*breve opúsculo, del cual debe obrar un ejemplar entre los antecedentes del Congreso*»<sup>97</sup>, que se verá incrementado en número mediante la inclusión en una posterior contestación de algunas costumbres propias del partido judicial de Benabarre, tras su reciente averiguación y detección por parte del mismo COSTA<sup>98</sup>.

## VI. LA PRESENCIA DE LA COSTUMBRE EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN

El derecho aragonés, como hemos señalado, no se concibe sin JOAQUÍN COSTA, más si cabe cuando hablamos de dos de los puntos que lo caracterizan e individualizan, como son la importancia del pacto, fruto del principio de la libertad civil, y el protagonismo de la costumbre. Ambos ejes se entrecruzan, pues, en opinión de COSTA<sup>99</sup>, la libertad civil comprende también la creación de la costumbre, valorada como expresión inmediata de la soberanía popular. Hagamos, a continuación, un breve recorrido por el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA, 2011) para atestiguar la presencia de la costumbre en su articulado, siguiendo el orden sistemático empleado por el mismo: Título Preliminar; Libro Primero (Derecho de la persona); Libro Segundo (Derecho de la familia); Libro Tercero (Derecho de sucesiones por causa de muerte); y Libro Cuarto (Derecho patrimonial).

Comenzando por el Título Preliminar del CDFA, ya la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967<sup>100</sup> en su artículo 1.º enumeraba las fuentes del derecho aragonés y, entre ellas, incluía la costumbre que, junto a los principios generales en los que tradicionalmente se inspiraba el ordenamiento jurídico aragonés, integraban las normas de dicha Compilación. Además, en el artículo 2.º se le atribuía a la costumbre

---

<sup>97</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, p. 173.

<sup>98</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 175, 176.

<sup>99</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa, jurista y sociólogo*. 2018, p. 75.

<sup>100</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Comentario al art. 1.º». 1988, pp. 99-196.

«fuerza de obligar cuando no sea contraria a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón», de tal suerte que se reconoce la costumbre *contra legem* en el caso de ser esta dispositiva, hasta el punto de que «los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes».

La redacción del CDFA sobre la materia<sup>101</sup> difiere poco de la de la Compilación, salvo la inclusión como límite de la costumbre a la Constitución, norma imperativa donde las haya; la supresión del límite anterior de las normas prohibitivas; y, por fin, la sustitución de la expresión «*de su propio conocimiento*» por la «*de sus propias averiguaciones*» para admitir la posible apreciación por parte de los tribunales (*ex officio*) de su existencia.

En cuanto al Libro Primero del CDFA (Derecho de la persona), la presencia de la costumbre en su articulado se refleja en estas referencias: a) Alusión al en cuanto al concepto genérico de los usos sociales para esgrimir una excepción a la anulabilidad de los contratos celebrados por el menor de catorce años, al reconocerle la capacidad por sí solo para otorgar actos y contratos propios de la vida corriente al alcance de su capacidad natural (artículo 7 del CDFA)<sup>102</sup>; b) La misma connotación del concepto genérico de los usos sociales o familiares como criterio para admitir el ejercicio conjunto o separado, indistinto o solidario, de la autoridad familiar por los padres, en defecto de ley o pacto (artículo 71 del CDFA)<sup>103</sup>.

Por lo que se refiere a la invocación de la costumbre en el Libro Segundo del CDFA (Derecho de familia), aparece en una serie de supuestos: en sede de junta de parientes; de instituciones consuetudinarias familiares; de otras situaciones de comunidad familiar; y de ventajas.

Así es, el llamamiento del órgano parental para intervenir en determinados asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas puede producirse en virtud de disposiciones legales, de la costumbre o de acto jurídico, a tenor

---

<sup>101</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Las normas en el derecho civil de Aragón», en *Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia* (dir. J. DELGADO ECHEVERRÍA). Dykinson. Madrid. 2015 (e-libro, USJ), pp. 97 y ss.; «Las fuentes en el derecho civil de aragonés», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 4.ª ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza. 2012, pp. 84-88.

<sup>102</sup> BAYOD LÓPEZ, Carmen. «De la capacidad y estado de las personas», en *Comentarios*. 2015, pp. 112-113; PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles. «Capacidad y estado de las personas», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 117-119.

<sup>103</sup> SERRANO GARCÍA, José Antonio. «De las relaciones entre ascendientes y descendientes», en *Comentarios*. 2015, pp. 186-188; PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles; LÓPEZ AZCONA, Aurora. «Relaciones entre ascendientes y descendientes», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 174-175.

del artículo 170 del CDFA<sup>104</sup>. Es decir, la junta de parientes es llamada a constituirse por ley, costumbre y acto jurídico, si bien en este caso la referencia al llamamiento consuetudinario de la misma deriva del arraigo y fuerza de su práctica mediante el cauce del acto jurídico, de tal manera que el acto jurídico ya consumado refrenda el uso consuetudinario. En este caso, si el acto jurídico está amparado en la costumbre, se deberá recurrir a ella a los efectos de su interpretación.

En el supuesto de las instituciones familiares consuetudinarias insertas en los pactos relacionados con el régimen económico de la familia, la costumbre y los usos locales adquieren un importante valor interpretativo, según señala el artículo 201 del CDFA<sup>105</sup>. Entre ellas, sin ánimo exhaustivo y cerrado de la enumeración, se incluyen «*la dote, la firma de dote, la hermandad llana, el agermanamiento o casamiento al más viviente, el casamiento en casa, el acogimiento o casamiento a sobre bienes, el consorcio universal o juntar dos casas, y la dación personal*».

Lógicamente, si su origen deriva de la costumbre, procede que su interpretación se realice teniendo en cuenta su dictado.

A continuación, en el artículo 202 del CDFA<sup>106</sup> y también en sede de capítulos matrimoniales, la costumbre funge como criterio cuantificador, en proporción equitativa, en la división de los beneficios obtenidos con el trabajo común, al disolverse un consorcio entre matrimonios u otra situación permanente de comunidad, como las derivadas de heredamiento o acogimiento, amén de contar con las diversas aportaciones efectuadas por los asociados en bienes o trabajo, los beneficios ya percibidos, las causas de disolución y demás circunstancias.

En el ámbito del consorcio conyugal, concretamente en lo atinente a su liquidación y división, la costumbre local aplica como criterio coadyuvante a la hora de fijar las aventajas que puede detraer el cónyuge superviviente sin que le sean computables en su lote<sup>107</sup>, siempre que se trate de bienes comunes de uso personal o profesional de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial. Vuelve aquí a atribuir el legislador a la costumbre del lugar un valor orientativo de primera dimensión ante la función que cumple la institución jurídica de las aventajas, cual es impedir un cambio abrupto en los hábitos personales

---

<sup>104</sup> LACRUZ MANTECÓN, Miguel. «De la Junta de Parientes», en *Comentarios*. 2015, pp. 310-312; PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles. «Junta de Parientes», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, p. 268.

<sup>105</sup> BAYOD LÓPEZ, Carmen. «De los capítulos matrimoniales», en *Comentarios*. 2015, pp. 349-351; «Capítulos matrimoniales e instituciones familiares consuetudinarias», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 324-326.

<sup>106</sup> BAYOD LÓPEZ, Carmen. «De los capítulos matrimoniales», en *Comentarios*. 2015, pp. 351-352; «Capítulos matrimoniales e instituciones familiares consuetudinarias», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, p. 324.

<sup>107</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Del consorcio conyugal», en *Comentarios*. 2015, pp. 421-423; SERRANO GARCÍA, José Antonio. «Liquidación y división del consorcio conyugal», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, p. 450.

y profesionales del cónyuge sobreviviente tras el fallecimiento del cónyuge premuerto (artículo 266, 2 del CDFA).

En lo que concierne al Libro Tercero del CDFA sobre la sucesión por causa de muerte, se toma como criterio de interpretación de los pactos sucesorios el prescrito por los usos y las observancias del lugar cuando incluyan en su seno instituciones consuetudinarias, conforme dispone el artículo 384 del CDFA<sup>108</sup>.

Se recurre a las buenas costumbres, no tanto como fuente del derecho, sino más bien como concepto jurídico indeterminado representativo de un límite, junto al establecido por la ley y el orden público, para determinar, por un lado, la validez de las disposiciones testamentarias (artículo 424 del CDFA)<sup>109</sup> y, por otro, la validez de las condiciones establecidas en cualquier modalidad de sucesión voluntaria (sea el testamento, un pacto sucesorio, o la fiducia, a tenor del artículo 476 del CDFA)<sup>110</sup>.

El Libro Cuarto del CDFA (Derecho patrimonial) trae a colación una nutrida referencia de la costumbre como fuente de regulación preferencial ante una serie de situaciones jurídicas en las que, dado el componente tradicional rural de la sociedad aragonesa, el derecho consuetudinario ha regulado históricamente. Veamos estos supuestos.

En una aproximación a la institución jurídica del abuso de derecho bajo su acepción del ejercicio anormal o exceso en el ejercicio de los límites normales de tolerancia, aparecen los usos del lugar, en compañía de otros criterios (naturaleza del inmueble, destino, condiciones generales del entorno) y de conformidad al principio de la buena fe, para determinar el uso razonable de inmuebles o sitios en cuanto al riesgo, perjuicio o incomodidad que su uso puedan ocasionar (artículo 538 del CDFA)<sup>111</sup>.

En el caso de inmisión de las ramas de un árbol frutal sobre la finca vecina (artículo 539, 2 del CDFA) y, si bien el legislador establece una solución equitativa para el reparto de los frutos que caigan en ella, al distribuirlos por mitad entre el propietario del árbol y el del suelo donde hayan caído, en la medida que

---

<sup>108</sup> BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. «De la sucesión paccionada», en *Comentarios*. 2015, pp. 556-557; «La sucesión paccionada», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 555-566.

<sup>109</sup> BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. «De la sucesión paccionada», en *Comentarios*. 2015, pp. 602-603; «La sucesión paccionada», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 582-583.

<sup>110</sup> SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. «Normas comunes a las sucesiones voluntarias», en *Comentarios*. 2015, pp. 657-658; SERRANO GARCÍA, José Antonio. «Normas comunes a las sucesiones voluntarias», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, p. 616.

<sup>111</sup> ARGUDO PÉRIZ, José Luis. «De las relaciones de vecindad», en *Comentarios*. 2015, pp. 732-733; «Las relaciones de vecindad», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 679-680.

se trata de una norma dispositiva, el pacto y la costumbre podrían modificar el reparto de la relación de vecindad que origina una comunidad especial<sup>112</sup>.

También en la fijación de la distancia mínima requerida entre plantaciones (arbustos o árboles) en predios destinados a plantación o cultivo, tanto la costumbre local, como las ordenanzas locales (que suelen reproducir la costumbre) establecen la anchura que debe mediar, un criterio preferente al que el legislador señala con carácter supletorio, en defecto de una u otras (artículo 540, 1 del CDFA)<sup>113</sup>.

En materia de servidumbres típicamente aragonesas, como es la de pastos de día entre términos de pueblos contiguos —alera foral—, su régimen jurídico se compone por el título de constitución, la costumbre local o comarcal, y las concordias, pactos y otros actos jurídicos, según reza el artículo 582, 1 del CDFA<sup>114</sup>. En muchas ocasiones la posesión inmemorial, hecha costumbre, sirve como título de constitución; del mismo modo, buena parte de las concordias, los pactos y otros actos jurídicos constitutivos de la alera foral reproducen costumbres locales o comarcales.

La costumbre integra el régimen jurídico de los tradicionales derechos de pastos, leñas y demás adempríos que constituyen derechos reales de aprovechamiento parcial, de haberse constituido estos mediante título escrito o a través de la posesión inmemorial. En estos casos y, con carácter supletorio a lo establecido por el título escrito de su constitución o resulte de posesión inmemorial, se estará a la costumbre, a tenor del artículo 584 del CDFA<sup>115</sup>.

También las comunidades en mancomún (de pastos, leñas y demás adempríos constituidas por título o posesión inmemorial), y *pro diviso* se rigen preferentemente por el título de constitución y por la costumbre local o general (artículo 587 del CDFA)<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> ARGUDO PÉRIZ, José Luis. «De las relaciones de vecindad», en *Comentarios*. 2015, pp. 734-735; «Las relaciones de vecindad», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 681-682.

<sup>113</sup> ARGUDO PÉRIZ, José Luis. «De las relaciones de vecindad», en *Comentarios*. 2015, pp. 735-736; «Las relaciones de vecindad», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 680-681.

<sup>114</sup> PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Ignacio; ARGUDO PÉRIZ, José Luis; SOLÁ MARTÍN, Miguel Ángel. *La alera foral de pastos en Aragón*. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2004; ARGUDO PÉRIZ, José Luis. «De las servidumbres», en *Comentarios*. 2015, pp. 777-778; «Las relaciones de vecindad», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 709-710.

<sup>115</sup> ARGUDO PÉRIZ, José Luis. «De las servidumbres», en *Comentarios*. 2015, pp. 779-780; «Las relaciones de vecindad», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 710-711.

<sup>116</sup> ARGUDO PÉRIZ, José Luis. «De las servidumbres», en *Comentarios*. 2015, p. 783; «Las relaciones de vecindad», en *Manual de Derecho civil aragonés Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, p. 713.

Por fin, en lo atinente a los contratos sobre ganadería, los usos locales y los principios generales tradicionales aragoneses suplen las omisiones que la libertad de pacto no haya concretado (artículo 599 del CDEA)<sup>117</sup>.

## VII. LA HUELLA DE JOAQUÍN COSTA EN EL ACTUAL DERECHO FORAL ARAGONÉS A PARTIR DE UNA RELECTURA DE SU OBRA JURÍDICA

Históricamente, la costumbre ha tenido siempre importancia en el ordenamiento jurídico aragonés<sup>118</sup>, pues incluso rectificaba los fueros en desuso o contrarios a ella, lo que permitiría justificar a los foristas la costumbre contra fuero.

Más tarde, en la etapa codificadora, habrá que esperar al famoso Congreso de Jurisconsultos aragoneses (1880-1881)<sup>119</sup>, pues en él JOAQUÍN COSTA imprime un antes y un después en la concepción de la costumbre por parte de los foralistas, que se verá refrendada en su influyente obra *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* (1880), donde el jurista aragonés recopila las principales costumbres jurídicas del norte de Huesca, incluida la zona pirenaica, a la sazón germen del derecho histórico consuetudinario aragonés. A partir de esta época y, dada la repercusión del pensamiento de JOAQUÍN COSTA, el derecho consuetudinario del Alto Aragón, cuyo eje lo constituye la Casa aragonesa<sup>120</sup>, pasa a ser considerado derecho aragonés, extensible a todo el territorio.

Los Proyectos de Apéndice aragonés (Ripollés, 1899; Gil Berges, 1904)<sup>121</sup> reforzaron la presencia del derecho consuetudinario y, prueba de ello es que, no solo incluyen costumbres anteriores, sino que también asignan a la costumbre, de ahí en adelante, la cualidad de fuente del derecho. Sin embargo, esta última atribución será excluida de la redacción definitiva del Apéndice de 1925, no obstante fuera rescatada más adelante en la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.

---

<sup>117</sup> ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> Teresa. «De los contratos sobre ganadería», en *Comentarios*. 2015, pp. 805-806; LÓPEZ AZCONA, Aurora. «Los contratos de ganadería», en *Manual de Derecho civil aragonés conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*. 2012, pp. 734-733.

<sup>118</sup> Observancias 10 *De fideiussoribus*, libro IV; *De privilegiis militum*, libro VI; Fuero *De iis quae domini Rex*.

<sup>119</sup> COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil*. 1981, pp. 15-17.

<sup>120</sup> MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, Luis. *La Casa en el Derecho Aragonés*. Artes Gráficas E. Berdejo Casañal. Zaragoza, 1944; ARGUDO PÉRIZ, José Luis. *La casa en el proceso de cambio de la sociedad rural aragonesa: consideraciones jurídicas*. Escuela Universitaria de Estudios Sociales. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1991.

<sup>121</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Las fuentes del derecho civil aragonés», en *Manual de derecho civil aragonés*. (dir. J. DELGADO ECHEVERRÍA). El Justicia de Aragón. Zaragoza. 2006, pp. 90-91.



Como ya hemos señalado anteriormente, la redacción del actual CDFA difiere poco de la de la Compilación en aspectos vertebrales como la cualidad, fuerza y prueba de la costumbre, salvo en lo atinente a la inclusión entre sus límites de la Constitución; la supresión del límite de las normas prohibitivas; y, por fin, la sustitución de la expresión «*de su propio conocimiento*» por la «*de sus propias averiguaciones*» para referirse a la posible apreciación (*ex officio*) por parte de los tribunales de su existencia. Tanto la versión de la Compilación de 1967, cuanto la del CDFA de 2011, evidencian una clara influencia del pensamiento jurídico de COSTA<sup>122</sup>, eso sí adaptado y actualizado, en los términos que hemos visto en apartados anteriores.

En efecto, desde una visión más de conjunto del CDFA y, a modo de síntesis, extraemos las siguientes consideraciones:

Por lo que respecta a la materia del Derecho de la persona, la conexión con la costumbre es a través de los usos sociales o familiares, que marcan un criterio objetivo que refleje la conciencia social predominante (artículos 7 y 71 del CDFA).

En el ámbito del Derecho de la familia la invocación a la costumbre se produce en sede de junta de parientes, de instituciones consuetudinarias familiares, de otras situaciones de comunidad familiar, y de las ventajas.

Especial significación nos merece en este terreno el supuesto de las instituciones familiares consuetudinarias insertas en los pactos relacionados con el régimen económico de la familia, en los que la costumbre y los usos locales adquieren un importante valor interpretativo (artículo 201 del CDFA), en instituciones tales como la dote, la firma de dote, la hermandad llana, el agermanamiento o casamiento al más viviente, el casamiento en casa, el acogimiento o casamiento a sobre bienes, el consorcio universal o juntar dos casas, y la dación personal. Vemos, pues, en este punto una clara constatación de la influencia ejercida por COSTA sobre el particular, más si cabe cuando, a día de hoy, esta materia sigue contando entre la bibliografía de obligada consulta la obra de JOAQUÍN COSTA<sup>123</sup>, toda vez que su recopilación y estudio de las costumbres y usos locales aragoneses siguen siendo ancla y punto de partida de cualquier investigación que se acometa sobre el particular.

En lo que al Derecho de sucesiones por causa de muerte se refiere, la costumbre adquiere protagonismo como criterio de interpretación de los pactos sucesorios cuando incluyan en su seno instituciones consuetudinarias, conforme dispone el artículo 384 del CDFA. Además, se recurre a las buenas costumbres, no tanto como fuente del derecho, sino más bien como concepto jurídico indeterminado

---

<sup>122</sup> MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *Influencia del pensamiento de Costa en el moderno Derecho aragonés*. CEHIMO. Huesca, 1997.

<sup>123</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Comentario al art. 1.º». 1988, p. 21.

restrictivo para determinar tanto la validez de las disposiciones testamentarias, como de las condiciones establecidas en cualquier modalidad de sucesión voluntaria (artículos 424 y 476 del CDFA, respectivamente).

Es en el Libro perteneciente al Derecho patrimonial donde el CDFA presenta una más nutrida referencia a la costumbre como fuente de regulación preferencial al abordar una serie de situaciones jurídicas en las que, ante el componente tradicional rural de la sociedad aragonesa, el derecho consuetudinario se ha engrosado históricamente.

En efecto, así sucede en los siguientes supuestos, en los que, de alguna manera, la costumbre interviene: ya como pauta del uso razonable de inmuebles o sitios ante el riesgo, perjuicio o incomodidad que su uso pueda ocasionar (artículo 538 del CDFA); en el caso de inmisión de las ramas de un árbol frutal sobre la finca vecina (artículo 539, 2 del CDFA); en la fijación de la distancia mínima requerida entre plantaciones en los predios destinados a la plantación o el cultivo (artículo 540, 1 del CDFA); en el régimen jurídico de instituciones como la alera foral, los tradicionales derechos de pastos, leñas y demás adempríos que constituyen derechos reales de aprovechamiento parcial, las comunidades en mancomún y *pro diviso* (artículos 582, 1, 584 y 587 del CDFA); o, por fin, en los contratos sobre ganadería, donde suplen las omisiones que la libertad de pacto no hubiera concretado (artículo 599 del CDFA).

Sin embargo, a nuestro juicio, la mayor aportación que JOAQUÍN COSTA ha efectuado al derecho civil aragonés en general, y al actual derecho civil aragonés en particular traducido en el flamante Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA) vigente, procede de una relectura de su pensamiento jurídico, según pasamos a explicar.

A tal fin, tomaremos como argumentos jurídicos la interpretación doctrinal del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de octubre de 1992<sup>124</sup> y su engarce con el artículo 15, 1 a) en relación con el artículo 136,2 del CDFA actual, fruto de cuya conexión podremos constatar que la costumbre no solo constituye una fuente del derecho en Aragón con fuerza de obligar, sino que, además, refuerza su protagonismo y se empodera cuando la judicatura le concede tal condición y, merced a este reconocimiento, se afianza en la práctica de tal manera que el legislador la contempla y termina por convertirla en ley. Ahí emerge, en nuestra opinión, la verdadera dimensión del pensamiento jurídico de COSTA, ahora replicado en el derecho aragonés vigente, en los albores del siglo XXI.

En efecto, el caso que nos ocupa nos describe la escritura de venta de un bien inmueble por el tutor de la propietaria incapacitada autorizada por la Junta de Parientes, cuya inscripción se deniega al alegar el registrador que el acto adolece

---

<sup>124</sup> BERNAD MAINAR, Rafael. *La Junta de Parientes en el derecho civil aragonés*. Colección El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1997, pp. 434-448.

de la preceptiva autorización judicial requerida en el artículo 271, 2.º del Código civil, pues, en su opinión, contraria a la del notario autorizante, no cabe llevar a cabo una interpretación integradora del precepto.

El Auto del TSJA aquí referido (29/10/1992) desestima el recurso interpuesto por el notario recurrente ante la denegación de la inscripción y, entre los argumentos señalados por el juzgador destacan los que siguen: a) el problema de fondo radica en la elección de la norma o derecho aplicable; b) el intérprete solo puede hacerlo dentro del sistema delimitado por el legislador; c) el derecho aragonés no contempla el supuesto debatido, en tanto que el Código civil (artículo 271, 2.º) exige previa autorización judicial para la enajenación por el tutor de bienes inmuebles del incapacitado; d) la parquedad de la regulación aragonesa impediría la integración con la costumbre y los principios generales del derecho aragonés, no obstante contar con un antecedente histórico al respecto; e) la única viabilidad del supuesto sería a través del pacto o la voluntad unilateral, en virtud del principio *standum es chartae*; f) no se encuentra costumbre sobre el particular; g) tampoco cabe una extensión analógica ante la ausencia de la identidad de razón; h) no se puede considerar la existencia de un principio general que resulte de aplicación.

A la hora de encontrar principios generales del derecho aragonés sobre los que se pueda basar la práctica efectuada, siempre emerge el de la libertad civil, así como el del *favor negotii*, absorbido por el derecho aragonés en un ejercicio de autointegración. A través de tal justificación y su admisión, estaría sucediendo el primer acto originario de una costumbre que, sin duda, podría secundado y reiterado ante las ventajas que aporta al tráfico jurídico. A ello se añade la validez del pacto y de la voluntad que, en Aragón, cobra mayor arraigo si cabe por medio del principio *standum est chartae*, fácilmente traído a colación en el caso que nos ocupa ante la interpretación extensiva de normas aplicables a prácticas similares en otros ámbitos del tráfico jurídico, más aún cuando la intervención notarial en funciones de jurisdicción voluntaria es una realidad consolidada incluso legalmente que goza de la misma eficacia que la intervención judicial, sin poder esgrimir como obstáculo el no ser esta una de las funciones originarias del órgano parental, dentro del elenco que tradicionalmente se le ha asignado, puesto que dicha enumeración no es taxativa o cerrada y, por ende, puede desarrollarse y concretarse.

En otro estadio posterior del itinerario, aparecen los órganos judiciales que, en atención de las circunstancias del caso y mediante el argumento de la interpretación evolutiva del derecho, integran el ordenamiento jurídico aragonés a fin de cerrar el sistema jurídico y evitar, así, su insuficiencia o falta de complitud. De ahí, la gran importancia de la jurisprudencia a la hora de validar los hechos aceptados por la comunidad, cuya reiteración, por su provecho, adquiere la cualidad de costumbre.

La última etapa del camino queda en manos del legislador, pues, en virtud de sus competencias y, dada la utilidad de la costumbre arraigada, la convierte en ley, tal cual ha sucedido en el artículo 136 del CDFA, cuando señala que las funciones

del tutor del incapacitado son las que la sentencia de incapacitación determine y, en su defecto, se remite al contenido de la autoridad familiar respecto de los hijos menores de catorce años, donde entra en juego el artículo 15, 1 a) del CDFA, que establece que «*El representante del menor (incapacitado en este caso) necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles por naturaleza...*». Podemos comprobar, pues, a través del recorrido efectuado en el caso que nos ocupa cómo la costumbre, auxiliada por los principios generales del derecho aragonés, puede llegar a transformarse en ley expresa por obra del legislador, dada la conveniencia del uso establecido y su aceptación generalizada.

Muy probablemente, el caso aquí analizado confirmaría la visión de JOAQUÍN COSTA sobre el derecho consuetudinario y, a nuestro juicio, constituye un refrendo del pensamiento jurídico del polígrafo aragonés, a partir de la relectura sugerida.

### VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La relación entre JOAQUÍN COSTA y el derecho aragonés es tan estrecha e intensa, que resulta muy difícil entender este sin la aportación del polígrafo montisonense-grausino, así como la vida del jurista sin su pasión por el derecho aragonés.

Impulsado por un perfil sociológico del derecho, COSTA muestra una marcada inclinación por el estudio de las costumbres jurídicas del territorio español, especialmente, las de su tierra natal, el derecho consuetudinario del Alto Aragón, que fructificará en la publicación de una obra homónima (1880), coincidente en el tiempo con uno de los hitos históricos del derecho aragonés en la época codificadora, cual es el Congreso de Jurisconsultos aragoneses celebrado en Zaragoza (1880-1881). Una obra que, todavía en nuestros días, constituye referencia obligada sobre la materia.

Sin embargo, el reto que nos plantea el pensamiento jurídico de COSTA en el siglo XXI a propósito del derecho aragonés es realizar una relectura del mismo en relación con el derecho actualmente en vigor y, más concretamente, con el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

Por su través, podemos afirmar que la huella de COSTA en el derecho aragonés permanece intacta, sobre todo en lo atinente al papel de la costumbre en el ordenamiento jurídico, no solo como fuente del derecho con fuerza obligatoria, al igual que la ley y los principios generales tradicionales inspiradores, sino también y, más importante a nuestro juicio, porque su fuerza de obligar alcanza tal valor, ante el arraigo y beneficio socialmente aceptados por la comunidad, que, en ocasiones, se catapulta y convierte en ley por obra de las Cortes aragonesas, como órgano legislativo competente.

Sirva de ejemplo al efecto el supuesto contemplado en el Auto del TSJA de Aragón de 29/10/1992, inicialmente desestimado, y su trayectoria posterior hasta su inserción en el CDFA (artículos 136 y 15, 1a, por remisión), tal como hemos comprobado, en el que la costumbre se transforma en ley, haciéndose con ello eco las Cortes de Aragón de su función depositaria de la voluntad de los aragoneses en relación a los actos jurídicos aceptados y practicados voluntariamente por la comunidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARGUDO PÉRIZ, José Luis. *La casa en el proceso de cambio de la sociedad rural aragonesa: consideraciones jurídicas*. Escuela Universitaria de Estudios Sociales. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1991.
- A.A.V.V. *Manual de derecho civil aragonés*. (dir. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA). El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2006.
- A.A.V.V. *Manual de derecho civil aragonés Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*. (dir. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA). El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2012.
- A.A.V.V. *Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia* (dir. J. DELGADO ECHEVERRÍA). Dykinson. Madrid, 2015 (e-libro, USJ).
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto. «Joaquín Costa hoy», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, pp. 102-109.
- BERNAD MAINAR, Rafael. *La Junta de Parientes en el derecho civil aragonés*. Colección El Justicia de Aragón. Zaragoza, 1997.
- CAPELLÁN DE MIGUEL, Gonzalo. «La renovación de la cultura española a través del pensamiento alemán: Krause y el krausismo». *BROCAR* n.º 22. 1998, pp. 137-153.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I, Volumen 1.º. 12.ª ed. Reus. Madrid, 1982.
- CHACÓN DELGADO, Pedro José. *Historia y nación. Costa y el regeneracionismo en el fin de siglo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2013.
- CHEYNE, George J. G. «El hombre», en ¿Por qué fue importante Costa? Cuadernos Altoaragoneses de Trabajo n.º 7. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Excma. Diputación Provincial de Huesca. 1987, pp. 3-6.
- CHEYNE, George J. G. «Joaquín Costa y la educación», en *Ensayos sobre Joaquín Costa y su época*. Fundación Joaquín Costa. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Huesca. 1992, pp. 127 y ss.
- CHEYNE, George J. G. *Joaquín Costa, el gran desconocido*. Ariel Historia. Barcelona, 2010.
- COMAS D'ARTEMIR, Dolors. *Familia, herencia y derecho consuetudinario*. Instituto Aragonés de Antropología. Zaragoza, 1996.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La vida del derecho*. Imp. Aribau. Madrid, 1876, disponible en <file:///D:/Users/Usuario/Downloads/vidaDelDerecho.pdf> [consultado con fecha 5/05/2020].

- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Teoría del hecho jurídico individual y social*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1880, disponible en file:///D:/Users/Usuario/Downloads/teoriaDel-HechoJuridico.pdf. [consultado con fecha 19/05/2020].
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Reconstitución y europeización de España y otros escritos* (ed. S. Martín Retortillo). Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1981.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, 1901, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, disponible en file:///D:/Users/Usuario/Downloads/Status%20individual,%20el%20referendun%20y%20la%20costumbre%20\_%20por%20Joaquín%20Costa%20%20Biblioteca%20Virtual%20Miguel%20de%20Cervantes.html [consultado con fecha 5/05/2020].
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Costumbres jurídico económicas del Alto Aragón*. Imp. de la Revista de Legislación. Madrid, 1884, en BIVIDA, disponible en <http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=602376> [consultado con fecha 16/07/2020].
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Requisitos de la costumbre jurídica según los autores*. Imp. de la Revista de Legislación. Madrid, 1881, en BIVIDA, disponible en <http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=602372> [consultado con fecha 16/07/2020].
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario y economía popular*. Tomo I. Obras de Joaquín Costa n.º 2. Guara Editorial. Zaragoza, 1981.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. Obras de Joaquín Costa n.º 1. Guara Editorial. Zaragoza, 1981.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Obra política menor (1868-1916)*. Fundación Joaquín Costa. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Huesca, 2005.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa, jurista y sociólogo. Derecho consuetudinario e ignorancia de la ley*. Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid, 2018.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Comentario al art. 1.º de la Compilación», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. Lacruz Berdejo, J. L.). Diputación General de Aragón. Zaragoza. Vol. I. 1988, págs. 99-196.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «El jurisconsulto», en ¿Por qué fue importante Costa? Cuadernos Altoaragoneses de Trabajo n.º 7. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Excma. Diputación Provincial de Huesca. Huesca. 1987, pp. 17-21.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Costa y el Derecho*. Ministerio de Cultura. Zaragoza, 1984.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa y el Derecho Aragonés. (Libertad civil, costumbre y codificación)*. Facultad de Derecho. Zaragoza, 1978.
- DEL PINO DÍAZ, Fermín. «El antropólogo», en ¿Por qué fue importante Costa? Cuadernos Altoaragoneses de Trabajo n.º 7. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Excma. Diputación Provincial de Huesca. 1987, pp. 28-32.
- FORCADELL ÁLVAREZ, Carlos. «El político», en ¿Por qué fue importante Costa? Cuadernos Altoaragoneses de Trabajo n.º 7. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Excma. Diputación Provincial de Huesca. 1987, pp. 25-28.
- FRAGUAS MADURGA, Lourdes. *Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés*. Fundación Joaquín Costa. Huesca, 1999.
- GIL NOVALES, Alberto. *Derecho y Revolución en el pensamiento de Joaquín Costa*. Península. Madrid, 1965.

- GÓMEZ BENITO, Cristóbal; ORTÍ BENLLOCH, Alfonso. *Estudio crítico, reconstrucción y sistematización del corpus agrario de Joaquín Costa*. Fundación Joaquín Costa. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Huesca, 1996.
- JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, José Ignacio. «Costa y la justicia», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, pp. 119 y ss.
- KREMER-MARIETTI, Angèle. *L'Anthropologie positiviste d'Auguste Comte*. Librairie Honoré Champion. Paris, 1980.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis. «Libertad política y libertad civil según Joaquín Costa». *Revista de Estudios Políticos* XVI. 1946, pp. 1-42.
- LISSORGUES, Yvan. «La crisis de fin de siglo. El regeneracionismo», en *Historia de la literatura española* (dir. V. García de la Concha). Vol. 9, Espasa Calpe. Madrid. 1998, pp. 46-58.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús. «Joaquín Costa y el pueblo», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, pp. 47 y ss.
- MAINER BAQUÉ, José Carlos. «El literato», en *¿Por qué fue importante Costa? Cuadernos Altoaragoneses de Trabajo* n.º 7. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Excma. Diputación Provincial de Huesca 1987, pp. 11-16.
- MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis. *La Casa en el Derecho Aragonés*. Artes Gráficas E. Berdejo Casañal. Zaragoza, 1944.
- MARTÍN RETORTILLO, Cirilo. *Costa, jurisconsulto*. Excma. Diputación Provincial de Huesca. Huesca, 1951.
- MARTÍNEZ VAL, José María. «Joaquín Costa en la libertad», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, pp. 31 y ss.
- MATEOS Y DE CABO, O. I. «*Joaquín Costa, jurista, político y pedagogo: la pasión de una vida dedicada a la ciencia*». Anales de la Fundación Joaquín Costa n.º 17. Fundación Joaquín Costa. Madrid. 2000, pp. 5-159.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *Influencia del pensamiento de Costa en el moderno Derecho aragonés*. CEHIMO. Huesca, 1997.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés*. Fundación Matritense del Notariado. Madrid, 1990.
- PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Ignacio; ARGUDO PÉRIZ, José Luis; SOLÁ MARTÍN, Miguel Ángel. *La alera foral de pastos en Aragón*. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2004.
- SANZ JARQUE, Juan José. «La cuestión de la tierra y las cooperativas agrarias en el pensamiento de Joaquín Costa, hoy», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, pp. 72-74.
- TIERNO GALVÁN, Enrique. *Costa y el regeneracionismo*. Barna S.A., Barcelona, 1961.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan. «Joaquín Costa y los principios «*Standum est chartae*» y «*Standum est consuetudini*»». Anales de la Fundación Joaquín Costa n.º 3. Instituto de Estudios Altoaragoneses. Huesca. 1986, pp. 23-56.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan. «Prólogo», en *Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*. Gobierno de Aragón. Casa de Aragón en Madrid. Madrid. 1994, pp. 13-17.