

CAPÍTULO IV

LA COSTUMBRE JURÍDICA

1. La función de la costumbre en el orden jurídico	63
2. La relación entre ley y costumbre	67
3. La <i>desuetudo</i>	73
4. La costumbre en el derecho mexicano	83

CAPÍTULO IV

LA COSTUMBRE JURÍDICA

SUMARIO: 1. *La función de la costumbre en el orden jurídico*, a) *La costumbre en cuanto resultado de un procedimiento jurídico de creación*, b) *La costumbre como fundamento de validez*, c) *La desuetudo que resulta del procedimiento consuetudinario*; 2. *La relación entre ley y costumbre*; 3. *La desuetudo*; 4. *La costumbre en el derecho mexicano*.

1. *La función de la costumbre en el orden jurídico*

Hemos afirmado que, de acuerdo a un compartido criterio, el procedimiento consuetudinario es una *fuentes de derecho*. Sin embargo, conscientes de la ambigüedad de esta expresión, decidimos no utilizar el término “fuentes del derecho” y mejor referirnos directamente a sus diversos significados.¹ Así pues, la costumbre puede desempeñar diferentes funciones en un mismo orden jurídico, según se le considere como resultado de un cierto procedimiento que permite la *producción de derecho* —en cuyo caso, este último puede dar origen a la *desuetudo*—, o bien, como *fundamento de validez* para los actos y normas que la aplican.

a) *La costumbre en cuanto resultado de un procedimiento jurídico de creación*. Respecto de la costumbre establecida por el procedimiento consuetudinario de creación de derecho, es posible distinguir la función que la misma desempeña dependiendo del nivel que guarde dentro de la creación progresiva del ordenamiento jurídico, encontrándonos con dos clases: la que es producida de conformidad al orden jurídico previsto —la cual denominaremos “costumbre derivada”— y aquella que es creada sin atender a dicho orden, mismo que designaremos como “costumbre originaria”.²

¹ *Vid.*, *supra*, el tema 1 del capítulo III.

² Esta denominación ha sido utilizada por el profesor Stammler, sólo que él se refiere en general a las modalidades de los *métodos* de creación de derecho, dividiéndolos en derivativo y originario (*vid.*, STAMMLER, *op. cit.*, *supra*, nota 5, capítulo III, p. 171). Asimismo, la diferencia hecha encuentra cierto parecido con la señalada por el profesor Gioja, sólo que él distingue entre normas jurídicas consuetudinarias originarias y delegadas (*vid.*, GIOJA, Ambrosio L., *Ideas para una filosofía del derecho*, tomo II, Buenos Aires, Ed. Sucesión de Ambrosio L. Gioja, 1973).

i) *La costumbre derivada*. Por costumbre derivada entendemos el *derecho aplicable* que resulta de aquel procedimiento consuetudinario, previsto por el orden jurídico positivo, para continuar la creación progresiva del derecho. Así pues, tal procedimiento consuetudinario constituye una instancia de producción jurídica, en virtud de que algún órgano jurídico de cierto orden normativo lo *faculta* o *habilita* para producir derecho.

El caso típico de una costumbre derivada se presenta, por ejemplo, cuando a través de un acto legislativo *se faculta a la costumbre*, si la hay, para regular ciertas circunstancias particulares.³

Los actos que constituyen el procedimiento consuetudinario productor de la costumbre derivada adquieren el carácter de *orgánicos de creación normativa*, en virtud de que, como en el ejemplo anterior, el referido acto legislativo habilita a los órganos aplicadores para que ellos se encarguen de determinar el contenido de la costumbre en los casos que el órgano legislativo señale.

Contrariamente a lo sostenido por gran cantidad de tratadistas, pensamos que no existe impedimento alguno para que un específico procedimiento consuetudinario productor de cierta costumbre pueda, a su vez, habilitar a *otra* costumbre para que ésta continúe con la creación progresiva del derecho.⁴ En efecto, si admitimos, por ejemplo, la supremacía del derecho internacional respecto del nacional y observamos que precisamente aquél, por lo general, es producto del procedimiento consuetudinario de creación, debemos reconocer que muchas de las costumbres particulares de un orden jurídico estatal derivarían su validez de las costumbres establecidas por la comunidad internacional. Pareciera que el hecho que se presenten diversas costumbres en la comunidad internacional, alguna de las cuales puede servir de fundamento a los órdenes jurídicos estatales,⁵ no impide que en éstos se presenten, simultáneamente, otro tipo de costumbres exclusivamente locales.

En este orden de ideas, consideramos que lo relevante para afirmar la existencia de una *costumbre derivada* no depende de que un tipo de órgano específico la habilite para regular ciertos casos, sino que lo importante estriba en el *grado* que ocupe el procedimiento consuetudinario, productor de dicha costumbre, dentro de la creación progresiva del ordenamiento jurídico. De tal modo que, si el procedimiento consuetudinario se encuentra en algún nivel intermedio, se puede afirmar que

³ Para algunos ejemplos de *costumbres derivadas* que se presentan en nuestro orden jurídico, véase, *infra*, el tema 4 del presente capítulo.

⁴ Contra, GIORA, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo IV), pp. 159 y ss.

⁵ *Id.*, *infra*, lo apuntado en el próximo capítulo sobre el principio de eficacia en el derecho internacional.

la disposición que produce se trata de una *costumbre derivada*, puesto que no constituye el último fundamento jurídico positivo del sistema normativo sino, por el contrario es sólo una instancia creadora del derecho en virtud de la habilidad hecha por un órgano cualquiera a través de un pacto jurídico positivo que la fundamenta.

La función de la costumbre derivada, pues, consiste en la regulación jurídica de los casos determinados por el órgano que la habilita, permitiendo, así, la continuación de la creación progresiva del derecho. Es así como la costumbre derivada contribuye al proceso de individualización jurídica.

ii) *La costumbre originaria*. Siempre que la costumbre sea resultado de un procedimiento consuetudinario que *no* se encuentre *previsto* por el orden jurídico, hasta entonces positivo, como instancia creadora de derecho, podemos afirmar que aquella constituye una *costumbre originaria*.

Así pues, la costumbre se considera originaria en tanto que, junto con otras normas, constituyen las disposiciones más generales de cierto sistema normativo, en virtud de carecer de fundamento jurídico *positivo* alguno. En este sentido, cuando nos refiramos a la costumbre originaria, en realidad, se tratará de la costumbre *constitucional*.

La costumbre originaria o constitucional, en tanto que determina las características más generales de un sistema normativo específico, se encarga, primordialmente, de proporcionar a ciertos actos el carácter de orgánicos de producción normativa para que a través de ellos se continúe la creación progresiva del derecho. En otros términos, se puede sostener que a través de una costumbre originaria se *autoriza* a cierto individuo, o grupo de individuos, para que sean ellos, por conducto de cualesquiera de sus actos, los que se encarguen de producir el derecho.

Así pues, los miembros de una comunidad, a través de una serie de actos que constituyen el procedimiento consuetudinario, llegan a establecer la *costumbre originaria* por la cual los actos de ciertos individuos son considerados actos orgánicos de creación normativa y determinados individuos —y algunos otros que éstos, a su vez, habilitan— sean los órganos encargados de producir el derecho de la comunidad normativa respectiva.⁶

La función de la costumbre originaria consiste, entonces, en habilitar o facultar a ciertas instancias para que también ellas participen en la producción sucesiva del orden jurídico en cuestión.

b) *La costumbre en cuanto fundamento de validez*. Tomando en cuenta la *estructura jerárquica* del orden jurídico, podemos apreciar óptimamente la función que desempeña la costumbre como fundamento de

⁶ *Id.*, *infra*, el tema 2 del siguiente capítulo.

validez de los actos que la aplican. Esto es, si atendemos, por ejemplo, a cierta sentencia judicial que haya determinado como *derecho aplicable* el contenido de una costumbre, tal y como la hemos caracterizado, estaremos en posibilidades de observar que el fundamento de validez de dicha sentencia se encuentra representado precisamente por tal costumbre. La validez de la sentencia se fundamenta, pues, en esa costumbre, a la vez que en otras disposiciones (tales como las que autorizan a cierto individuo a ser juez o las que regulan el procedimiento judicial respectivo).

En tanto que algunas veces la validez de ciertas disposiciones proviene de una costumbre, puede afirmarse, siguiendo al profesor Vernengo, que en tales casos la costumbre desempeña la función de *convalidación* de aquellas disposiciones.⁷ Así pues, desde el momento en que se determina cierta costumbre como el *derecho aplicable* a un caso específico, se están convalidando la disposición por la cual se hace tal determinación y los actos que produce dicha costumbre.

Afirmar que la validez de una disposición —v. gr., *sentencia*— proviene de una costumbre, implica sostener que ésta ha establecido cómo será la *forma* de creación de la disposición que la sucederá y/o, en cierta medida, cuál ha de ser su contenido.⁸

c) *La desuetudo que resulta del procedimiento consuetudinario*. Una de las funciones más relevantes que en ocasiones desempeña el procedimiento consuetudinario consiste en la *desuetudo*. Por *desuetudo*, según Kelsen, se entiende el efecto jurídico negativo del procedimiento consuetudinario.⁹ *Desuetudo*, afirma Gioja, es una forma que tienen las normas jurídicas de perder su validez.¹⁰

Tomando en cuenta la importancia de la *desuetudo*, especialmente para los propósitos de este trabajo, hemos considerado conveniente dedicarle todo un tema para su estudio, una vez que hayamos señalado ciertos aspectos sobre la relación entre ley y costumbre, tema con el cual la *desuetudo* se encuentra estrechamente relacionada.

⁷ Cfr. VERNENGO, *op. cit.*, *supra* (nota 11, capítulo III) pp. 357-358.

⁸ *Ibid.*, *supra*, el tema 2 del capítulo II.

⁹ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 6, capítulo II), p. 140. Debemos observar que Kelsen señala a la *desuetudo* como el efecto jurídico negativo de una *costumbre* y no del procedimiento consuetudinario (cfr., *ibidem*). Pensamos que a lo que Kelsen quiso referirse fue al procedimiento consuetudinario, ya que es éste el único que puede tener como efecto jurídico positivo la *creación de una costumbre* y como efecto jurídico negativo la pérdida de validez de una norma por *desuetudo*. En nuestra opinión, el que Kelsen hable aquí de *costumbre* es porque con ese término alude al método de creación de derecho —mismo que nosotros caracterizamos como procedimiento consuetudinario—, ya que hay que recordar que el término “costumbre” es ambiguo (véase, *supra*, la nota 14 del capítulo III).

¹⁰ Cfr., GIOJA, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo IV), p. 173.

2. La relación entre ley y costumbre

De lo apuntado precedentemente se aprecia que el procedimiento consuetudinario constituye un método de creación jurídica tan importante como el legislativo, sólo que, en nuestra opinión, ha sido un poco olvidado. Pensamos que tal situación obedece, principalmente, a la admiración desmedida por la ley que tanto ha propugnado la dogmática jurídica.

Antes de referirnos a las relaciones que pueden presentarse entre la ley y la costumbre, conviene distinguir una de otra. Conforme a Kelsen, mientras que el proceso legislativo es un método deliberado y centralizado de creación de derecho, el procedimiento consuetudinario es una forma espontánea y descentralizada de producción jurídica.¹¹ Esto es, en tanto que las leyes son creadas por órganos específicos previamente establecidos para el efecto, los individuos que a través de sus actos crean alguna costumbre pueden serlo cualesquiera e, inclusive, sin percatarse de ello (si bien, como se advirtió en el capítulo anterior, el establecimiento de una costumbre requiere también la participación de órganos especiales jurídico-aplicadores).

Por otra parte, los órganos creadores de normas consuetudinarias y los sujetos sometidos a esas normas siempre coinciden; en cambio, los órganos legislativos pueden crear leyes destinadas a individuos distintos a los legisladores.¹² Igualmente, los actos de los órganos que crean una norma consuetudinaria, simultáneamente, son los actos de los órganos (o sujetos) que aplican (u obedecen) la misma norma consuetudinaria, a diferencia de las normas legislativas que requieren de posteriores actos de aplicación (u obediencia).

Ahora bien, frecuentemente los juristas—influídos por los postulados de la jurisprudencia dogmática—se refieren a la relación entre ley y costumbre colocándose exclusivamente desde el punto de vista de la ley, e intentan resolver el problema que dicha relación suscita según las características que le otorgan a la costumbre diversas disposiciones legislativas.¹³ Debemos destacar aquí que aquellos que pretenden resolver

¹¹ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 35, capítulo III), p. 248.

¹² Cfr., *ibidem*, según CUETO RUA: “La norma consuetudinaria se diferencia de la legislada, en que aquélla es formulada *a posteriori* del acaecimiento de la conducta debida” (CUETO RUA, *op. cit.*, nota 35, capítulo III, p. 114).

¹³ Es así como los autores suelen estudiar los usos comerciales o bancarios sólo en los casos que señala el Código de Comercio; las costumbres laborales y civiles únicamente en las situaciones no reguladas expresamente por las disposiciones legislativas respectivas; la costumbre penal es ignorada completamente por el conocido principio (*nullum crimen nulla poena sine previa lege*) que rechaza otros delitos o sanciones que los establecidos por las leyes, etcétera. Sobre la forma en que opera

el problema de la relación entre ley y costumbre con la pura invocación de la ley, *prejuzgan* sobre el tema que se intenta elucidar. Asimismo, como se explicará más adelante, los frecuentes ejemplos de *desuetudo* ponen de manifiesto la inoperancia de las disposiciones legislativas que pretenden excluir a la costumbre como resultado de un específico procedimiento jurídico de creación.

Por otra parte, consideramos que limitar el estudio de la costumbre a los planteamientos habituales de la dogmática jurídica constituye un aspecto parcial del problema que implica la renuncia a concebir unitariamente el fenómeno jurídico, ya que éste también existe en las etapas de descentralización general —como ocurre en el derecho consuetudinario primitivo y en el derecho consuetudinario internacional público—, mas no sólo en los órdenes jurídicos que han alcanzado cierto grado de centralización, máxime que en estos últimos, como se comprobará, también se presenta el procedimiento consuetudinario creador de derecho con independencia de la ley.

Las investigaciones histórico-jurídicas, antropológicas y sociológicas más importantes han demostrado que, en todos los pueblos conocidos, las primeras normas que regularon las relaciones de los seres humanos tuvieron un origen consuetudinario. La comunidad estaba directamente encargada de establecer las costumbres, a través de la conducta —aún meramente pasiva— de todos y cada uno de sus miembros, aunque, obviamente, determinados individuos habían de ser, en cada caso concreto, los ejecutores materiales de los actos o las sanciones. Pero estos individuos podían serlo cualesquiera. Todos eran, en el establecimiento y en la ejecución, *órganos* de la comunidad —en esto consistía la máxima descentralización—; pero ninguno era específicamente órgano permanente, diferenciado y fijo.¹⁴

Posteriormente, la primitiva costumbre fue encontrando ciertos individuos que aseguraban una aplicación en forma regular y que, al mismo tiempo, tenían alguna influencia en su modificación y adaptación. Aparecieron, poco a poco, órganos productores de derecho permanentes y diferenciados, tanto jurisdiccionales —juez— como legislativos —legislador—, cuyos contornos, borrosos en un principio, fueron delinéandose con mayor nitidez en un proceso que hubo de la descentralización a la centralización.¹⁵

De lo que antecede se puede observar que, referirse a la costumbre exclusivamente desde el punto de vista de la ley, ofrece un aspecto muy pequeño del fenómeno jurídico, puesto que aquélla existía cuando toda-

la costumbre en las diversas ramas jurídicas, desde el punto de vista del derecho legislativo de nuestro orden normativo, véase, *infra*, el tema 4 del presente capítulo.

¹⁴ Vid., AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo III), pp. 309-311.

¹⁵ Vid., *ibidem*.

vía no se instauraba el procedimiento legislativo como productor de derecho. Debemos olvidar todos nuestros prejuicios para procurar señalar, con mayor claridad, en qué consiste la costumbre frente a la ley y encontrar cuál es la relación que guardan ambos fenómenos jurídicos.

Muchos han sido los intentos por proporcionar una respuesta satisfactoria a preguntas tan fundamentales para la jurisprudencia. La teoría tradicional romano-canónica, por ejemplo, clasifica la costumbre, teniendo en cuenta las relaciones que la misma guarda con la ley y el modo de influir en ella, en costumbres *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*.¹⁶

Tal distinción la encontramos también en las *Siete Partidas* del rey Alfonso X El Sabio:

Fuerza muy grande ha la costumbre, quando es puesta con razón, así como diximos, ca las contiendas que los homes han entre sí, de que non fablan las leyes escritas, puedense librar por la costumbre que fuesen sobre las razones sobre que fue la contienda é aún a fuerza de ley. Otrosí decimos que la costumbre puede interpretar la ley quando acaesciese dubda sobre ella, que acostumbaron a los otros de la entender, así debe ser entendida é guardada. E aun ha otro poderío muy grande, que pueda tirar las leyes antiguas que fuesen fechas antes que ella...¹⁷

Por costumbre *secundum legem* se entiende, pues, aquella que coincide con lo establecido por las leyes y, ocasionalmente, sirve para *interpretar* lo dispuesto por ellas cuando surge alguna duda. La costumbre *praeter legem* es la que regula los casos no previstos por la ley, por lo que sirve para *completarla* y colmar sus lagunas, considerándosele, habitualmente, como "fuente supletoria" de la ley. La costumbre *contra legem*, por su parte, se refiere a los casos en que la costumbre se *aparta* de lo dispuesto por alguna ley "antigua", "inconveniente" o "perjudicial".¹⁸

La anterior doctrina ha sido, en lo esencial, tomada por diversos tratadistas modernos, quienes clasifican la relación de la costumbre con la legislación de la siguiente manera: a) *interpretativa*, que tiene relevancia únicamente cuando por esta vía se llega a modificar el sentido del texto legislativo; b) *introdutoria*, que se desenvuelve en aquellos casos que cierta situación no ha recibido regulación alguna por parte de las disposiciones legislativas o, por lo menos, no ha conseguido com-

¹⁶ Vid., Glanv., *op. cit.*, *supra* (nota 19, capítulo III), pp. 378-385.

¹⁷ Ley 6a., Título II, Partida Primera (el subrayado es nuestro).

¹⁸ La costumbre *contra legem* ha sido la que mayores oposiciones ha encontrado en el plano doctrinal, sobre todo cuando alguna disposición legislativa (como sucede, por ejemplo, en nuestro Código Civil) no sólo no la prevé, sino, además, la excluye expresamente (*vid.*, *infra*, lo apuntado en el desarrollo del siguiente tema).

pleta regulación, y c) *derogatoria*, que se refiere al caso de la *costumbre contra legem* y a la operancia de la *desuetudo*.¹⁹

Una explicación interesante sobre las relaciones que puedan haber entre la ley y la *costumbre* ha sido la proporcionada por Walter Heinrich,²⁰ quien describió tres diversas formas del derecho consuetudinario: *delegante*, *delegado* y *derogatorio*. El *delegante* se presenta cuando a través de la *costumbre* se autoriza a una determinada instancia centralizada para crear derecho escrito; se dice que en estos casos la *costumbre* se halla “supraordinada” a la ley.²¹ El derecho consuetudinario *delegado* existe en aquellos casos que alguna disposición legislativa remite expresamente a la *costumbre* para la solución de determinadas controversias; en esta hipótesis se afirma que la *costumbre* hallase “subordinada” a la ley.²² El derecho consuetudinario *derogatorio* se refiere, según Heinrich, a los casos en que la *costumbre* se desenvuelve en sentido opuesto al de los textos legales; el mismo autor admite la posibilidad de que la *costumbre* “*derogatoria*” se forme aun cuando el propio legislador le niegue expresamente validez.²³

Aunque estamos completamente de acuerdo con la distinción que hace Heinrich entre *costumbre delegante* y *delegada*, no compartimos su opinión que pueda haber *costumbre* “*derogatoria*”. Por razón de que es común entre los tratadistas de la jurisprudencia atribuir a la *costumbre contra legem* una función *derogatoria* respecto de la disposición escrita a la cual se opone, consideramos conveniente explicar, detenidamente, por qué, en nuestra opinión, no puede haber *costumbre* “*derogatoria*” e intentar señalar qué es lo que ocurre con la inobservancia y falta de aplicación de lo prescrito por dicha disposición escrita. Pensamos que lo anterior quedaría resuelto si se lograra establecer, claramente, la diferencia que hay entre la revocación de la validez de una norma por derogación y la pérdida de validez de otra norma por *desuetudo*.

¹⁹ Véase a BISCARETTI, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo II), p. 160. Sobre la posibilidad de que haya *costumbre derogatoria*, véase, *infra*, lo apuntado al final de este tema.

²⁰ Cfr., HEINRICH, Walter, “Recherches sur la problématique du droit coutumier”, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, París, 1935, tomo II, pp. 292-298.

²¹ Específicamente podríamos mencionar aquí el caso de la delegación hecha por la *costumbre* en el legislador originario o primer constituyente (*vid.*, *infra*, el tema 2 del siguiente capítulo), o bien, las disposiciones consuetudinarias del derecho internacional público en cuanto importan una delegación en los estados particulares.

²² Ejemplo de este tipo de *costumbres* pueden consultarse, *infra*, en el desarrollo del tema 4 de este capítulo.

²³ Ejemplos de *costumbres* establecidas en sentido opuesto a los textos legislativos pueden encontrarse, *infra*, en el tema 3 de este capítulo y, principalmente, el tema de modificación constitucional consuetudinaria en el capítulo siguiente.

Pues bien, siguiendo a Kelsen, por derogación se entiende la revocación de la validez de una disposición normativa por otra. En este sentido, la función específica de una disposición derogatoria consiste en revocar la validez de otra disposición jurídica.²⁴ Una vez que la disposición derogatoria cumple con su función, ésta pierde su validez al igual que la disposición derogada.²⁵ Es necesario tener presente que la disposición derogatoria únicamente se refiere a la validez de otra disposición y, por tanto, a través de aquélla no se está ordenando ni prohibiendo directamente conducta alguna.²⁶ De este modo, la disposición derogatoria no es aquella que se encuentra en conflicto con otra disposición jurídica, sino una tercera disposición que prescribe que en caso de conflicto entre dos disposiciones una de ellas o ambas perderán su validez.²⁷

Ahora, debemos recordar que la costumbre consiste en el *derecho aplicable* establecido por un órgano aplicador para proporcionar un carácter normativo particular a cierta conducta humana. La costumbre *contra legem* sería precisamente aquel *derecho aplicable* determinado por un órgano aplicador a través del cual se establece el carácter normativo de cierta *conducta* en forma distinta a lo prescrito por alguna disposición legislativa.

De lo anterior se observa que esa costumbre no se está refiriendo propiamente a la validez de otra disposición jurídica, como sí lo haría si se tratase de una disposición derogatoria. Dicha costumbre, en oposición a cualquier disposición derogatoria, se encuentra dirigida a determinada conducta humana, proporcionándole un carácter normativo específico. La función de la decisión del órgano aplicador, en este caso, no consiste en derogar la validez de una disposición legislativa que no aplica, sino en proporcionar un carácter normativo específico a cierta conducta humana de acuerdo con la costumbre que se encuentra determinando.

²⁴ Cfr., KELSEN, Hans, "Derogation" en *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, Inc, 1962, pp. 339 y 340. La distinción habitual que se hace entre derogación y abrogación —misma que viene desde la teoría jurídica romana tradicional—, en el sentido de que la primera se refiere a la revocación parcial de la validez de una norma o de uno de los artículos de un código, mientras que la abrogación se trata de la revocación total de la validez de una norma o de todo un código, no es operable, puesto que, lógicamente, siempre que se modifique cualquiera de los ámbitos de validez de una norma —ya sea el espacial, el temporal, el material o el personal— jamás podremos encontrarnos ante la misma norma; al igual que si tomamos en cuenta un conjunto de artículos que integran un código y alguno de ellos pierde su validez, es claro que ya no nos encontramos ante el mismo código. Por esta razón, afirma Kelsen, derogar no significa solamente revocación parcial, sino, más bien, revocación total de una disposición jurídica (*vid.*, *ibidem*, p. 349).

²⁵ Cfr., *ibidem*, p. 341. Es así como Kelsen considera que la norma derogatoria es una norma dependiente (*cfr.*, *ibidem*, p. 340).

²⁶ Cfr., *ibidem*, p. 341.

²⁷ Cfr., *ibidem*, pp. 351-352.

Consecuentemente, la costumbre *contra legem*, esto es, aquella que se establece en oposición de lo prescrito por alguna disposición legislativa, no puede considerarse como una disposición derogatoria²⁸ y, por el otro lado, tal disposición legislativa, inobservada e inaplicada, tampoco puede estimarse como derogada por dicha costumbre, puesto que entre ambas no ha operado función derogatoria alguna.

Sin embargo, el problema de determinar qué ocurre con esa disposición legislativa que, por obra del procedimiento consuetudinario que produce la costumbre *contra legem*, deja de observarse y aplicarse, sigue pendiente: ¿continúa siendo válida la mencionada disposición legislativa en tanto que no haya una tercera disposición cuya única función consistiese en derogar la disposición legislativa?

En nuestra opinión, la anterior hipótesis es inaceptable, ya que, si los órganos encargados de aplicar el derecho han resuelto que el *derecho aplicable* a un caso concreto es una costumbre y no cierta disposición legislativa, no obstante que se hayan dado los supuestos que ésta señala para su aplicación, es claro que se está reconociendo la validez de la costumbre *contra legem* y no así la de la disposición legislativa.

Asimismo, si la costumbre *contra legem* establecida obtiene cierta permanencia, en tanto que no haya sido revocada por los procedimientos de control de la regularidad del respectivo orden jurídico,²⁹ pudiéramos sostener que tal situación no se refiere al planteamiento de un conflicto normativo donde se presentara la validez simultánea de una disposición legislativa y una costumbre en contrario, en virtud de que, como recién lo advertimos, los órganos aplicadores en ningún momento sostuvieron la validez de disposición legislativa alguna sino que, por el contrario, exclusivamente determinaron la validez de la costumbre que aplicaron, provocando que la disposición legislativa, válida hasta ese momento, haya dejado de observarse, con todas las consecuencias que esto implica. En este sentido, pensamos que la decisión de los órganos aplicadores no plantea un conflicto normativo de validez sino, más bien, *resuelve un posible conflicto* al determinar cuál es la disposición auténticamente válida, inclinándose, en este caso, por la consuetudinaria.

Así pues, pensamos que si la disposición legislativa a la que se encuentra contrariando aquella costumbre perdiera su validez, no obedecería a su revocación por alguna disposición derogatoria. ¿Pudiéramos sostener, entonces, que en los casos que se establezca una costumbre que contrarie lo dispuesto por una ley y que dicha costumbre obtuviera cierta perma-

²⁸ Lo apuntado se encuentra de conformidad al pensamiento kelseniano —en sus últimos trabajos—, en el sentido de que una norma derogatoria no puede ser establecida consuetudinariamente (*vid.*, Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 24 capítulo IV, p. 343).

²⁹ *Vid.*, Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 25, capítulo II), pp. 479-483.

nencia en el orden jurídico respectivo, no ocurriría que esa ley continuase siendo válida ni que la validez de ésta fuese revocada por derogación sino, algo muy distinto, que la misma perdería su validez por *desuetudo*? Pues bien, para responder satisfactoriamente esta cuestión es necesario hacer algunas consideraciones previas.

3. La desuetudo

Conforme a un compartido criterio, la *desuetudo* consiste en la pérdida de validez de una disposición, o de un conjunto de disposiciones, especialmente legislativas, debido a su ineficacia. Sostener que cierta disposición ha perdido su validez por *desuetudo* significa afirmar que la misma ha dejado de formar parte de un orden jurídico positivo.

El caso de la *desuetudo* es uno de los puntos en que hace crisis la doctrina tradicional que tiene una admiración desmedida por la ley y llega hasta identificarla con el derecho. Tal doctrina no tiene más remedio que negar la *desuetudo*, si quiere ser fiel a su punto de partida. Esta conclusión es reforzada a menudo por disposiciones legislativas que pretenden establecer expresamente la inoperancia de la costumbre y la *desuetudo* frente a la ley. Tal situación ocurre, por ejemplo, con el artículo número 10 del Código Civil para el Distrito Federal de 1928, que señala: "Contra la observancia de la Ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". En nuestra opinión, estas "limitaciones" no representan sino una mera expresión de deseos o una ideología que pretende restringir la tarea de los órganos aplicadores, puesto que, como hemos intentado demostrarlo, la costumbre es resultado de un proceso jurídico de creación tan importante como el legislativo, máxime en los órdenes jurídicos donde la eficacia de las normas es una condición necesaria para su validez y, por tanto, no puede proscribirse de esta manera.

Sin embargo, apoyada en textos legales como el mencionado, la doctrina tradicional suele negar al procedimiento consuetudinario que produce la costumbre *contra legem* y a su efecto jurídico negativo que es la *desuetudo*. Esta conclusión obedece generalmente a la aceptación dogmática de la ley —sin cuestionar su pertenencia al específico sistema jurídico de que se trate— y al rechazo dogmático de la costumbre, llegando al absurdo de *suponer*, precisamente, lo que se intenta investigar: al invocar una disposición legislativa para rechazar la costumbre *contra legem* ya se ha tomado partido, evidentemente, a favor de la ley en contra de la costumbre.³⁰

³⁰ Como advierte Jossierand, de no admitirse la operancia de la *desuetudo*, en virtud del establecimiento de una costumbre *contra legem*, los fumadores en Francia, por ejemplo, incurrirían en ilícitos penales establecidos por una ordenanza de 1634

Aun cuando se trata de situaciones de difícil verificación, principalmente por la multiplicidad de los casos "frontera", consideramos que un estudio correcto y desprovisto de prejuicios sobre el tema nos conducirá a resultados diametralmente opuestos a la doctrina citada, admitiendo la *desuetudo*, sin limitación alguna, en los diversos órdenes jurídicos.

Pues bien, pensamos que de acuerdo con lo que habitualmente se entiende por *desuetudo*, se pueden señalar dos situaciones distintas: la pérdida de validez de una disposición jurídica en virtud de su inobservancia por parte de los miembros de una comunidad y su falta de aplicación por los órganos jurídico-aplicadores, como consecuencia del establecimiento de una costumbre en contrario y, en un sentido más amplio, aquella que se refiere exclusivamente a la falta de aplicación de cierta disposición por no darse las condiciones que hacen jurídicamente posible su aplicación.

Es claro que la primera hipótesis corresponde al problema de la costumbre *contra legem* que hemos venido tratando. Consideramos conveniente advertir que, aun cuando pareciera que al sostener la existencia de una costumbre *contra legem* se aludiera a un conflicto normativo entre dos disposiciones jurídicas simultáneamente válidas —la legislativa y la consuetudinaria—, lo que efectivamente ocurre es que, dado el caso del establecimiento de una costumbre en contraposición de lo prescrito por cierta disposición legislativa estimada hasta entonces como válida, la única disposición jurídicamente válida sería la costumbre en tanto que la disposición legislativa habría perdido su validez por haber operado la *desuetudo*; y si conservamos la expresión costumbre *contra legem* sólo obedece a que habitualmente se ha designado de esa manera el problema que se tiene en cuestión. A efecto de intentar explicar cómo opera la *desuetudo*, si la hay, en estas ocasiones, hemos seleccionado un caso concreto que se presentó en el orden jurídico argentino:

En el expediente 12-834 promovido por Servat Paglayán de Macarién,

que no ha sido abrogada expresamente en momento alguno (cfr., JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif Français*, 2ª ed., Paris, tomo I, 1932, p. 73; citado por AFTALIÓN *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 1, capítulo II, pp. 328-329). Situación muy distinta a la que presenta, por ejemplo, el Código Canónico, cuando en el canon 5 establece: "Las costumbres, ya universales, ya particulares, actualmente vigentes contra las prescripciones de estos cánones... con tal que sean centenarias e inmemoriales, podrán ser toleradas si los ordinarios, atendidas las circunstancias de lugares y personas, estiman que no es prudente suprimirlas." En nuestra opinión, lo dispuesto por tal canon de la iglesia católica se encuentra acertado, si no tanto por el requisito inmemorial de la costumbre, sí en cuanto resulta prudente la posibilidad que proporciona a los órganos aplicadores para tolerar costumbres contrarias a la ley, en atención a las circunstancias de lugares y personas (*vid.*, CASTILLO FARRERAS, José, *Las costumbres y el derecho*, México, Sepsetentas, 1973, pp. 37-39).

en contra de Francisco Trucco, resuelto en apelación por la Cámara Civil 1ª de la Capital el 29 de octubre de 1941, se planteó el problema de determinar si se confirmaba la sentencia del Juez de la 1ª Instancia que había resuelto absolver al demandado del pago de daños y perjuicios en virtud de no ser responsable del accidente por el cual el esposo de la actora había perdido la vida, no obstante que ésta hubiera probado que el demandado conducía su automóvil con exceso de velocidad, en contravención a lo dispuesto por el artículo 57 del reglamento de tránsito respectivo que prescribía una velocidad máxima de 20 km, puesto que —según el juez— “la circunstancia de que el automóvil del demandado marcara a una *velocidad* de 30 a 40 km, no constituye prueba de su culpabilidad, ya que tal velocidad puede considerarse *normal*, y no consta por otra parte que esté en *vigencia* actualmente el *reglamento*”.³¹

No conforme con la anterior sentencia, como apuntamos, la actora impugnó la resolución respectiva ante la Cámara Civil 1ª de la Capital, insistiendo que la responsabilidad del demandado se derivaba de su transgresión del artículo 57 del reglamento de tránsito, al manejar con exceso de velocidad.³² Después de un análisis minucioso sobre el particular, los magistrados que conocieron del asunto resolvieron que:

la moderación o el exceso de velocidad no han de juzgarse en estos casos con sujeción a lo dispuesto por reglamentos de tránsito que no corresponden al *actual* ritmo efectivo de este último, invariablemente consentido por las propias autoridades de las que la reglamentación emanó... La responsabilidad no dependerá sólo de la velocidad abstractamente juzgada desde el punto de vista de una *disposición municipal caída en desuso con la explícita tolerancia de la misma autoridad*, sino del conjunto de todas las circunstancias del hecho.³³

³¹ Transcripción de los considerandos de la sentencia del Juez de 1ª Instancia, publicados en *La Ley*, tomo 25, 3 de febrero de 1942, p. 203.

³² *Id.*, *ibidem*, pp. 203-204.

³³ Transcripción de los considerandos de la resolución de la Cámara Civil 1ª de la Capital, publicada en *ibidem*, p. 205 (el subrayado es nuestro). Es oportuno mencionar que, en ese entonces, el Código de Argentina, en su artículo 17, pretendía excluir, originariamente, a la costumbre que se establecía en contra de una disposición legislativa: “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos.” La invocación de este artículo fue el principal argumento que utilizó el profesor Spota para criticar la resolución de la Cámara Civil 1ª de la Capital (*cfr.*, Spota, Alberto G., “La infracción a los reglamentos de tránsito en la responsabilidad aquiliana. ¿Hay ‘caducidad’ de los reglamentos por ‘desuso’ de los mismos?”, en la revista *La Ley*, tomo 25, 3 de febrero de 1942, pp. 198-207). En nuestra opinión, independientemente del número de argumentos que puedan esgrimirse para criticar dicha resolución, el único derecho efectivamente válido fue el declarado por el tribunal que conoció del asunto. Por su parte, el derecho alemán, posiblemente bajo la influencia de la teoría del *Volksgeist* de Savigny, también ha

Pareciera que la *desuetudo* de la disposición reglamentaria que prescribía una velocidad máxima de 20 km, obedece al establecimiento de la costumbre que señala una velocidad hasta de 40 km. Esto es, no se trata sólo que la disposición reglamentaria no se aplique y que, en su lugar, tampoco se aplique ninguna otra, convirtiéndose permitido conducir un vehículo a cualquiera velocidad. Por el contrario, de acuerdo con lo sostenido por los órganos jurídico-aplicadores, el *derecho aplicable* al caso respectivo era una costumbre que establecía una velocidad máxima concreta de 40 km/hora. En efecto, como observaron los propios magistrados:

si la única culpa puede derivar de la velocidad hay que concluir que no la hubo, si como quedó dicho al principio, esta última fue de unos 40 km, por hora. Si hubiera sido de más de 80 como pretende el testigo que declara a fs 41, la conclusión debería ser afirmativa porque esa velocidad en lugares urbanos es "de por sí" grave imputendencia.³⁴

Así pues, la disposición reglamentaria perdió su validez por *desuetudo* en virtud de haberse determinado como *derecho aplicable* una costumbre específica que se encontraba en oposición a aquella, y no sólo porque dejara de aplicarse lo previsto por la disposición reglamentaria.

De lo que antecede, se puede observar que la pérdida de validez por *desuetudo* de ciertas disposiciones, consideradas hasta entonces como pertenecientes a un orden jurídico específico, no es sino la consecuencia del procedimiento consuetudinario que establece una costumbre en sentido opuesto a lo previsto por tales disposiciones, razón por la cual sostenemos —con Kelsen— que la *desuetudo* consiste en el efecto jurídico negativo de un procedimiento consuetudinario.³⁵ Así pues, consideramos conveniente distinguir en estos casos dos situaciones producidas por el respectivo procedimiento consuetudinario: por un lado, un efecto jurídico positivo consistente en el establecimiento de una costumbre que contraría lo previsto por alguna disposición legislativa estimada, hasta entonces, como jurídicamente válida; por el otro, un efecto jurídico negativo consistente en la pérdida de validez de la disposición legislativa a la que se opone tal costumbre, en virtud de haber operado la *desuetudo*.

En este orden de ideas, pareciera que la *desuetudo* a que nos hemos

mantenido la tesis de que un juez tiene la facultad de ignorar una ley, en base a su *desuetudo*, cuando la misma ha sido substituida por una costumbre en contrario (cfr., ENNECERUS L., y H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 14 ed., 1952, p. 185; citado por BODENHEIMER, Edgar, "Setenta y cinco años de evolución en filosofía del derecho", traducción de Rolando Tamayo, en *LXXXV años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM, vol. iv, 1979, p. 14).

³⁴ Resolución de la Cámara Civil 1a. de la Capital, *ibidem*, p. 207.

³⁵ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 6, capítulo ii), p. 140; *vid.*, *supra*, lo apuntado en la nota 9 de este capítulo.

referido no se deriva del hecho que dejen de presentarse, aun prolongadamente, la serie de condiciones de aplicación señaladas por una disposición jurídica sino, más bien, al hecho que se establezca una costumbre de no imputar las consecuencias previstas a la serie de condiciones una vez que éstas se realizaron.³⁶

Ahora bien, debemos tener presente que siempre que alguna disposición establezca la imputación de cierta consecuencia cuando ocurran determinadas condiciones, y sea el caso que tales condiciones se realicen, pero no les es aplicada la consecuencia prevista, ni el órgano encargado de aplicarla o ejecutarla es considerado como responsable por órgano controlador alguno, si lo hay, lo que acontece efectivamente es que el carácter normativo que aquella disposición atribuía a cierto tipo de conducta se ve modificado, convirtiéndose, por ejemplo, permitido lo que anteriormente se encontraba prohibido u obligado.³⁷

Aún más, en nuestra opinión, si la disposición que señala la imputación de determinada consecuencia a la realización de una serie de condiciones no ha sido derogada por disposición derogatoria alguna y, sin embargo, jamás se aplica la consecuencia prevista a las condiciones una vez realizadas, podemos afirmar que tal disposición ha perdido su validez por *desuetudo* como consecuencia del procedimiento consuetudinario que estableció la permisón positiva de la conducta que se encontraba prohibida u obligada por la disposición antiguamente válida. Así pues, como habíamos adelantado, se presentan dos aspectos distintos: la modificación del carácter normativo de cierta conducta por el establecimiento de una costumbre, la cual es resultado de un procedimiento general no previsto de *creación* y, como consecuencia de este procedimiento la pérdida de validez por *desuetudo* de la disposición que antes regulaba esa conducta en forma diferente.³⁸

Insistiendo en este último efecto del procedimiento consuetudinario, queremos señalar que la pérdida de validez de una disposición por *desuetudo* obedece al establecimiento de una costumbre cuyos ámbitos de validez son distintos a los previstos por esa disposición. En tanto que los ámbitos de validez —ya sea el material, el personal, el espacial o el temporal— de tal disposición se han modificado, no puede afirmarse, siguiendo a Kelsen, que se esté en presencia de la misma disposición, puesto que el carácter, el contenido o cualquiera de los elementos normativos de

³⁶ *Id.*, GJOJA, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo iv), pp. 178-179.

³⁷ Como enseguida se demostrará, al modificarse el carácter normativo de cierta disposición —o cualquiera de sus demás elementos—, ya no se está en presencia de la misma norma, sino de otra.

³⁸ Estos son los dos efectos jurídicos que puede producir un procedimiento consuetudinario: uno positivo, la creación de una costumbre y, si ésta es *contra legem*, entonces, opera el efecto jurídico negativo, la *desuetudo* de la ley relativa.

ésta ha sido cambiado.³⁹ Lo único que puede sostenerse es que la referida disposición ha sido substituida por otra —que en este caso se trata de una costumbre— con una esfera de validez diferente.⁴⁰

En este sentido, por ejemplo, una disposición válida para todas las formas de robo puede ser substituida por otra que sea válida únicamente para una determinada forma de robo; una disposición que prohíba el homicidio y prescriba la pena de muerte para el responsable de este delito puede ser reemplazada por otra que prescriba tan sólo prisión perpetua.⁴¹ Respecto del caso de la disposición reglamentaria del sistema jurídico argentino que prescribía como velocidad máxima la de 20 km por hora, podemos señalar que fue substituida por una costumbre que la amplió hasta 40 km. En la medida en que cierta disposición deja de observarse y aplicarse porque, en su lugar, se observa y se aplica otra que la substituye consuetudinariamente, es posible afirmar que aquélla ha perdido su validez por *desuetudo*.

Debemos señalar que, no obstante los casos en que aparentemente se siga aplicando la disposición legislativa —y ésta no sea revocada por los procedimientos de control de la regularidad—, lo que en realidad ocurre no es que se aplique tal disposición legislativa sino, por el contrario, una costumbre de carácter *alternativo* que establece como potestativa la realización de la consecuencia prevista anteriormente como obligatoria por la referida disposición legislativa, en tanto que ésta ya perdió su validez por *desuetudo*.

Pensamos que en los casos que los órganos aplicadores dejen de aplicar o ejecutar las consecuencias previstas por cierta disposición legislativa, por ejemplo, y no fuera el caso que hubiera disposición derogatoria alguna que revocase la validez de la disposición legislativa respectiva, pudiera sostenerse que tal falta de aplicación obedece al establecimiento de alguna costumbre que señala un carácter normativo distinto para la conducta anteriormente regulada por aquella disposición.

Ahora bien, los órganos aplicadores, por diversos motivos —entre ellos la ideología implantada por la dogmática jurídica—, se resisten a declarar expresamente la *desuetudo* de las disposiciones legislativas; pero frecuentemente proceden en sus decisiones como si dichas disposiciones no existieran.

Así pues, es necesario advertir que por falta de aplicación de cierta disposición jurídica entendemos no solamente el hecho de que los órganos aplicadores manifiesten que no aplican esa disposición sino, también, el hecho que actúen o decidan de una manera *distinta* a lo previsto por

³⁹ Sobre los elementos de las normas prescriptivas, *vid.*, WRIGHT, *op. cit.*, *supra*. (nota 46, capítulo iii), pp. 70-92.

⁴⁰ *Cfr.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 24, capítulo iv), pp. 345-346.

⁴¹ *Cfr.*, *ibidem*, p. 346.

aquella, no obstante que, en ambos casos, se hayan dado todos los supuestos que la disposición respectiva señala para su aplicación.

En este orden de ideas, para que opere la *desuetudo* de una disposición legislativa, por ejemplo, es suficiente que dejen de aplicarse las consecuencias previstas por esa disposición, una vez que se hayan realizado las condiciones que ella señala para su aplicación, y tal situación no sea producto de alguna disposición derogatoria que hubiese revocado la validez de aquella disposición, independientemente de que los órganos aplicadores manifiesten o no que dejan de aplicar tal disposición legislativa al no aplicar o ejecutar las consecuencias que ésta había previsto.

Consideramos que un ejemplo donde ha operado la *desuetudo*, sin haber manifestación expresa de los órganos aplicadores en el sentido de que la disposición respectiva haya perdido su validez por ese motivo, es el caso del duelo en el orden jurídico argentino: una disposición penal sancionaba con prisión el homicidio o las lesiones cometidos en duelo; sin embargo, en la Argentina la gente se batía en duelo públicamente, sin que se sancionara a los duelistas. Los actos que, según la legislación, debían considerarse prohibidos, han pasado a caracterizarse normativamente como permitidos; pudiera afirmarse que la costumbre estableció la permisión positiva de matar o lesionar en duelo, de la misma manera que lo hacía el Código Penal respecto del homicidio o lesiones, por ejemplo, en legítima defensa. Así pues, la disposición que sancionaba el duelo perdió su validez por *desuetudo* en virtud del procedimiento consuetudinario que estableció esa costumbre.⁴² Igualmente, puede sostenerse que la disposición penal que regulaba las excluyentes de responsabilidad se vio modificada consuetudinariamente para incorporar entre las mismas el batirse en duelo como causa de licitud.

Asimismo, no debe circunscribirse la operación de la *desuetudo* a los casos en que se establezca lo que propiamente se denomina una costumbre *contra legem* —esto es, cuando los órganos jurídico-aplicadores dejan de aplicar continuamente una ley, en virtud de haberse creado una costumbre total o parcialmente opuesta a lo prescrito por la misma—, sino que hay que recordar la posibilidad de que, aun cuando supuestamente se aplique cierta ley, en realidad, se constituya una costumbre

⁴² No obstante, hay autores, como Gioja y Vernengo, que consideran que lo que ocurre en la República Argentina, en rigor, no se trata tanto que un acto prohibido —el batirse en duelo— se haya convertido consuetudinariamente permitido, sino sólo que la obligación de sancionar que el derecho penal imponía a los órganos aplicadores —a través de disposiciones que sancionaban el prevaricato, la denegación y el retardo de justicia— ha sido modificada en lo contrario: puede estimarse como permitido no sancionar el matar o lesionar en duelo; en virtud de que tal actitud ha dejado de constituir un delito por parte del juez (cfr., GIOJA, *op. cit.*, *supra*, nota 2, capítulo IV, pp. 186-188; VERNENGO, *op. cit.*, *supra*, nota 11, capítulo III, p. 360).

interpretativa que modifique el significado original de la misma. En este caso, si los órganos jurídico-aplicadores interpretan persistentemente dicha ley de manera diferente a su significado original, el contenido de su interpretación, mas no su sentido original, es lo que efectivamente constituye el derecho vigente.

Para ejemplificar lo anterior aludiremos a otro ejemplo del orden jurídico argentino, donde los jueces advirtieron que las normas que reprimen el aborto se aplicaban casi exclusivamente a las mujeres pobres que, habiendo sufrido lesiones a raíz de las maniobras abortivas en condiciones insalubres, debían internarse en un hospital público, cuyos médicos se consideraban obligados, como funcionarios estatales, a denunciar el delito. La Cámara Criminal de la Capital, en un plenario de 1966, decidió que los procesos penales así iniciados son nulos, porque la mujer procesada —mas no los cómplices— se encuentra en condición análoga a quien se compele a declarar contra sí mismo. De este modo, sin perjuicio de mantener la valoración negativa de este tipo de conductas, se condicionó sustancialmente por vía interpretativa la punición del aborto, reajustando lo prescrito por la norma relativa a las circunstancias sociales.⁴³

Por otra parte, como habíamos adelantado, hay quien considera que la *desuetudo*, en un sentido más amplio, puede presentarse por la pura falta de aplicación de cierta disposición por no darse las condiciones que hacen jurídicamente posible su aplicación y no sólo como consecuencia del procedimiento consuetudinario que produjo una costumbre en contrario.

Sobre este particular creemos conveniente distinguir dos hipótesis: a) cuando las condiciones que hacen jurídicamente posible la aplicación de las consecuencias previstas por cierta disposición legislativa se presentaron durante un tiempo específico pero, posteriormente, esas condiciones dejaron de realizarse, y b) cuando jamás han sido realizadas las condiciones que permiten la aplicación de las consecuencias señaladas por determinada disposición legislativa.

Consideremos que ambas hipótesis producen situaciones jurídicas diferentes. En relación a la primera de ellas, cuando la falta de aplicación

⁴³ Citado por NINO, *op. cit.*, *supra* (nota 76, capítulo III), p. 304. Otro ejemplo del establecimiento de una costumbre judicial se presenta en los jurados de los Estados Unidos, los cuales han aplicado por largo tiempo la doctrina de la comparación de la negligencia en casos de responsabilidad civil, donde tanto el actor como el demandado incurrir en culpa, reduciendo el monto de los daños que corresponde al actor en proporción al grado de su propia negligencia en la realización del daño. A través de esta práctica, los jurados han desaplicado las disposiciones estatutarias de varios Estados de la Unión que establecen, por lo general, que el actor que sea culpable en cualquier grado de negligencia no tiene derecho a indemnización alguna, a pesar de que el grado de culpabilidad del demandado sea muy alto (citado por BODENHEIMER, *op. cit.*, *supra*, nota 33, capítulo IV, p. 14).

de las consecuencias previstas por cierta disposición obedece a que han dejado de presentarse las condiciones por ella señaladas, no obstante que durante un tiempo éstas fueron realizadas, es posible distinguir, a su vez, dos situaciones: Cuando la serie de condiciones previstas por una disposición no se presenta por haber ocurrido un cambio en la naturaleza que hace imposible su realización pensemos, por ejemplo, que se extinguieran totalmente los pandas —y todo aquello que pudiera parecéseles— y que, por tal razón, dejaran de aplicarse, obviamente, las disposiciones referentes a la protección jurídica de los pandas, sin poderse aplicar, tampoco, tales disposiciones a otros animales por extensión); o bien, que los hechos condicionantes no se produjeran como resultado de los avances tecnológicos (podríamos mencionar, en este caso, las disposiciones relativas a la navegación comercial a vela, que han dejado de aplicarse en virtud de los progresos tecnológicos en la navegación).

En nuestra opinión, la situación jurídica que se presenta en cada uno de los supuestos anteriores también varía según el caso. Respecto de la falta de aplicación de las consecuencias previstas por una disposición, en virtud de la imposibilidad natural que se realicen las condiciones por ella señaladas, pensamos que, efectivamente, no puede sostenerse que tal disposición continúa siendo válida, en tanto que no cumple función prescriptiva alguna, sino más bien ocurre que la misma pierde su validez porque, precisamente, ha dejado de usarse, esto es, se invalida por *desuso*. Tal situación puede ser descrita como las *palabras* de un texto, o una *hoja de papel*, con pretensiones de “normar” el comportamiento humano, pero que jurídicamente son irrelevantes.

Como se observa, en este último caso la pérdida de validez no obedece al establecimiento de una costumbre en contrario, sino sencillamente porque se dejaron de dar las condiciones a las que se imputaba cierta consecuencia. Sugerimos atribuir el calificativo de “desuso” a la pérdida de validez de cierta disposición por el hecho que dejen de presentarse las condiciones que permiten su aplicación, reservando la noción de “*desuetudo*” cuando la pérdida de validez de una disposición sea producto del procedimiento consuetudinario productor de una costumbre en contrario.

Es necesario advertir que en el caso del desuso, aun cuando no se crea una nueva norma jurídica —puesto que no hay condición a la cual pueda imputarse alguna consecuencia—, en realidad, el sistema jurídico sí sufre alteración en virtud de que una de sus partes (la disposición legislativa que preveía la imputación de determinadas consecuencias a la realización de esas condiciones) ha dejado de pertenecer al respectivo orden jurídico.

En relación a la falta de aplicación de una disposición por haberse dejado de realizar el hecho condicionante como resultado de los avances tecnológicos, consideramos aventurado sostener que la misma perdería su

validez, ya que, no obstante los adelantos científicos, puede ocurrir que alguien se coloque en el supuesto previsto por tal disposición y que se realicen las condiciones a que ella se refiere, dándole completa vigencia. Si fuera el caso que una vez realizadas las condiciones no se imputaran las consecuencias previstas, nos encontraríamos, en realidad, ante una costumbre que se ha creado en sentido contrario a lo prescrito por aquella disposición —operando la *desuetudo* de ésta—, y no sólo ante su simple falta de aplicación por no darse las condiciones que ella señala para su aplicación.

Por otra parte, respecto del caso en que las condiciones señaladas por cierta disposición legislativa jamás han sido realizadas, puede ocurrir que en efecto haya pretendidas “normas” que desde su establecimiento sean de imposible aplicación —en virtud de prever situaciones que sean lógica, empírica o normativamente imposibles de realización—, o bien, que la conducta prescrita tenga un carácter lógico, empírica o normativamente necesario, en cuyo caso tales “normas” se consideran desde su origen como jurídicamente irrelevantes.⁴⁴

Un caso similar se presenta con la falta de observancia de las disposiciones de orden “programático”,⁴⁵ por no haberse establecido las disposiciones que las reglamentan y permiten su aplicación. En efecto, tampoco se trata aquí de que las “disposiciones programáticas” pierdan su validez por *desuetudo* —debido al establecimiento de una costumbre en contrario—, ni de que la pierdan por desuso —al dejarse de presentar los supuestos previstos por la norma—, sino tan sólo que su invalidez es resultado de su ineficacia al no haberse dado aún las condiciones que permiten su aplicación.

Mientras no se instrumenten las disposiciones que hagan posible la aplicación de las “normas programáticas”, tal situación equivale a meras palabras de un texto o a una simple hoja de papel, mas no a la existencia de auténticas normas jurídicas, en tanto que dichas “normas” no desempeñarían función prescriptiva alguna.⁴⁶ Es conveniente advertir que

⁴⁴ *Id.*, NINO, *op. cit.*, *supra* (nota 76, capítulo III), pp. 289-292.

⁴⁵ Aquellas que requieren de una posterior reglamentación para que sea posible su aplicación (*vid.*, BISCARET, *op. cit.*, *supra*, nota 23, capítulo II, pp. 157, 267-269). Sin embargo, se ha planteado la posibilidad de que ciertas normas consideradas como programáticas tengan una aplicación directa sin requerir de reglamentación (*vid.*, BIDART CAMPOS, Germán José, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, vol. VI, 1979, pp. 9-18; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Constitución como norma jurídica”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979, pp. 315-327).

⁴⁶ Como señala Kelsen, “si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas” (KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 6, capítulo II, p. 310). Es claro que si en un futuro se establecieran las disposiciones reglamen-

el mundo normativo, en este último supuesto, no sufre alteración alguna, puesto que, ni antes había norma jurídica, ni hasta el momento puede haberla en tanto sigan sin presentarse las condiciones que permiten la realización del contenido de la norma, por lo que tal situación es irrelevante desde el punto de vista jurídico.

Antes de analizar el funcionamiento del derecho consuetudinario en el ordenamiento mexicano, es necesario señalar que no por admitir la posibilidad de que cierta ley pierda su validez por *desuetudo* se está prejuzgando o sosteniendo alguna preeminencia del derecho consuetudinario sobre el legislado. Sencillamente, se advierte que tanto la costumbre como la ley son resultado de dos procedimientos jurídicos de creación independientes entre sí y con la misma fuerza productora de derecho —si bien hay que reconocer que el mayor prestigio con que ha contado el derecho legislado durante los últimos dos siglos, particularmente en los sistemas jurídicos de tradición romanista, ha provocado que en la actualidad un mayor ámbito de las relaciones humanas se encuentre regulado legislativamente.

En realidad, así como el surgimiento de una costumbre *contra legem* implica la pérdida de validez de la ley relativa por *desuetudo*, puede ocurrir también que determinada costumbre desaparezca ante el establecimiento de una ley posterior —siempre y cuando esta última sea eficaz—. Al respecto, debe observarse que dicha costumbre no pierde su validez por derogación ni por *desuetudo*, sino simplemente porque —ante la observación y aplicación de la ley nueva— deja de generarse el procedimiento consuetudinario creador de tal costumbre, considerándose como si ésta no existiera (presentándose también este último fenómeno en el caso de sustitución de una costumbre por otra posterior).

4. La costumbre en el derecho mexicano

Conforme a lo hasta aquí apuntado, se puede observar que la importancia de la costumbre dentro de un orden jurídico positivo es mayor que la que generalmente le atribuyen diversas disposiciones legislativas.

Dadas las funciones que la costumbre realiza en el orden jurídico, afectando la validez de sus normas, no es posible descartarla *a priori*, no obstante lo que, al respecto, señalen algunas disposiciones legislativas. Si una costumbre, cualquiera que ella sea y en cualquier rama del

tarias relativas, dando plena eficacia a las normas de orden programático, éstas obtendrían su validez y servirían de fundamento a las respectivas disposiciones reglamentarias, con lo cual se modificarían los criterios de identidad del sistema jurídico en cuestión (*vid.*, RAZ, *op. cit.*, *supra*, nota 3, capítulo II, pp. 149-150 y 155-157).

derecho que sea, se ha formado efectivamente, constituye un *datum* cuya existencia es imposible desconocer y cuya eficacia normativa no puede ser puesta en duda.⁴⁷

En términos generales, puede decirse que en el orden jurídico mexicano hay varias muestras del procedimiento consuetudinario de creación de derecho —tanto en su aspecto jurídico positivo que es la creación de una costumbre, como en su efecto jurídico negativo que es la operancia de la *desuetudo*—, en particular, mas ni por mucho exclusivamente, en aquellas áreas ocupadas por poblaciones indígenas relativamente aisladas, donde las normas legislativas establecidas por órganos centralizados son ajenas a la vida de esos grupos, los cuales se rigen más bien por sus costumbres locales.

En este orden de ideas, convendrá acudir a la experiencia jurídica para determinar el auténtico valor que tiene la costumbre en nuestro derecho positivo, analizando, para ello, sus ramas principales.

a) *Derecho civil*. El artículo 10 del Código Civil para el Distrito Federal, como mencionamos, trató de “limitar” la función de la costumbre en nuestro orden jurídico al disponer que “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”. Sin embargo, hemos visto que ningún tipo de disposiciones legislativas puede impedir la operancia de la costumbre en un sistema normativo. Las disposiciones legislativas no pueden cambiar la función de las condiciones necesarias de validez del derecho.

En realidad, si la experiencia jurídica nos demuestra que las costumbres operan aun en situaciones aparentemente reguladas por leyes, provocando la *desuetudo* de éstas, tendremos que reconocer que la *primera disposición legislativa que pierde su validez por desuetudo* es justamente aquella que pretende impedir la formación de la costumbre en casos regulados legislativamente. Así pues, entre nosotros, por ejemplo, ha regido la costumbre que la mujer casada utilice como nombre el apellido del marido. Son numerosos los actos jurídicos que la mujer casada realiza usando el apellido del marido y, no obstante ciertas disposiciones escritas en relación al nombre, sus actos producen las consecuencias de derecho deseadas. Algunos autores sostienen que sobre el punto la ley ha guardado silencio, por lo que no habría *desuetudo* de la ley por la costumbre, sino, sencillamente, una práctica admitida tácitamente por la ley. Pero, en nuestra opinión, es evidente que, de no existir esta costumbre, la mujer utilizaría el apellido paterno, tal como consta en su acta de nacimiento.⁴⁸

⁴⁷ Vid., AFTALIÓN, *et al*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 358.

⁴⁸ Las disposiciones relativas al nombre se encuentran dispersas en el Código Civil para el Distrito Federal, pero podemos señalar, entre otras, los artículos 58 a 69, 134 a 138, 354 y 389.

Por otra parte, aun cuando los artículos 18 a 20 del Código Civil admiten la posibilidad de que se presenten casos no previstos por el legislador, no se faculta a los tribunales —en términos generales— para que resuelvan los mismos conforme al derecho consuetudinario. No obstante, es claro que los jueces frecuentemente colman las “lagunas” legislativas con base en costumbres.

Simultáneamente, encontramos en nuestro Código Civil diversas disposiciones que señalan a la costumbre como la reguladora de ciertas situaciones particulares. De esta manera, tenemos, entre otras, las talas o cortes ordinarios que puede efectuar el usufructuario de un monte (artículos 946 y 997), los honorarios en materia de servicios profesionales (artículo 2067), las condiciones del contrato de aparcería (artículo 2754), etcétera.⁴⁹

Consideramos, de acuerdo con lo apuntado al inicio de este capítulo, que la costumbre a la que se refieren estos últimos casos desempeña una *función derivada*, en cuanto que es resultado de un procedimiento consuetudinario que se encuentra previsto por el orden jurídico positivo para continuar con la creación progresiva del derecho.

b) *Derecho procesal civil*. El Código de Procedimientos Civiles ofrece un interesante aspecto sobre la costumbre al establecer, en su artículo 284, que “sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbre o jurisprudencia”. Pareciera, entonces, que la invocación y prueba de la costumbre fuera una excepción al conocido principio procesal *iura novit curia*.⁵⁰ No obstante, es un hecho que los jueces frecuentemente fundamentan su decisión en una costumbre cuya existencia no ha sido completamente probada por la parte que la invocó, sin que la sentencia respectiva sea impugnada por el agraviado, o bien, revocada por algún tribunal superior. Asimismo, pudiéramos señalar la tendencia procesalista moderna de no requerir que la costumbre sea probada para su aplicación en un caso concreto.⁵¹

⁴⁹ Asimismo, podemos señalar los artículos 999, 1856, 2457, 2496, 2607, 2619, 2661 y 2741 del ordenamiento invocado, que también hacen referencia a la costumbre.

⁵⁰ Algunas críticas severas a las disposiciones legislativas que prescriben la prueba de la costumbre, han sido elaboradas por el distinguido profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “La prueba del derecho consuetudinario”, en el vol. *Estudios de derecho probatorio*, Chile, Universidad de Concepción, 1965, pp. 3-20.

⁵¹ Tal como lo establecen los artículos 258, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora de 2 de agosto de 1949; el 237-III, del Código Civil adjetivo del Estado de Morelos de 30 de abril de 1955; el 258-III del ordenamiento respectivo del Estado de Zacatecas de 12 de enero de 1965. Los anteriores preceptos encontraron inspiración en el artículo 258, fracción III, del Anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1948.

Por otra parte, en materia procesal se presentan diversas costumbres que han modificado las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal —recordemos que cuando afirmamos que cierta costumbre ha modificado alguna disposición legislativa, lo que efectivamente ocurre es que ésta ha perdido su validez por *desuetudo* y sólo rige la costumbre establecida—. Tal es el caso del artículo 60 de nuestro código adjetivo que prescribe la presencia de los jueces o magistrados en las actuaciones judiciales para recibir, por sí mismos, las declaraciones y presidir, bajo su responsabilidad, todos los actos de prueba (esta disposición se reitera en los artículos 385 a 400 del mismo ordenamiento que versan sobre la audiencia de desahogo de pruebas); evidentemente, respecto de esa disposición, ha operado la *desuetudo* en virtud de haberse establecido una costumbre procesal que prescribe la presencia de los jueces o magistrados *únicamente* cuando así lo requiera alguna de las partes.

Del mismo modo, aun cuando el mencionado ordenamiento no señala requisito alguno para la formulación de la reconvencción, razón por la cual ésta podría hacerse en cualquier forma, se ha establecido la costumbre procesal de que para la formulación de la reconvencción se relacionen los hechos que la motivan una vez más, independientemente que se hayan reseñado al controvertir los hechos de la demanda, puesto que en caso contrario los jueces no le darían entrada a la reconvencción.

c) *Derecho mercantil*. Situación muy parecida a la que guarda la costumbre en el derecho civil se presenta en el orden mercantil: véase el artículo 2, fracción III, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que pretende proporcionar a la costumbre un carácter exclusivamente supletorio para aquellos casos no regulados por la ley. Sin embargo, la importancia de la costumbre es particularmente notable en esta rama del derecho, nacida ella misma por vía consuetudinaria, por lo que al igual que en otras áreas del derecho puede llegar a formarse una costumbre mercantil aun contra lo dispuesto por alguna disposición legislativa, o bien, concretarse a regular los casos no previstos por la ley a la vez que aquellos en que ésta remite expresamente a lo prescrito por los usos o costumbres mercantiles.

d) *Derecho del trabajo*. El artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, igualmente, confiere a la costumbre un carácter meramente supletorio. No obstante, si bien existe el principio ampliamente difundido de que una costumbre no puede dejar sin efecto las disposiciones legales favorables al trabajador —admitiéndose, claro está, el que cierta costumbre de empresa, por ejemplo, mejore los derechos legales mínimos del trabajador—,⁵² debe reconocerse la posibilidad, como ocurre en cualquier

⁵² Tal es el caso del *aguinaldo* —o *gratificación anual*— que tuvo un origen

otra rama del derecho, de que opere la *desuetudo* con respecto a alguna disposición legislativa en virtud de un procedimiento consuetudinario que establezca una costumbre en contrario.

Un caso en el que consideramos ha operado la *desuetudo* es el relativo a la obligación del patrón de “dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión” (último párrafo del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo). En efecto, si bien la omisión de tal aviso determina la nulidad del despido por falta de forma, en cuyo caso, como señala el distinguido jurista mexicano Mario de la Cueva, el patrón *no podrá alegar en su defensa ninguna causa justificada de rescisión*,⁵³ en realidad, conforme al criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁵⁴ las excepciones y defensas del patrón para justificar el despido pueden ser hechas valer en la propia audiencia de demanda y excepciones, persistiendo también —a pesar de lo dispuesto por dicho precepto legislativo— la práctica patronal de separar a los trabajadores y después, por conveniencias procesales (lo que la doctrina denomina “inversión de la carga de la prueba”), negar el despido y ofrecer la reinstalación.

Igualmente, hay casos en que las normas legislativas laborales tienen un carácter meramente programático y no adquieren validez debido a su ineficacia, al no darse las condiciones que permiten su aplicación (piénsese aquí en la obligación patronal de dar habitación y capacitación a sus trabajadores).

e) *Derecho penal*. Primeramente, consideramos conveniente señalar que el derecho penal, en cuanto derecho, le son aplicables las conclusiones generales obtenidas sobre la importancia normativa de la costumbre, por lo que no es posible excluir, *a priori*, a la costumbre en materia penal (si bien la poderosa vigencia del conocido principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, constituye un obstáculo imponente para la formación de cualquier costumbre incriminatoria).

No existe, en cambio, impedimento alguno para la formación de una costumbre desincriminatoria. Tal es el caso de los juegos de azar, legalmente prohibidos por los artículos 257 y 258 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para la República en materia de fuero federal, pero consuetudinariamente permitidos (*v. gr.*,

consuetudinario en varias empresas y, posteriormente, se generalizó y fue incorporado como prestación laboral obligatoria en el artículo 87 de la Ley Federal del Trabajo de 1970 (*vid.*, DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 6a. ed., México, tomo 1, Editorial Porrúa, S. A., 1980, pp. 306-307).

⁵³ *Ibidem*, p. 253.

⁵⁴ GARCÍA QUINTANILLA, Jorge Alberto, Amparo directo 1747/73, Cuarta Sala, 3 de septiembre de 1973, en *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente*, 1973, pp. 32-33.

en las ferias como las de Aguascalientes y Texcoco, así como en centros turísticos de importancia, como Acapulco). Igualmente, la costumbre ha otorgado carácter de licitud a determinadas situaciones, aun cuando no se encuentren previstas por el Código Penal como excluyentes de responsabilidad, tales como las lesiones causadas en deportes o en tratamientos médico-quirúrgicos.

De lo que antecede se puede observar que la costumbre opera en nuestro orden jurídico sin limitación alguna. Ahora bien, tomando en cuenta que uno de los propósitos principales del presente trabajo consiste en estudiar el funcionamiento de la costumbre, especialmente en relación con la constitución del sistema, hemos decidido dedicar el próximo capítulo para el análisis del derecho constitucional consuetudinario.