

## BREVE GEOGRAFÍA DE LA *CONSUETUDO*

Enrique CRUZ MARTÍNEZ\*

Mario CRUZ MARTÍNEZ\*\*

Las costumbres de un pueblo esclavo son parte de su esclavitud; las de un pueblo libre son parte de su libertad.

MONTESQUIEU

La originalidad consiste en ver algo que aún no puede nombrarse a pesar de estar ya a la vista de todos. Según este generalmente constituido a la gente el nombre es lo primero que hace visible una cosa. Las personas originales han sido también en su mayoría las que imponen nombres.

NIETZCHE

SUMARIO: I. *Prolegómenos*. II. *La costumbre en la ciencia jurídica tradicional y la nueva consuetudo*. III. *El iter de la consuetudo*. IV. *La geografía de la consuetudo*. V. *La costumbre como categoría*. VI. *Reflexiones finales*.

### I. PROLEGÓMENOS

Según Montesquieu, en el pueblo samnita existía la siguiente costumbre excelente: se reunía a todos los jóvenes y se les juzgaba; el que era declarado como el mejor de todos, tomaba por mujer a la joven que quería;

\* Licenciado en derecho por la UNAM. Becario del gobierno francés en el *Master Administration Fiscal* en la Universidad de París.

\*\* Doctorando en derecho por la *Università degli Studi di Roma II*. Becario Conacyt.

después elegía el siguiente, y así sucesivamente. Lo admirable era que sólo se tenían en cuenta las buenas cualidades y los servicios a la patria de los jóvenes. Dicha costumbre hacía admirable a los samnitas y era un modelo en la antigüedad. La justicia poética, salvando las diferencias de género de nuestra época, que evoca el pasaje anterior nos demuestra la presencia innata de la costumbre en toda organización social o comunidad política. Esto es, la reflexión de la *consuetudo* nos lleva a meditar sobre la presencia de la costumbre en las sociedades humanas y la importancia que tiene en la pirámide normativa de todo orden social. Evidentemente las costumbres son infinitas como el hombre mismo y han variado en el tiempo y espacio. Pero a pesar de la importancia de la costumbre en la estructura del sistema normativo, la ciencia jurídica la ha relegado a una posición tangencial en el discurso jurídico, tan es así que reiteradamente ha sido descartada o ignorada por los estudiosos del derecho, salvo honrosas excepciones, y solamente, se le ha considerado como una forma supletoria y accesoria de la ley.<sup>1</sup> Bobbio explica que solamente en dos momentos de la historia del pensamiento jurídico la costumbre ha tenido *il suo quarto d'ora di celebrità*: con la Escuela Histórica, a principios del siglo XIX, y por la Escuela del Derecho Libre, a principios del siglo XX. Ambas escuelas se caracterizaron por ofrecer una fuerte y denodada resistencia a *l'onnipotenza del diritto legislativo*.<sup>2</sup> Efectivamente, en líneas generales la ciencia jurídica ha destacado con especial importancia el llamado derecho codificado y ha colocado como punto de partida de todo el sistema a la ley. Es famosa la afirmación de Bentham que identifica el funcionamiento del sistema jurídico con el funcionamiento de un reloj. En esta metáfora encontramos que un cuerpo legislativo implica un mecanismo que podrá tener un funcionamiento normal y en caso de desperfecto o falla, simplemente tendrá que cambiarse por otro.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Es famosa la expresión de Bentham, que consideraba al derecho consuetudinario como un derecho no-armónico, confuso y laberíntico. Véase, Bentham, Jeremy, *Of laws in General* (1782) CW, Londres, 1970, p. 232.

<sup>2</sup> *Enciclopedia del diritto*, t. IX, Giuffrè Editore, 1961, p. 426.

<sup>3</sup> "In a body of laws as in very other complex of piece of mechanism a great part of its perfection depends upon the facility with wich the several parts of it may be altered and repaired, taken to pieces, and put together. A body of laws is a vast and complicated piece of mechanism, of wich no part can be fully explained without the rest. To understand the functions of a balance-whell you must take to pieces the whole watch: to understand the nature of a law you must take to pieces the whole code", Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 1, p. 236.

No obstante la fuerza que cobró el fenómeno de la codificación jurídica, y que incluso se articulaba el enunciado en que el sistema jurídico concebía al derecho como plena manifestación de la ley, la realidad, cambiante y hasta caprichosa, demostró que la codificación no podía aspirar a regular de una manera integral el mundo jurídico. Bajo esta idea Portalis expresó respecto al fenómeno de la codificación y el papel de la ley, “*l’office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit*”. De tal suerte que en los últimos años se ha discutido, debido a los diferentes fenómenos jurídicos que han sido el resultado de diversos procesos políticos, económicos y sociales, la fragmentación o dispersión de ciertas disciplinas jurídicas del sistema jurídico y de esta manera han surgido disciplinas jurídicas autónomas,<sup>4</sup> lo que en palabras de Irti consolida el *processo di consolidazione e la nascita dei micro-sistemi*.<sup>5</sup>

Este fenómeno de “descodificación” ha logrado que la costumbre sea considerada de manera más acentuada en diversos órdenes. Recordemos la frase, dicha con hilaridad, de Voltaire, que refiriéndose a Francia, decía “*on change plus fréquemment de coutume que de chevaux*”. Paradójicamente, una de las razones fundamentales de la codificación fue precisamente evitar el gran número de costumbres y propiciar una unidad en el sistema jurídico.<sup>6</sup> Después de los numerosos procesos de codificación y el

<sup>4</sup> Véase por ejemplo, lo que sostiene sobre el particular del fenómeno de la codificación, Rivera, Julio César, “La reforma de la codificación civil en América Latina”, *Revista de Derecho Comparado*, núm. 1, Buenos Aires, 1999, p. 169. “Es vastamente conocido el proceso de ‘descodificación’ que han sufrido el derecho civil y el derecho comercial, fenómeno que se manifiesta con el dictado de las leyes especiales que al regular alguna materia tratada por el Código respectivo la excluyen de él. De este modo las leyes especiales van constituyendo microsistemas de normas con lógicas autónomas y principios orgánicos que acaban por sustituir los principios del Código Civil (o del Código de Comercio) constituyendo entonces esas leyes especiales o microsistemas legislativos el derecho general de una institución o de una materia completa. Por otra parte, se apunta que el Código Civil ha perdido su función constitucional, pues las libertades civiles, el derecho de propiedad, la iniciativa privada económica, reciben hoy la tutela de la Constitución, es decir, de normas jerárquicamente superiores”.

<sup>5</sup> Irti, Natalino, *L’età della decodificazione*, Varese, Giuffrè Editore, 1979, pp. 22 y ss.

<sup>6</sup> Según nos explica Beraudo, Jean-Paul, “*La modernisation et l’harmonisation du droit: une perspective européenne*”, *Revue du droit uniforme*, vol. VIII, 2003-1/2, Roma, Unidroit, 2003, p. 135, antes de los procesos de codificación, “au nord, les pays de coutume n’appliquaient pas les mêmes règles. La coutume de Normandie était différente de la coutume de Bretagne qui elle-même différait de la coutume d’Orléans. Au sud, les pays de droit écrit appliquaient le droit canonique au statut personnel et avaient en commun le droit romain pour les relations patrimoniales”.

enhiestamiento de la ley como fuente por antonomasia del sistema jurídico, comenzaron a suscitarse diversos problemas atinentes a ésta. Así, por ejemplo, Vittorio Italia destaca como los defectos más marcados de las leyes los siguientes: a) amplio número de leyes; b) topologías y denominaciones no previstas en el sistema normativo; c) superposición y abrogación defectuosa de las leyes; d) inserción, en las leyes, de disposiciones y normas que tienen como objeto otra materia; e) falta de claridad en las leyes, f) imprecisa indicación en las leyes de los principios generales del derecho.<sup>7</sup>

El estudio de la costumbre representa una tarea ardua porque el concepto de costumbre puede aspirar a la unidad, pero se multiplica de manera exorbitante en la realidad humana. Por este motivo, la costumbre como objeto de estudio ha sido tratada desde diversas perspectivas.<sup>8</sup> En el siguiente ensayo pretendemos realizar una reflexión general sobre ella, para después esbozar una perspectiva doctrinaria que ha sido discernida con profundidad, pero no obstante lo anterior es visto como una reliquia digna de apreciación y de un gran valor teórico, pero no de aplicación. No debemos dejar de mencionar que la bibliografía sobre la costumbre es inmensa y que escaparía a los fines de este ensayo, el agotamiento de todas las teorías más representativas, más bien pretendemos reflexionar y discernir algunas de ellas por la importancia que tiene en el discurso jurídico contemporáneo. Fundamentalmente porque las reflexiones sobre la costumbre se han convertido en enunciados incontrovertibles o lugares comunes, como el que la *consuetudo* sea sólo un complejo de enunciados normativos relacionados con civilizaciones primitivas o sociedades en desarrollo; o que sólo debe desempeñar un papel secundario en el sistema jurídico. En esta

<sup>7</sup> Italia, Vittorio, *La fabbrica delle leggi (leggi speciali e leggi di principio)*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, pp. 9 y ss.

<sup>8</sup> Para tener una perspectiva de la bibliografía sobre la costumbre nos limitaremos a enunciar algunas de las más importantes: Gallo, Filippo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto, Edizione completata con la parte relativa allá fase della codificazione*, Turín, Giappichelli Editore, 1993; Puchta, G. F., *das Gewohnheitsrecht*, vol. I, Erlangen, 1828; Stein-Wenter, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*, en *Studi in onore di Bonfante*, II, Milán, 1930; Brie, *Die lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung Gewohnheitsrecht*, Breslau, 1899. Bobbio, Norberto, *La consuetudine come fatto normativo*, Padua, 1942; Bove, Lucio, *La consuetudine in diritto romano*, t. I, Dalla Republica all'età dei severi, Nápoles, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1971, y Guarino, Antonio, *La consuetudine e la legge allá luce dell'esperienza romana*, Nápoles, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1956.

perspectiva podemos citar lo que expone Esposito, cuando señala que las disposiciones singulares de la Constitución italiana y de las leyes constitucionales que la integran (y que disciplinan leyes, actos con fuerza de ley y otros actos normativos) no consideran como fuente a la costumbre. Se podría sostener, por lo tanto —sigue nuestro autor— formalísticamente que en la actualidad han sido abrogadas las viejas disposiciones que colocaban a la costumbre en general entre tales fuentes.<sup>9</sup>

En el debate intelectual se afirma que las ideas son proteicas y dúctiles de acuerdo con los tiempos y circunstancias, sin embargo, hay veces que muchas de ellas adquieren una fuerte consistencia y adquieren carta de naturalización en el estudio y debate jurídicos. Nuestra investigación pretende ubicar a la costumbre en un contexto amplio para concebir a la historia jurídica como una fuerza viviente. A veces sucede lo que señalaba Elliot, “el mundo aparece como una propiedad exclusiva de los vivos, una propiedad en donde los muertos no poseen acciones”.<sup>10</sup>

Por otra parte, nos parece necesario poner en consideración algunas ideas importantes sobre la costumbre que encontramos en las bases de la tradición jurídica de *civil law*. Efectivamente, mirando los pilares de nuestra tradición jurídica, el derecho romano y el derecho medieval, encontramos que una gran parte de la reflexión jurídica se circunscribe de manera pronunciada a partir del siglo XIX y todo el fenómeno de la codificación. Por este motivo, subrayaremos algunos aspectos de la costumbre en aquellos sistemas y de esta manera lo confrontaremos en la última parte del ensayo con dos ordenamientos perfectamente identificables. Es decir, analizaremos brevemente dos ordenamientos diversos, por su naturaleza donde encontramos de manera sobresaliente a la costumbre como fuente normativa: el derecho civil y el derecho indígena.

Sin embargo, de ninguna manera pretendemos hacer un ensayo que sea considerado romanista o histórico, o filosófico; más bien, pretenderemos auxiliarnos de diversas posturas para encontrar en todos ellos ideas y enun-

<sup>9</sup> Esposito, Carlo, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, Varese, Giuffrè Editore, t. IX, 1961, p. 456. En este mismo sentido encontramos que “la fuente costumbre no se encuentra prevista y disciplinada por la Constitución. Ésta constituye fuente del derecho en virtud del artículo 1, disposiciones preliminares del Código Civil: por lo tanto, sólo en virtud de una disposición de rango legislativo. Por ello, la costumbre es fuente estructuralmente subordinada a la ley, y puede operar sólo en los límites que la ley consienta”, Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè Editore, 1993, p. 261.

<sup>10</sup> Elliot, T. S., *What is classic?*, Londres, 1945, Nueva York, 1974, p. 30.

ciados importantes para nuestra investigación. No pretendemos elaborar una *esegesi romana*, o una reconstrucción histórica, ni nada que se le parezca. Más bien de la tradición romanista buscaremos destacar la forma en que se articulaba el derecho consuetudinario. Para decirlo en palabras de Domat, consideramos a la visión romanística como “*le depot des regles naturelles de l’équité*”, y en este sentido haremos una breve revisión sobre la perspectiva romanista, y la visión medieval de la costumbre, son toda la cantidad de matices que cada una de ellas conlleva, podremos subrayar la importancia que puede tener la costumbre en un sistema jurídico.<sup>11</sup> Y no es que nuestro ensayo pretenda solamente realizar un atrevido juego teórico, más bien creemos que existen diversos ordenamientos jurídicos que se construyen sobre fundamentos jurídicos y políticos de arraigada raigambre consuetudinaria. Es así, regresando al punto de partida, que encontramos un filón muy interesante en las ideas romanistas sobre la costumbre, como manifestación de la voluntad popular.

Dicha idea sería actualizada por la Escuela Histórica y fundamentalmente analizada por Puchta, en donde tendríamos que la costumbre es la clara manifestación de la realidad espiritual viviente en el pasado y presente de todo pueblo, una clara materialización del *Volksgeist*, según la expresión de Savigny. Es así, que tendríamos una posición jurídica y política que podría ser retomada no tan sólo por juristas sino por filósofos o versados en ciencia política para el estudio de ciertas teorías de derecho político y sus diferentes vertientes. Consideramos que esta visión aprehende de una manera más integral el fenómeno de la costumbre.

Evidentemente las siguientes páginas buscan reflexionar el aspecto jurídico, pero somos conscientes que la costumbre es un aspecto que refleja como espejo singular todas las creencias, valores y filosofía de una época. Ortega y Gasset pensaba que la subsistencia de la historia, su meollo, no son las ideas sino lo que está debajo de ellas: las creencias. De igual manera, podríamos decir que la costumbre refleja de manera más nítida toda la estructura espiritual de un pueblo, que en muchos casos, la misma ley escrita.

<sup>11</sup> Precisamente, en el derecho romano encontramos infinidad de ejemplos donde la costumbre se establece como elemento determinante del sistema.

## II. LA COSTUMBRE EN LA CIENCIA JURÍDICA TRADICIONAL Y LA NUEVA *CONSUETUDO*

En el discurso jurídico contemporáneo la costumbre se ha desempeñado como acompañante incómoda de la ley. Ella vive siempre y cuando no se oponga al orden jurídico vigente. Los sistemas jurídicos modernos, especialmente los que tienen como base el *civil law*, tienen una mayor jerarquía en tanto presenten ordenamientos jurídicos escritos que no dejen ningún tipo de resquicio a la duda o la dispersión legislativa. Así, por ejemplo, en el derecho civil y el derecho constitucional.<sup>12</sup> Sin embargo, en los últimos años se ha observado la importancia que tiene la *consuetudo* en la ciencia jurídica contemporánea, al encontrarnos con ordenamientos jurídicos que encuentran su fundamento en la costumbre. Tan sólo pongamos como ejemplo la importancia de la costumbre en el ámbito del derecho comercial, el derecho internacional<sup>13</sup> o el derecho indígena.<sup>14</sup> En los casos precedentes, la costumbre se ha constituido como la piedra de toque y ha representado el elemento esencial para la interpretación y solución de los conflictos que se plantean en estas disciplinas. Lo anterior lo anotamos como casos en

<sup>12</sup> Así por ejemplo la doctrina jurídica francesa considera que la costumbre constitucional es “*l’ensemble des usages ayant pour origine la pratique constitutionnelle et à caractère obligatoire*”, Chagnollaud, Dominique, *Droit constitutionnel contemporain (Théorie générale. Les grands régimes étrangers)*, 2a. ed., París, Armand Colin, 2001, t. I, p. 42.

<sup>13</sup> En este sentido se expresa Bobbio, “lo studio del diritto consuetudinario oggi è affidato quasi esclusivamente all’altra doctrina del diritto internazionale, dove, da ultimo, il concetto di diritto spontaneo ha fornito il principale argomento contro la concezione tradizionale del diritto positivo”, *op. cit.*, nota 8, p. 426.

<sup>14</sup> El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales 1989 de la Organización Internacional del Trabajo establece en la primera parte del artículo 8: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Sobre la importancia que tiene la costumbre en el derecho indígena González Galván afirma que “para los pueblos indígenas la *costumbre es ley*: su obligatoriedad no depende de una legitimación escrita. Entre la mayoría de los pueblos indígenas, las palabras castellanas que identifican sus creencias jurídicas, éticas y políticas se expresan en el binomio: *la costumbre*. En este sentido podría hablarse de un *derecho costumbrista* o un *derecho ancestral*, es decir, de un orden basado en reglas cuya obligatoriedad-legalidad está legitimada-justificada en la repetición de conductas cuyo origen se remonta a los inicios de su mundo, al mundo de los ancestros, los ante(s) pasados, próximos y lejanos”, González Galván, Jorge Alberto, “Una filosofía del derecho indígena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, mayo-agosto de 1997, UNAM, p. 532.

donde la problemática de la costumbre salta a la vista y en donde el sistema jurídico escrito, en sentido estricto, no cuenta con los elementos necesarios para dar una respuesta.

### III. EL *ITER* DE LA *CONSUETUDO*

Desde los más remotos tiempos la costumbre aparece como madre indiscutible de la ley. Como señala Schulz “en la etapa juvenil de los pueblos o en una vida jurídica primitiva el derecho creado por el Estado tiene poca importancia”.<sup>15</sup> Asimismo, en los ordenamientos jurídicos antiguos, la religión está íntimamente vinculada al derecho. Es así, que en el origen las sociedades se regían por los mandamientos de la costumbre. Según nos informa Orestano,<sup>16</sup> el derecho primitivo se fue formando a través de cristalizaciones consuetudinarias, en presencia de manifestaciones constantes de la divinidad, que permitía, prohibía o imponía el cumplimiento de actos determinados. La norma consuetudinaria, prosigue el autor citado, así originada y progresivamente precisada por la actividad de los jueces venía precisamente a ser una norma que, si bien no creada directamente por la divinidad, podía considerarse de origen divino, inspirándose por repetidas manifestaciones constantes de la voluntad divina y siendo considerada por la consciencia popular, como conforme a la voluntad de los dioses. Aristóteles señaló la importancia de los hábitos en la vida del hombre y la inexorable necesidad de aquellos en su vida. Es así, que se puede advertir que el hombre, animal de hábitos, tiene como punto de referencia en su actividad de interacción social a la costumbre. El adjetivo “jurídico”, que acompaña a la denominada costumbre se incrusta por el sistema, a veces de manera superflua ya que la costumbre nace de los actos de los hombres y ellos, nadie más, son los que dan la vida y también la muerte de una norma consuetudinaria.

<sup>15</sup> De acuerdo con la perspectiva del autor “la concezione romana è fundamentalmente avversa allá codificazione, ed anche in confronto allá legislazione particolare observa un severo ritegno”, Schulz, Fritz, *I principi del diritto romano*, Florencia, Ristampa della edizione de 1946, 1995, p. 6.

<sup>16</sup> Orestano, Riccardo, es necesario destacar que en los ordenamientos jurídicos antiguos, la religión está íntimamente vinculada al derecho. “Elemento divino ed elemento umano (nel diritto di Roma)”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, año XXI, 1941, pp. 17 y 18.

### 1. *La costumbre y la perspectiva romanista*

No podemos sustraernos a nuestro tiempo y a la perspectiva de nuestra época. En el siglo pasado fue lugar común escuchar diversas teorías sobre el fenómeno jurídico; desde la noción pura del derecho hasta el análisis económico del derecho, encontramos una infinidad de teorías, razonamientos, propuestas que han buscado explicar el complejo fenómeno jurídico. Sin embargo, es innegable la posición de señorío del Estado, como elemento preponderante de la construcción del sistema jurídico. Por ello intentamos explicar en este ensayo la importancia actual que tiene el estudio de la costumbre. No sabemos si hemos logrado despertar el interés por su estudio, pero es innegable que la tradición jurídica de *civil law* descansa sobre grandes pilares de la civilización occidental.

Consideramos importante, especialmente a los juristas de tradición jurídicas romano-germánica, concebir al derecho romano, siguiendo a Betti, como parte de nuestra educación jurídica, de nuestra mentalidad y de nuestros hábitos.

En esta perspectiva, es necesario subrayar el papel de la *consuetudine* en el sistema romanista. Sin embargo, consideramos necesario hacer una breve digresión sobre el sistema romanístico. Por qué elegimos al sistema romanista y no a otro. Existen diversas razones. Veamos con cuidado. Una de las características de esta tradición es el pluralismo jurídico que impone su impronta a toda la evolución de la ciencia jurídica romana. De acuerdo con Grosso<sup>17</sup> encontramos dos aspectos de esta pluralidad jurídica: por una parte, una pluralidad de organismos sociales que definen a las instituciones jurídicas (por ejemplo, la antigua *gens*; la posición de la *familia* en la estructura de la sociedad romana, etcétera). Por la otra, encontramos una pluralidad de sistemas que convergen en un principio ordenador o que tienen una fuente diversa, y cuya coexistencia no limita una de la otra (por ejemplo, el binomio *ius civile-ius praetorium*). Es así, que encontramos en el sistema romanístico una pluralidad de principios organizativos —y concomitantemente de organizaciones— de la misma sociedad, que, sin embargo, encuentra un punto de encuentro y coordinación que postula la unidad. Esta misma unidad postula el punto de partida en la distinta posi-

<sup>17</sup> Grosso, Giuseppe, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Turín, Giappichelli Editore, 1967, p. 30.

ción de los diversos ordenamientos. De esta manera, encontramos una visión más elástica y más amplia de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos que lleva a una tensión dirigida hacia la unidad del sistema.<sup>18</sup>

Por otra parte, es innegable la importancia que los juristas romanos otorgaban a la polifacética realidad humana y que se expresaba de diferentes maneras en la ciencia jurídica o para decirlo con Biondi,<sup>19</sup> la bondad de los ordenamientos jurídicos romanos radica en que no son objeto de contemplación estética, sino una fuerza viva que se adecua a la multiforme y cambiante realidad social.<sup>20</sup> Por ello consideramos que la experiencia romana implica una reflexión sobre toda una tradición histórica y jurídica. Dejemos la palabra a Grosso:

la historia de la organización romana importa naturalmente una multiplicidad y rica variedad de ordenamientos y sus relaciones. La organización de la plebe y sus relaciones con la *civitas*, hasta la *exaequatio* de los *plebiscita* a las *leges*; las antiguas formas federativas y sus relaciones; la organización municipal; la organización de las provincias y el ordenamiento del imperio; la posición de las ciudades sujetas en sus diferentes facetas, entre otras.<sup>21</sup>

Es necesario señalar que la costumbre fue tratada con especial interés por los retóricos antiguos. En este sentido destaca la postura de Cicerón al afirmar que la costumbre es aquello que el largo transcurrir del tiempo consolida, con el consenso de todos y sin recurrir a la ley.<sup>22</sup>

De acuerdo con Betti, la costumbre forma parte de las fuentes del sistema romano.<sup>23</sup> La hegemonía más sobresaliente de la costumbre respecto a

<sup>18</sup> Grosso, Giuseppe, *op. cit.*, nota 17, p. 179.

<sup>19</sup> Biondi, Biondo, *Prospettive romanistiche*, Milán, Società Editrice "Vita e pensiero", 1933, p. 3.

<sup>20</sup> Para un análisis de la *concretezza* de la jurisprudencia romana, Gallo, Filippo, "*La concretezza della giurisprudenza romana*", en *Index (Quaderni camerti di studi romanistici)*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1979, pp. 1 y ss.

<sup>21</sup> Grosso, *Problemi generali*, *cit.*, nota 17, p. 85.

<sup>22</sup> Para Cicerón el derecho consuetudinario es "quello che il lungo trascorrere del tempo consolida, con il consenso di tutti e senza il ricorso alla legge. Nella consuetudine, vi sono norme certe per se stesse, in forza della loro durata; molte altre vi rientrano, e la massima parte di quelle che i pretori furono soliti emanare nell'esercizio della loro carica" (*De inventione*, 2,22,67).

<sup>23</sup> Betti, Emilio, *Diritto romano (parte generale)*, Padua, CEDAM, 1935, t. I, pp. 35 y ss. Según su estratificación histórica, las fuentes del *ius* son: a) la costumbre; b) La

otro tipo de fuente de producción jurídica, la encontramos en la etapa previa a la codificación decenviral, de la mitad del siglo V antes de nuestra era. En aquel ordenamiento la costumbre (*mores*) constituía el armazón jurídico del sistema.<sup>24</sup>

De acuerdo con la teoría clásica de las fuentes del derecho romano, la *consuetudo* ocupaba un lugar destacable junto a la ley. En la actividad de los juristas romanos, en la mitad del II siglo d. C. encontramos el famoso fragmento de Juliano,<sup>25</sup> el jurista más prominente de la época adrianea (D.1.3.32)<sup>26</sup> que establece la importancia de la costumbre frente a la ley.

En Paulo<sup>27</sup> también encontramos una referencia explícita, que sigue la línea de Juliano, en donde se establece que el fundamento constitucional de la recepción *moribus* se encuentra en la *probatio* (o *consensus*) del *populus*.

En este escueto panorama planteado podemos advertir la posición de la costumbre en el sistema romanista: tiene la misma jerarquía que la *lex*. Sin embargo, con el conocido *Rescripto Adrianeo* en el aspecto del *ius respondendi*, la *interpretatio* de los juristas investidos con el mismo, viene

ley y el plebiscito; c) la elaboración interpretativa de la jurisprudencia; d) el senadoconsulto, y e) la Constitución del emperador.

<sup>24</sup> Siguiendo las ideas de Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, Giuffrè editore, 1990, p. 25. En el periodo decenviral la cuestión de las *mores* eran confiadas a los pontífices.

<sup>25</sup> Para conocer el método utilizado en la obra de Juliano, véase “Il principe e Giuliano”, en *Le ragioni del giurista*, Nápoles, Jovene Editore, 1983.

<sup>26</sup> Para las citas o alusiones de textos romanos, acudimos a la versión española de García del Corral, Ildefonso, *Cuerpo del derecho civil romano (A doble texto, traducido al castellano del latino)*, varios tomos, Barcelona 1895. D. I,III,32. Juliano; *Digesto, libro XCIV*. En aquellos casos que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido: y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciere esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma.

1. No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido, que las leyes se deroguen no sólo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso.

<sup>27</sup> D. I,3,36. Paulo; Comentarios a Sabino, libro VII. Antes bien se reputa de tan grande autoridad este derecho, porque fue aprobado en tanto grado, que no fue necesario comprenderlo en el escrito.

considerada por sí misma, fuente creadora del derecho.<sup>28</sup> De esta manera, los juristas sucesivos destacaron la función de la recepción *moribus*, pero exclusivamente como un fenómeno histórico. Por ejemplo, en Pomponio (D.1,2,2,6) la costumbre indica un uso o práctica que se explica en el campo jurídico, pero sin ser vinculante. En esta etapa del sistema romanista encontramos claramente la subordinación de la *consuetudo* a la ley.

Sin embargo, el advenimiento del Imperio provocó una centralización exorbitante del poder normativo en manos del emperador. Por esta razón, la costumbre pierde jerarquía y da paso a la fuerza preponderante de la *lex*. Es así, que encontramos la célebre Constitución de Constantino<sup>29</sup> que establece la subordinación de la costumbre ante la ley.

En el mismo sentido de la Constitución de Constantino, se halla la postura de Ulpiano<sup>30</sup> que confirma a la costumbre como una fuente subsidiaria respecto a la ley (la conocida *consuetudo praeter legem*).

Una de las características del siglo III de nuestra era, en lo que respecta a la tradición romana, es el florecimiento extraordinario de costumbres locales y derechos provinciales en la parte oriental del Imperio, que amenazaron seriamente a la ley escrita. Es por ello, que la doctrina<sup>31</sup> destaca la importancia de la Constitución del emperador Constantino en la pugna milenaria entre ley y costumbre. Por otra parte, es importante destacar el papel determinante de la *Constitutio Antoniana*<sup>32</sup> de 212 d. C., pues marcó un rumbo decisivo en la configuración de la noción de costumbre como fuente subsidiaria. Después de la promulgación de la *Constitutio Antoniana* los derechos locales fueron preservados, según la posición oficial, sola-

<sup>28</sup> Sobre el problema del Rescripto Adrianeo y su influencia en la costumbre, véase Gallo, Filippo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto (Edizione completa con la parte relativa all' fase della codificazione)*, Turín, Giappichelli Editore, 1993, pp. 177 y ss.

<sup>29</sup> C. 8,52 (53), 2: El emperador Constantino, Augusto, a Próculo. No es despreciable la autoridad de la costumbre y del uso de largo tiempo, pero no ha de ser válida hasta el punto de que prevalezca o sobre la razón o sobre la ley.

<sup>30</sup> D. 1,3,33. Ulpiano; Del cargo de Procónsul, libro I. La costumbre inveterada suele observarse como derecho y ley, en aquellos casos que no provienen de derecho escrito.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, Calasso, Francesco, *Medioevo del diritto*, p. 53; Grosso, Giuseppe, *Lezioni di storia del diritto romano*, Turín, Giappichelli Editore, 1965, pp. 437 y ss.

<sup>32</sup> Según Gallo, Filippo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria...*, p. 193, "sobre el plano jurídico tuvo como fin primario la unificación del derecho del Imperio. En este sentido, la concesión de la ciudadanía se identificaba precisamente con la extensión del derecho romano a todo el Imperio".

mente en los límites en que servían para integrar localmente el derecho romano.

En el siglo IV destaca la elaboración teórica de la costumbre por parte de Hermogeniano.<sup>33</sup> Entre los elementos más significativos del fragmento citado, destacan por su importancia los siguientes: la calificación de *iura* atribuida al complejo de las normas consuetudinarias y la referencia al tácito convenio de los ciudadanos (*tacita civium conventio*) para justificar la fuerza vinculante, no inferior, a aquella de los *iura scripta*. De acuerdo con Gallo, la elaboración de Hermogeniano en materia de *consuetudine* constituyó un esfuerzo por oponerse a la corriente generalizada, en aquel tiempo, al intento de Diocleciano de generalizar la aplicación del derecho romano en lugar de los preexistentes derechos locales.<sup>34</sup>

Podemos concluir, siguiendo a Guarino,<sup>35</sup> que la experiencia romana enseña que existen dos especies de costumbre que no debemos confundir: existe una costumbre primaria, constitucional, de igual valor, incluso mayor, que la propia ley, puesto que es una manifestación y expresión genuina de las aspiraciones y de las exigencias de la nación (*mores maiorum*); existe otra costumbre, de carácter secundario, que surge como una resistencia a la aplicación general del derecho y que en la época romana se materializaron como diversas costumbres de la época imperial.

## 2. La costumbre en la perspectiva medieval

Con el estudio de la costumbre podremos dar una nueva visión al estudio de la ciencia jurídica. Sin embargo, consideramos necesario hacer una breve digresión sobre el medioevo. Todo indica que la doctrina jurídica occidental ha descansado fundamentalmente en las teorías que sentaron los juristas del medioevo.<sup>36</sup> En este sentido podemos señalar con Calasso que

<sup>33</sup> D. I,3,35. Hermogeniano; Epítome del derecho, libro I. Pero también aquello que se ha comprobado por larga costumbre y observado por muchísimos años, como tácito convenio de los ciudadanos, se guarda no menos que las leyes que están escritas.

<sup>34</sup> Gallo Filippo, "Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D.1.3.32)", *IURA (Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico)*, XXXVI (1985), Nápoles, Editore Jovene, pp. 70-96.

<sup>35</sup> Guarino, Antonio, *La consuetudine e la legge allá luce dell'esperienza romana*, Casa Editrice Dott, Nápoles, Eugenio Jovene, 1956, pp. 13 y ss.

<sup>36</sup> Para tener un panorama de la ciencia jurídica en el medioevo es necesario conocer el impacto que tuvo el conocimiento del derecho antiguo por parte de los juristas medie-

el medioevo representa el gran mediador entre el mundo antiguo y el nuestro.<sup>37</sup> El estudio de la ciencia jurídica por parte de los juristas medievales propició la creación de una ciencia jurídica jurisprudencial, según expresión de Tamayo y Salmorán. Muchos lo olvidan, pero esta teorización jurídica sentó las bases de una teoría jurídica particular. De acuerdo con Tamayo y Salmorán, “la jurisprudencia medieval de Ravena, fue no sólo la ciencia de la creación, interpretación y aplicación del derecho, sino también una consistente filosofía política; la única teoría jurídica del Estado”.<sup>38</sup> Por ello, consideramos que debemos revisar la teoría sobre la costumbre que encontramos en la época medieval. Por otra parte, podremos percatarnos que el estudio de la costumbre nos lleva a terrenos más amplios sobre la teoría jurídica que podrá otorgarnos una nueva perspectiva del derecho y de filosofía política.

Uno de los grandes dilemas que planteó la ciencia jurídica en la época medieval fue el de la jerarquía del derecho escrito y sus fuentes, en lo que respecta a la *lex spiritualis* y la *lex saecularis*. Sin embargo, la costumbre como fuente normativa confirma su presencia. Una de las razones es la partición de territorios en Europa. Tan sólo en Italia, después de las invasiones bárbaras, encontramos una fragmentación en territorios bizantinos y territorios longobardos.<sup>39</sup> Naturalmente la fragmentación del derecho escrito propició que fuese deformado o adaptado por los usos locales o por la exigencia de los tiempos.

Una de las grandes instituciones del medioevo, según Calasso,<sup>40</sup> fue la del feudo, que es considerada una de las más grandes creaciones consuetu-

vales. Es determinante para estos fines, conocer la forma en que se estudiaba el derecho y la influencia que provocaba en el criterio del jurista. Para conocer la enseñanza del derecho en la época posterior de la codificación justiniana, véase Scheltema, H. H., *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden, Brill, 1970.

<sup>37</sup> Calasso, Francesco, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milán, Giuffrè editore, 1965, p. 300.

<sup>38</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, “¿Prólogo? La jurisprudencia medieval”, en Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, 2002, p. XX.

<sup>39</sup> En la región longobarda es notable la originalidad que realiza la costumbre, al mezclarse las costumbres germánicas y la tradición latina. *Cfr.* Calasso, Francesco, *Medioevo del diritto* (I), Milán, Giuffrè Editore, 1954, p. 183.

<sup>40</sup> Calasso, *Medioevo del diritto*, pp. 88 y ss. De acuerdo con el autor citado, el feudo se consolida con tres elementos bien precisos: a) una relación personal de vasallaje; cuyo origen se remonta a las costumbres germánicas. En ellas encontramos que el adolescente libre, en el momento en el cual la asamblea lo declaraba apto para la milicia, se ponía a las

dinarias de todos los tiempos. En ella podemos advertir la conformación de costumbres particulares que se superponen a otras de carácter general. Es así, que en la época medieval encontramos al feudo como un ejemplo claro en que la costumbre desplaza totalmente a la ley escrita, e incluso, hace que el Estado vea afectada su esfera de poder frente a los súbditos.

Más adelante, encontramos un esfuerzo por parte del Estado por controlar a las diversas costumbres locales. Es así, que podemos señalar dos textos fundamentales. El primero es atribuido a Carlo Magno y señala que a fin de que la *longa consuetudo*, para que no contraste con la *publica utilitas*, sea respetada como ley, y aquellas costumbres que han sido observadas por largo tiempo puedan permanecer (*Ut longa consuetudo, quae ad utilitatem publicam non impedit pro lege servetur, et quae diu servatae sunt permaneant*).

Los elementos que saltan a la vista son la equiparación de la costumbre respecto a la ley si existe: a) el tiempo (*longa cons*), b) y que la *publica utilitas* no esté en juego.

Por otra parte, existe otro texto atribuido al rey de Italia, Pipinio, en el *Capitulare Italicum*, que establece que donde haya una ley ausente, se imponga la costumbre y ninguna costumbre se superponga a la ley (*Placuit inserere, ubi lex deest, praecellat consuetudo, et nulla consuetudo superponatur legi*).

En este segundo fragmento se establece que una costumbre puede surgir solamente cuando la ley lo disponga, y por lo tanto se niega la validez a la costumbre que busque superponerse a la ley. A pesar de este esfuerzo la costumbre logró vencer a la ley escrita, ya que de acuerdo con Calasso, “las raíces del fenómeno consuetudinario eran demasiado profundas”.<sup>41</sup>

órdenes de un príncipe, y juraba fidelidad dedicándose a cualquier obra de paz o guerra; sin embargo, el liberto conservaba integralmente su libertad y el príncipe por su parte, se obligaba a dotarlo de armas y manutención). Por otra parte, encontramos la figura del *beneficium* que se constituye como la concesión de una porción de tierra, revocable y que no excedía la vida del príncipe ni la del liberto, y condicionada a la realización de ciertos servicios. Finalmente, el tercer elemento que completa la triada es el de la inmunidad. Esto quiere decir, que todo aquello que gravitaba sobre el feudo estaba exento de *munera personalia* y *patrimonialia*; para efectos prácticos, por ejemplo, las tierras objeto del feudo no causaban impuestos, ni se encontraban afectadas por algún tipo de derecho externo, lo que provocó un régimen de excepciones. Por esta razón, cuando el Estado busca establecer ciertas reglas jurídicas se enfrenta a diversas costumbres jurídicas relativas a los feudos que las dejan sin efecto.

<sup>41</sup> Calasso, *op. cit.*, nota 39, p. 197.

Claramente las múltiples costumbres locales se confrontaron en muchos casos y se tuvieron que establecer litigios para discernir cuál era la correcta, de acuerdo con el caso concreto. A partir del siglo X, vemos que el pueblo se dirige a la autoridad política para obtener su aprobación. Sin embargo, si el conflicto persistía qué sucedía. Siguiendo a Calasso “en estos casos los jueces consideraban oportuno verificar si la costumbre realmente existía y realizaban una *inquisitio*. La costumbre era probada como un hecho, a través de testimonios elegidos generalmente *de antiquioribus loci*; esto es, entre las personas más ancianas del lugar, que bajo el vínculo del juramento debían afirmar si les constaba o no, que la costumbre mencionada en juicio correspondiese a un determinado y constante comportamiento de los *homines loci*”.<sup>42</sup>

Ya hemos señalado la jerarquía que poseía la costumbre en el derecho romano, según se desprende de las fuentes. Por este motivo Juliano había hablado de *consensus populi* o *iudicium populi* como elemento fundamental de la *consuetudo* ya que el *populus* contemplaba idealmente a todos los *cives*. En este orden, Hermogeniano habló sobre la *tacita civium conventio*, y Paulo considera a la costumbre como una expresión de la voluntad popular todavía más inmediata que la misma ley. Finalmente, Juliano expresó que la misma ley pudiese ser abrogada *tacito consensu omnium*: esto es, *per desuetudinem*.

La época medieval y su consiguiente disgregación política trajo aparejada la obsolescencia de la visión clásica romana sobre la costumbre. No se puede hablar de la manifestación popular en la creación consuetudinaria, al contrario, se establecen diversos ordenamientos que son el resultado de una serie de excepciones y categorías bien diferenciadas entre los diferentes feudos. Es decir, los presupuestos fácticos que alimentaban toda la estructura romana de la costumbre no existían ya en el medioevo.

Por otra parte, es trascendental subrayar el papel preponderante que desempeñó la Iglesia en el medioevo. En la discusión sobre el rol de la costumbre la Iglesia contribuyó de manera determinante en la consolidación de una visión canonista y que se puede resumir de la siguiente manera: se debe considerar a la costumbre sólo en los casos en que la ley faltase, o en su defecto, en los casos en que la costumbre sea de acuerdo con la ley. Esta perspectiva se fundamenta siguiendo las enseñanzas de los Padres de la

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 210.

Iglesia<sup>43</sup> pero siguiendo de manera determinante la famosa Constitución de Constantino.

Otro aspecto digno de destacar es el cambio cualitativo que sufrió la concepción clásica de la costumbre con la influencia, o mejor aun, con la reelaboración eclesiástica de la doctrina de la costumbre. Para los romanos el aspecto nodal de la costumbre es la denominada *conventio populi*. Pero, para la concepción canónica ésta no tenía el peso que antaño poseía; ahora el aspecto que reaparece como determinante es el del tiempo, como factor que mide la importancia de los actos exteriores, de los cuales dimanaba la costumbre.

### 3. *La costumbre como manifestación del espíritu popular*

Bobbio nos destaca con toda razón que cuando nos referimos a la juridicidad de la costumbre nos enmarcamos en el terreno sobre qué “cosa es el derecho”.<sup>44</sup>

En la perspectiva de la Escuela histórica encontramos elementos interesantes sobre la costumbre. Ya hemos indicado como la perspectiva romanista clásica nos indicaba la jerarquía sobre la costumbre respecto a la ley escrita y pone en el fulcro de la construcción a la voluntad popular. En este sentido encontramos aspectos que pueden vincularse con la perspectiva romana clásica. La Escuela histórica aporta elementos importantes sobre la costumbre, que incluso permiten advertir una perspectiva bien clara y diferenciada del derecho. Para esta corriente, la ley no se encuentra en la fase de formación del derecho, sino más bien refleja las costumbres jurídi-

<sup>43</sup> Según Isidoro de Sevilla la ley debía ser: “honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil clara —no vaya a ser que, por su oscuridad, induzca a error—, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos” (“*honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patrie, loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta*”), *Etimologías*, II, 10 § 16. Por ello “la costumbre es un cierto derecho instituido por la práctica, que se adopta como ley cuando ésta falta” (“*consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex*”), *Etimologías* (Libro II, cap. 10), Sevilla, San Isidoro, *Etimologías I*, José Oroz Reta (ed.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1982.

<sup>44</sup> Bobbio, Norberto, *Enciclopedia del diritto*, p. 429.

cas ya existentes que antes se encontraban en un estado difuso.<sup>45</sup> Para la Escuela histórica toda manifestación jurídica nace de la convicción jurídica del pueblo; en esta línea de pensamiento, el pueblo, y no el Estado, es el creador originario del derecho en todas sus formas. Es así, que el derecho popular tiene su manifestación más genuina en la costumbre.

Es así, según nos explica Solari, que las teorías sobre la omnipotencia legislativa sobre el dominio y predominio exclusivo de la ley, que implicaba la exclusión de la costumbre, perdían valor frente a la revalorización de la costumbre.<sup>46</sup>

En la perspectiva señalada precedentemente la costumbre tiene un papel axial en la constitución del ordenamiento jurídico. Según Savigny “la costumbre es el fundamento originario del derecho”.<sup>47</sup> Asimismo, establece una crítica interesante a la ciencia jurídica de su tiempo: en la época moderno los Estados “adoptaron en conjunto un derecho, que no había nacido en su seno, sino en un pueblo extranjero, con lo cual, muchos de ellos no tenían ni siquiera una afinidad de stirpe”.<sup>48</sup>

En Puchta, uno de los seguidores más cercanos de Savigny,<sup>49</sup> expresa tres puntos fundamentales respecto a la costumbre:

- a) El derecho consuetudinario surge el pueblo en sentido natural y no en sentido político.
- b) Surge en modo inmediato a diferencia del derecho científico, que la mayoría de las veces es confuso.
- c) Se expresa en hábitos, esto es, en el comportamiento general, constante e uniforme de los ciudadanos.

<sup>45</sup> Es importante señalar que para la Escuela Histórica, las normas y las instituciones jurídicas adquieren jerarquía o valor en proporción a su antigüedad. Para una revisión de la Escuela Histórica, véase: Solari, Girole, *Socialismo e diritto privato*, Varese, Giuffrè Editore, 1980, pp. 53 y ss.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>47</sup> Savigny, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlín, Scientia Verlag Aalen, 1981, p. 60.

<sup>48</sup> Savigny, Friedrich Karl, *op. cit.*, nota 47, p. 100.

<sup>49</sup> Para conocer el razonamiento de Savigny en la articulación del sistema jurídico y en especial de la codificación, véanse las ideas expuestas en Savigny, F. C., “*La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*”, *La polemica sulla codificazione*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, pp. 89 y ss., en donde se consigna la famosa controversia Thibaut-Savigny.

Sin embargo, y a pesar de la articulación lógica de la teoría de la costumbre por parte de la Escuela histórica,<sup>50</sup> que enfatizaba como punto preponderante en la costumbre a la autoridad del sujeto que la crea, la teoría, de uso común en muchos tratadistas, es la que pone como aspecto fundamental en los destinatarios de la misma. Se trata de la famosa teoría de la *opinio iuris et necessitatis* que establece que el elemento que determina la diferencia entre un costumbre no jurídica y una norma jurídica es el aspecto interno, psicológico o espiritual. Es necesario señalar la diferencia cualitativa entre ambas teorías, la de la voluntad popular y la teoría psicológica, que se refiere a que la denominada *opinio iuris* significa “creencia”, mas no voluntad. Por otra parte, la voluntad o convicción popular es un estado colectivo que hallamos antes del desenvolvimiento de la costumbre en el tiempo; mientras que la *opinio iuris* es un acto individual que acompaña la formación de la costumbre.

Se debe destacar que cuando en la teoría consuetudinaria del derecho se privilegia el aspecto del destinatario, se realiza un cambio en la noción general de derecho. No obstante que esta teoría tuvo un buen número de seguidores, la teoría la ha confrontado con especial atención.<sup>51</sup>

Otra forma de explicar a la costumbre en la estructura normativa, es siguiendo a la materia objeto de la costumbre. Para esta teoría, para que la costumbre pueda formar parte del ordenamiento jurídico es necesario que la costumbre pueda ser susceptible de regulación jurídica; esto es, que la costumbre señalada pueda ser objeto del sistema normativo por la materia que afecta y de esta manera, puede inscribirse con toda claridad en el ámbito de lo “jurídico”.

El criterio que puede diferenciar entre una costumbre sea jurídica o no es un aspecto fundamental. Bobbio<sup>52</sup> explica que se puede marcar una división entre reglas esenciales a la constitución y la conservación del grupo, y por otra parte, reglas no esenciales para efectos jurídicos (como pueden

<sup>50</sup> Jhering, siguiendo las ideas de Savigny modifica su posición y establece como idea fundante del sistema la idea del fin. En este sentido, se considera que el hombre es esencialmente egoísta y puede ser inducido a actuar en función de intereses y por ello busca una ventaja. En resumidas cuentas, el egoísmo es para Jhering el verdadero motor de toda la actividad social y es por tanto fuente de progreso social. Véase sobre el particular, Solari, *op. cit.*, nota 45, pp. 73 y ss.

<sup>51</sup> Por ejemplo, véase el ensayo de Bonfante, “Per una revisione della teoría della consuetudine”, *Riv. Dir. comm.*, 1904, I, pp. 274 y ss.

<sup>52</sup> Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, *cit.*, nota 44, p. 17.

ser la moda, conductas morales, etcétera). Obviamente, las primeras constituyen las normas jurídicas y las segundas no.

Finalmente, la teoría que más seguidores ha tenido es la que finca la fuerza de la costumbre en el reconocimiento del juez. Esta forma de concebir a la costumbre, y en general al derecho, encuentra mucho más arraigo en los juristas anglosajones. De acuerdo con Kantorowicz, “el derecho es el complejo de las reglas de conducta externa de cuya aplicación está encargado el juez”.<sup>53</sup> De tal suerte, que el juez sería el ente encargado de transformar una costumbre en una norma jurídica.

Después de una breve exposición sobre algunas teorías de la *consuetudo*, surge la pregunta inevitable, qué criterio debe adoptarse para poder establecer la costumbre; qué teoría debemos seguir para logra elucidar la cuestión en comento. Siguiendo a Bobbio, una solución que nos puede ayudar a integrar las diferentes facetas que analizan las diferentes teorías sobre la costumbre (voluntad soberana, materia regulada, actividad del juez, etcétera), es “integrándolas” y establecer el criterio del ordenamiento jurídico;<sup>54</sup> esto es, “una regla consuetudinaria se convierte en regla jurídica en el momento en que forma parte de un determinado sistema jurídico”.<sup>55</sup> De esta manera, estarían en dos planos bien diferenciados del ordenamiento jurídico; por una parte, las reglas que son susceptibles de la formación de órganos constitutivos del sistema, y en segundo lugar, cuando dichas reglas son recibidas por el sistema, para la solución de conflictos de intereses. En el primer caso, estaríamos frente a costumbres constitucionales, y en el último, en costumbres del derecho privado con la inclusión de los usos mercantiles.

#### IV. LA GEOGRAFÍA DE LA *CONSUETUDO*

##### 1. *Elementos de la costumbre*

En este apartado mencionaremos algunos elementos materiales que debe reunir la costumbre, de acuerdo con la doctrina más autorizada.<sup>56</sup> Esta

<sup>53</sup> Véase Franceschelli, “Consuetudine”, *Noviss. Dic. it.*, IV, Turín, 1959.

<sup>54</sup> Véase para un estudio exhaustivo sobre la teoría del ordenamiento jurídico, Bobbio, *Teoría Generale del Diritto*, Turín, Giappichelli Editore, 1993, pp. 159 y ss.

<sup>55</sup> Bobbio, *Enciclopedia del diritto*, p. 437.

<sup>56</sup> Para este apartado seguimos principalmente a Pizzorusso, Alessandro, *Consuetudine (I)*, en *Enciclopedia Giuridica* (Istituto della Enciclopedia Italiana, t. VIII), Roma, 1988, pp. 2 y ss.

referencia nos parece pertinente para tener un criterio objetivo sobre cuáles son los aspectos que pueden evaluarse para considerar a un comportamiento o costumbre, en palabras de Pizzorusso, una fuente de hecho de creación normativa.

Originalmente la costumbre ha sido concebida como una fuente del derecho. Según Orozco Henríquez en los sistemas jurídicos de tradición romanista existe una adhesión dogmática a la ley y al menosprecio de la costumbre como instrumento idóneo para normar una comunidad y promover el progreso institucional.<sup>57</sup> Para Häberle “en la actualidad sólo es posible utilizar el concepto de ‘fuente de derecho’, si acaso, con muchos signos de interrogación y entre comillas, tan productivos son los intérpretes, tan plurívocos son los conceptos jurídicos que han de interpretarse, y tan abierto es el canon de posibles ‘fuentes del derecho’ en el Estado constitucional”.<sup>58</sup> Asimismo, Häberle señala que “los nuevos constituyentes se caracterizan, entre otras, porque se muestran, literalmente, ‘abiertos’ hacia las nuevas fuentes del derecho”.<sup>59</sup>

De lo anterior se desprende que la costumbre debe reunir ciertas características para poder ser considerada con un valor normativo y se debe tener atención de no confundir con otro tipo de manifestaciones que pudieran constituir una costumbre pero sin efectos vinculatorios. De esta manera, se establece que la repetición del comportamiento (*usus*) debe ser general, uniforme, constante, frecuente y público. Veamos con cierto detalle.

- a) *Generalidad*. El comportamiento de las personas que se encuentran en la situación objeto de análisis debe ser hecho por varias personas y no por una sola. Dicha generalidad no tiene que circunscribirse necesariamente a una zona geográfica determinada, a una esfera personal exclusiva, o bien, a una esfera más reducida, como las que surgen, con una inevitable autonomía, en las comunidades indígenas.
- b) *Uniformidad*. El grupo de personas debe realizar los actos referidos, si no de manera idéntica, sí al menos de forma similar.
- c) *Constancia*. La repetición de los actos no debe ser interrumpida. De acuerdo con Esposito, “se debe excluir que el derecho consuetudina-

<sup>57</sup> Orozco Henríquez, José de Jesús, *Derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, 1993, p. 10.

<sup>58</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 1a. ed., trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 124.

<sup>59</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 58, p. 26.

rio (a diferencia del escrito) sea por esencia; y no sólo por accidente, condescendiente y flexible. La costumbre nace de constante uniformidad de comportamientos y así pretende conformidad de comportamientos para sí misma”.<sup>60</sup> Solamente después, observa Bretonne,<sup>61</sup> cuando ciertos actos han tenido lugar *por un cierto tiempo*, surge en el individuo singular la opinión que se debe comportar como suelen comportarse los miembros de la comunidad, y la voluntad que también aquellos se comporten de la misma manera.

- d) *Frecuencia*. La *consuetudo* debe realizarse dentro de ciertos intervalos, ya que este aspecto determina que se pueda establecer una relación entre los diferentes comportamientos que pueden ser constitutivos de una costumbre jurídica. De lo contrario, si los actos fuesen aislados no se podría establecer un patrón conceptual para considerarlos como una *consuetudo*.
- e) *Publicidad*. Es necesario que el derecho del que se solicita su reconocimiento con base en la norma consuetudinaria, no se haya ejercitado de forma secreta y que necesariamente haya tenido una manifestación externa en la comunidad política.

## 2. *Del acto normativo al hecho normativo*

Un criterio para distinguir entre la costumbre y la ley escrita estriba en la diferencia entre “acto normativo” y “hecho normativo”.<sup>62</sup> De esta forma encontramos como caso paradigmático del hecho normativo a la costumbre.<sup>63</sup>

Se puede encontrar diversas hipótesis sobre la eficacia normativa de la costumbre en los diversos ordenamientos jurídicos y en donde asume el papel de fuente del derecho. Es así que encontramos las tres categorías de costumbre: la costumbre *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Esposito, Carlo, “La consuetudine costituzionale”, *Studi in onore di Emilio Betti*, Milán, 1962, t. I, p. 602.

<sup>61</sup> Bretonne, Mario, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Bari, 1996, p. 36.

<sup>62</sup> Seguimos en este apartado las ideas de Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè Editore, Varese, 1993, pp. 255 y ss., y Celano, Bruno, “Consuetudine e norme sulla produzione di norma”, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín, Giappichelli Editore, 1996, pp. 185 y ss.

<sup>63</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 62, p. 256.

<sup>64</sup> En líneas generales, la costumbre *secundum legem* es aquella norma consuetudinaria que adquiere vigencia no por virtud propia sino por el efecto del reenvío de alguna

Precisamente esta investigación pretende demostrar que la ciencia jurídica ha establecido como idea irrefutable la clasificación señalada con anterioridad, pero solamente las costumbres *secundum legem* han tenido eco en la legislación y en menor intensidad la denominada *praeter legem*.

#### V. LA COSTUMBRE COMO CATEGORÍA

Guarino, al reflexionar sobre el papel que desempeña la costumbre en el sistema jurídico expone la siguiente situación hipotética:

Para revitalizar a la costumbre en el mundo moderno podría pensarse, por ejemplo, en un caso del siguiente tipo: establecer que una costumbre *contra legem*, aunque se haya formada en un ambiente más estrecho que aquel de la comunidad estatal (por ejemplo, en una ciudad, en una categoría específica de trabajadores, o en una empresa, etcétera), pueda igualmente derogar o abrogar, limitado a aquella esfera, la ley del Estado. Obvio deliberadamente las dificultades de diverso tipo de estas hipótesis, si fuese realizada. Sin embargo, me pregunto, ¿vendrían de este modo las costumbres jurídicas a ser reanimadas? ¿Podría de esta manera, finalmente, verificarse un retorno de la costumbre en el mundo jurídico moderno?<sup>65</sup>

Nos parece que existen diversos ordenamientos en donde la costumbre juega un papel determinante y que, por tanto, revitaliza la función de la costumbre en el ordenamiento jurídico. Por ello, después de haber hecho un breve itinerario por la evolución de la costumbre en los diversos ordenamientos, consideramos de suma importancia, hacer una referencia explícita a nuestro derecho contemporáneo. Sin embargo, lo que buscaremos analizar son dos sistemas diversos por la naturaleza de sus normas y por el sujeto al que están destinados: derecho de los contratos y derecho indígena. En estas encontramos con contundencia dos formas de recepción de la costumbre. En la primera encontramos toda la tradición jurídica del dere-

fuerza legislativa. La costumbre *praeter legem* es aquella que regula materias no reguladas por la ley o por otras fuentes equiparadas, pero que la ley le otorga este papel regulador, y finalmente la costumbre *contra legem* es aquella que resulta contraria a una norma legal, sea por su contenido normativo o porque otra fuente legislativa la pretende regular.

<sup>65</sup> Guarino, Antonio, *La consuetudine e la legge allá luce dell'esperienza romana*, p. 10.

cho privado romano. En la segunda encontramos un sistema jurídico que tiene como eje fundamental a la costumbre en el sentido más amplio de la palabra. En efecto, las costumbres de las comunidades indígenas son una manifestación particular de sus tradiciones y valores. Estas costumbres encierran toda una cosmogonía.

Hemos visto cómo la noción de costumbre, como fuente accesoria de la ley, cobró uso de moneda corriente y, de esta manera, la doctrina contemporánea plantea el estudio de la costumbre desde esta perspectiva. Sin embargo, a continuación haremos algunas reflexiones y comentarios sobre el ordenamiento civil e indígena.

### 1. *Derecho civil*

Es célebre la aseveración de Bernardo Windscheid respecto a que “el derecho consuetudinario no tiene fuerza alguna en cuanto venga por ley declarado no obligatorio”, contrario a lo que había afirmado en las primeras ediciones de su clásico *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Consideramos necesario mencionar algunos datos que demuestran la merma de la costumbre como fuente normativa autónoma. El Código Prusiano de 1794 excluye la aplicación de la costumbre en las materias por ella reguladas. En Francia encontramos una situación parecida ya que desde 1804 la ley del 30 del año XII (21 de marzo de 1803) declaró nulas todas las costumbres relativas a materias reguladas por el nuevo *Code Civil*, salvo aquellas materias reguladas expresamente por el mismo código (“...*Les coutumes générales ou locales... cessent d’avoir force de loi générale ou particulière*”, a. 7). Más adelante, el ABGB austriaco (en vigor a partir de 1812) dispuso que las costumbres se aplicarían sólo en el caso en que una ley hiciese una referencia explícita. Finalmente, en Italia la ley del 30 de noviembre de 1865 abrogó las costumbres preexistentes al Código Civil y dispuso que una norma jurídica consuetudinaria sería aplicable sólo cuando la ley lo estableciese explícitamente.

### 2. *Códigos latinoamericanos*

El objetivo que se ha pretendido alcanzar hasta el momento ha consistido en aducir aquellos argumentos que a través del tiempo han sido acogidos por el pensamiento del hombre para denotar el valor de la costum-

bre en la vida de los pueblos, sin embargo, no podemos conformarnos con saber únicamente aquello, si en la práctica encontramos en las legislaciones vigentes, la indicación expresa de las fronteras de la costumbre. Por ello, en esta parte del ensayo queremos referirnos a la legislación civil de algunos países latinoamericanos para conocer el estado que guarda actualmente.

El Código Civil del Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal dispone en su artículo 10, de las Disposiciones Generales: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

En el caso del Código Civil argentino, el artículo 17 del Título Preliminar, de las leyes, establece: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no reguladas legalmente”.

En el artículo 2 del Código Civil ecuatoriano se establece: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. En este caso también el Código chileno se refiere en los mismos términos a la aplicación de la costumbre.

En el Código Civil venezolano en el artículo 6 del Título preliminar de las Leyes y sus Efectos, y de las Reglas Generales para su aplicación se establece: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”. Pero además, en el artículo 7 del mismo ordenamiento, establece: “Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean”.

En el Código Civil peruano, en su artículo 5 del Título Preliminar, Nulidad del acto jurídico contrario al orden público, se redacta: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

Por lo anotado puede uno darse cuenta que las legislaciones mencionadas difieren sensiblemente de la forma de invocar la aplicación de la costumbre en la solución de conflictos, pero destaca que no niegan su existencia, tan es así que están obligados a mencionarla en la redacción de los numerales iniciales de las legislaciones en cuestión. Por otra parte, llama la atención especialmente el caso de México, pues en la redacción del artículo 10 se niega la aplicabilidad de lo que la doctrina jurídica denomina

como la *desuetudo*<sup>66</sup> y también las prácticas en contrario, conocida como *costumbre contra legem*.<sup>67</sup>

Por lo que respecta a la legislación argentina, ecuatoriana y chilena, mencionan que sí se tomará en consideración a la costumbre en los casos que la misma ley requiera su intervención, pero que además, se constituirá como derecho.<sup>68</sup> En términos generales esto implica que la costumbre adquiere vigor inmediato sin sujetarse a procedimientos de validación y aprobación legislativa como el que requieren tradicionalmente las normas jurídicas.

Frente a esta circunstancia encontramos un doble problema, en primer lugar, en saber a qué tipo de costumbre se refiere la legislación y además saber cómo se puede reconocer, quién puede dictar y decir que una costumbre es vigente y válida en determinada zona geográfica o para un grupo de población, porque la costumbre en este sentido nace donde la gente le atribuye ese carácter y reúne características que previamente hemos señalado.<sup>69</sup> En segundo lugar, cómo es que los entes legislativos y jurisdic-

<sup>66</sup> José de Jesús Orozco Henríquez menciona dos casos que generan *desuetudo*, por ejemplo: “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”, p. 74.

<sup>67</sup> La *costumbre contra legem* es aquella que se contrapone a lo establecido en la descripción legal que se hace en alguna disposición normativa y cuya función es derogatoria, pp. 70 y 72.

<sup>68</sup> José de Jesús Orozco Henríquez: “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”.

<sup>69</sup> La legislación mexicana no escapa de ese tipo de condición, hay ejemplos en materia laboral, mercantil, etcétera. Y no solamente la doctrina destaca los requisitos que debe cubrir la costumbre para ser considerada como tal, por ejemplo, la siguiente tesis jurisprudencial confirma que ha existido la necesidad de aplicar la costumbre. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000. Tesis: I.6o.T. J/31, p. 492.

Costumbre, interpretación de la, en términos del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo. Para que la *costumbre* pueda invocarse como tal, y estar en posibilidad de reclamar su reconocimiento e implantación definitiva, en términos del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, es necesario que concurren las siguientes circunstancias: a) que se trate de una práctica reiterada e ininterrumpida por un tiempo considerable; b) que dicha práctica se realice con el consentimiento de las partes; c) que ese consenso se constituya

cionales conocen la costumbre que prevalece en caso que la ley no pueda resolver un asunto determinado.

Respecto al primer planteamiento que nos hemos formulado, sobre qué tipo de costumbres se deben observar, el componente que hace difícil la aplicación de ellas es saber cuál es la costumbre que sugieren las legislaciones, además, incluyen como condición el que sean buenas, como en el caso de las legislaciones peruana y venezolana que enuncia en la parte relativa a las disposiciones preliminares de sus códigos civiles.

En el Código Civil Federal mexicano, en el Libro cuarto de las Obligaciones, Primera Parte, Título Primero de las Fuentes de las Obligaciones, Capítulo I de los Contratos, del objeto y del motivo o fin de los contratos, artículo 1830, se establece: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. Y el artículo 1831 establece: “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

La misma indicación se hace en diversas disposiciones de los códigos que hemos ya citado, sólo que en Venezuela definitivamente se excluye la costumbre *contra legem* y no se permite bajo ninguna circunstancia la implementación de ella a pesar de que existiera alguna que fuera reconocida por una comunidad y que hubiera surgido con antelación a la disposición legal.

como norma rectora de determinadas relaciones; y d) que tal práctica no contravenga disposiciones legales o contractuales.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

Amparo directo 2416/98. Enrique López de la Cerda Butanda, 2 de abril de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: María del Rosario Mota Cienfuegos. Secretaria: Alma Leal Treviño.

Amparo directo 3016/98. Raymundo Castro Alonso, 30 de abril de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretaria: Estela Jasso Figueroa.

Amparo directo 8486/98. Jorge Arturo Sandoval Covarrubias, 5 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretaria: Estela Jasso Figueroa.

Amparo directo 226/99. Alejandro Velázquez Cabrera, 12 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: María del Rosario Mota Cienfuegos. Secretario: José Guillermo Cuadra Ramírez.

Amparo directo 3956/2000. José Guadalupe Hernández Aldama, 4 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro Rivera. Secretaria: Lourdes Patricia Muñoz Illescas.

### 3. *El derecho consuetudinario de las comunidades indígenas en el derecho positivo (los usos y las costumbres)*

Según Esposito,<sup>70</sup> las costumbres constitucionales, más allá del valor confirmativo de las reglas escritas, fundamentales (y constitucionales) sobre la producción del derecho, más que valor que cubre las lagunas de la Constitución, tienen además un valor constitutivo de los principios generales del ordenamiento. Sin embargo, consideramos que la teoría constitucional subraya el escaso papel de la costumbre. De esta forma, buscaremos subrayar los aspectos del derecho indígena que nos ayudan a afirmar que en el derecho público pueden existir ordenamientos jurídicos que tienen como eje fundamental a la *consuetudo*.

A continuación, abordaremos lo relativo a la situación de los pueblos indígenas en diversas legislaciones de Latinoamérica, y ver qué es lo que ha sucedido con el tema de la costumbre, ya que como excepción los grupos que se hallan bajo esa denominación requieren un trato especial que por circunstancias de carácter étnico, lingüístico, educativo, económico, etcétera, a veces son favorecidos en poco y dudosamente se adaptan a los tiempos que vivimos.

En este sentido, nos hemos dado a la tarea de buscar algunas referencias de carácter jurídico que siendo distintas a las que se indicaron en el apartado que antecede a éste, en el que solamente nos referimos a códigos civiles, en esta parte el propósito es apreciar la forma en que la costumbre se ha integrado en los sistemas normativos de otra índole, ya que puede ser éste uno de los aspectos más significativos en que se observen la relación entre el Estado y la comunidad indígena. Y si en general, partiendo de estos datos, la costumbre tendría un papel preponderante.

#### A. *Bolivia*

En la Constitución de Bolivia en el artículo 171, F III, se establece: “las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias, como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y pro-

<sup>70</sup> Esposito, Carlo, *Consuetudine (dir. cost.)*, *Enciclopedia del diritto* (IX), Varese, 1961, p. 473.

cedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado”.

En el caso de la Ley contra la Violencia en la familia o doméstica, de 5 de diciembre de 1995, en el artículo 16, se autorizó a las comunidades indígenas para resolver conflictos relacionados con la violencia en la familia, y para que se pudieran aplicar sus costumbres y usos, estableciendo como único límite el que no se opusiera a la Constitución Política.

En materia de procedimiento penal, la importante disposición redactada en el artículo 28 (justicia comunitaria) de la Ley 1970 de marzo de 1999, en el Código de Procedimiento Penal se otorga validez plena al derecho consuetudinario indígena: “se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidas por la Constitución. La Ley compatibilizará la aplicación del derecho consuetudinario indígena”.

Otro interesante tema es el de materia agraria, que es fundamental en el caso de las comunidades indígenas. Por ello, en el artículo 3, de la Ley 1715 de octubre 18 de 1996, Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria, se establece que de acuerdo con las normas y costumbres de la comunidad se determinará el uso y aprovechamiento de las tierras comunitarias, en cuanto a la distribución o redistribución, además de que, siempre que no sean incompatibles las normas derivadas de las costumbre o derecho consuetudinario, en la aplicación de leyes agrarias y reglamentos, deberán ser observadas.

## B. *Colombia*

En la sentencia C-139 de 1996, Autoridades Indígenas, Límites en cuanto a sanciones. De la Jurisdicción Indígena-elementos, se determinó: “el análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción

indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas —que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos—, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional”.

En este contexto en que se habla de la autonomía de las comunidades indígenas nos remitiremos a la sentencia T-254 de 1994, mayo 30, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Jurisdicción indígena, para observar la posición de la costumbre en dicha autonomía.

Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Uno de los aspectos de mayor valor para la convivencia e integración social de las comunidades indígenas depende en gran medida de los usos y costumbres que imperan en su región, esto determina desde luego el tipo de instituciones que han establecido para conservar el orden, pero al mismo tiempo que las decisiones tomadas en dichas comunidades estén determinadas en función de las costumbres, por ello vale la pena mencionar que en la Sentencia T-496 de 1996, septiembre 26, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz, del Fuero indígena. Alcance/Fuero indígena. Límites, se concluyó:

Del reconocimiento constitucional se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen reprochable, la jurisdicción indígena es compe-

tente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso.

En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas...

### C. *Costa Rica*

De acuerdo con el Decreto 13573-G-C de abril 30 de 1982, modificado por los decretos 16569-G de 25 de septiembre de 1985, 20645-G de 5 de agosto de 1991. En el artículo 3o. se dispone:

Cada uno de los grupos étnicos reconocidos será regido, a la vez por las disposiciones generales de la Ley Indígena y decretos conexos, pero también por sus costumbres y reglas propias.

A este efecto, cada uno de los ocho grupos étnicos deberá presentar a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) y otros organismos competentes, un documento que exprese las diferentes costumbres y reglas propias de su organización social.

Las instituciones oficiales del Estado deberán tener en cuenta y adaptar su acción a las particularidades socioculturales de cada grupo étnico para el manejo de los asuntos de interés público.

En el mismo numeral en cita se reconoce la existencia de diversos grupos étnicos que cada uno de esos grupos está en la posibilidad de elaborar un reglamento interno propio, de acuerdo con sus características y los usos y costumbres sociales contenidos en ellos tendrán el carácter de obligatorio dentro de cada grupo étnico.

En cuanto al órgano encargado de la elaboración del reglamento o los reglamentos internos en los grupos étnicos, la legislación de este país prevé con fundamento en el Decreto 21.475-G de enero 12 de 1995, el establecimiento de los Consejos Étnicos Indígenas, artículo 4o.: "...los Consejos Étnicos serán los que elaborarán el documento que expresa las características, costumbres y reglas de su etnia. Las costumbres heredadas de los tiempos precolombinos, tales como el respeto de los clanes en las etnias Bribri y Cabécar, tendrán valor y fuerza de ley".

#### D. *Ecuador*

En este país, la tendencia es muy similar a la de otros países como Colombia. En el artículo 191 de su Constitución se establece que los pueblos indígenas pueden ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios, de acuerdo con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no contravengan a la Constitución.

#### E. *Paraguay*

En el contenido del artículo 63 de la Constitución nacional de 1992 quedó reconocido el derecho de las comunidades indígenas para conservar y desarrollar su identidad, tomándose en consideración los aspectos más importantes de todo grupo social, esto es, organización política, social, económica, etcétera. Textualmente se redactó:

...Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Además, en la Ley 904 de diciembre de 1981, Estatuto de las Comunidades Indígenas modificado por la Ley 919 de julio de 1996 de conformidad con lo establecido en el artículo 5:

Las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea compatible con los principios del orden público.

En el texto constitucional se menciona la valoración del derecho consuetudinario como reglas de convivencia y de la injerencia que éste tendrá en asuntos jurisdiccionales. En este sentido, en la Ley 1286 de 1998, Código Procesal Penal, en el artículo 26, se señala que la acción penal se extinguirá, cuando tanto el imputado como la víctima o sus familiares aceptaren el modo como la comunidad resolvió conforme a su propio derecho consuetudinario. En aquellos casos, cualquier miembro de la comunidad esta-

ría en posibilidad de solicitar que se declare la acción penal ante el juez de paz. En los procesos en que los indígenas sean parte, los jueces tendrán su derecho consuetudinario en cuenta y el beneficio de la duda les favorecerá atendiendo tanto la cultura como las normas consuetudinarias.

#### F. *México*

En el derecho mexicano la Constitución Política, modificada por Decreto de 25 de abril de 2001, en el artículo 2o. se reconoce y garantiza la libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, y de acuerdo con la fracción III del mismo numeral, éstos pueden elegir a sus representantes o autoridades conforme a sus procedimientos y prácticas tradicionales.

Dentro del tema de la jurisdicción, en la Constitución Política del estado de Quintana Roo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de abril de 1997, se establece que las comunidades indígenas están facultadas para resolver sus controversias de acuerdo con los usos, costumbres y tradiciones. Por lo que respecta a la Constitución Política de Oaxaca, publicada en el *Periódico Oficial de la Entidad Federativa* de 29 de octubre de 1990 (artículo 112), la jurisdicción indígena estará ejercida por las autoridades comunitarias de acuerdo con los usos y costumbres de los propios pueblos y comunidades indígenas, todo ello de conformidad con lo que se determine en la ley reglamentaria del artículo 16 de la misma Constitución. Y el artículo 16 a que se refiere señala el número de pueblos indígenas y textualmente establece:

...El Estado reconoce a las comunidades indígenas que los conforman, a sus reagrupamientos étnicos lingüísticos o culturales... el Estado reconoce a los pueblos y comunidades indígenas, sus formas de organización social, política y de gobierno, sus sistemas normativos internos, la jurisdicción que tendrán en sus territorios...

La ley regulará la eficacia de sus propios sistemas normativos, estableciendo procedimientos de convalidación. Los tribunales y jueces velarán por el respeto de los derechos fundamentales de los indígenas y de la dignidad e igualdad de la mujer.

En relación con el contenido de la ley reglamentaria que refieren los artículos enunciados por la Constitución de Oaxaca, es la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del estado de Oaxaca expedida el 21 de marzo de 1998 en su artículo 3 del que se puede mencionar que en

relación con el sistema normativo de los pueblos indígenas, se entiende para efectos de esta ley: "...Conjunto de normas jurídicas orales de carácter consuetudinario que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como válidas y utilizan para regular sus actos públicos y sus autoridades aplican para la resolución de sus conflictos". En relación con esta redacción debemos también referir que con fundamento en el artículo 28 de la misma Ley, en dicho estado de Oaxaca se les reconoce a los pueblos indígenas la existencia de un sistema normativo con características propias, basado en las tradiciones ancestrales y que de forma oral se han transmitido, enriqueciéndose y adaptándose a través del tiempo a las circunstancias. Por tanto se dice en el numeral, "dichos sistemas se consideran actualmente vigentes y en uso".

Por medio del artículo 6 de la Ley de Derechos y Cultura Indígenas del estado de Chiapas, expedida el 29 de julio de 1999, se reconoce y protege a las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas, que hayan sido nombradas conforme a sus costumbres. Otra importante situación se desprende del segundo párrafo: "Las autoridades tradicionales, quienes ancestralmente han aplicado los usos, costumbres y tradiciones de sus comunidades en la solución de conflictos internos, serán auxiliares de la administración de justicia..." El contenido del artículo que acabamos de enunciar, está vinculado estrechamente con el artículo 11 de la misma Ley: "Con las modalidades que se establecen en este capítulo y en las leyes respectivas, los usos, costumbres y tradiciones ancestrales de las comunidades indígenas constituyen la base fundamental para la resolución de sus controversias. Dichos usos, costumbres y tradiciones se distinguen por características y particularidades propias de cada comunidad indígena y tendrán aplicación dentro de los límites de su hábitat, siempre que no constituyan violaciones a los derechos humanos".

En el estado de Campeche, los pueblos indígenas tienen derecho a desarrollar y fortalecer el control y disfrute de sus recursos naturales, el uso de su lengua propia sin limitación alguna, sus formas de gobierno, sus sistemas normativos y de resolución de conflictos, sus formas particulares de organización social y política así como sus diversas manifestaciones culturales, consagrado este derecho en su Constitución Política de 6 de julio de 1996 publicada en el *Periódico Oficial de la Entidad Federativa*, en el artículo 7.

En el estado de Chihuahua, en aquellos asuntos de orden civil o penal, en caso de ser alguna de las partes un miembro de una comunidad indíge-

na, las autoridades están obligadas a considerar sus usos, costumbres y prácticas jurídicas. Y para el caso de tratarse de la represión de delitos en las comunidades indígenas entre miembros de un mismo pueblo, las autoridades en este caso también deberán respetar el método e instituciones utilizados de forma tradicional por el pueblo de que se trate, todo ello establecido su Constitución Política de 1 de octubre de 1994, en el artículo 8, publicado en el *Periódico Oficial de la Entidad Federativa*.

Finalmente, podemos decir que gran parte de los países latinoamericanos, por lo menos de los ordenamientos y de los países que mencionamos, le han otorgado un importante valor a los usos y costumbres, en unos más explícitamente que en otros, pero cuyo valor puede trascender más allá de las fronteras que las condiciones y dureza de nuestro siglo han edificado; más aún, porque de los 2,420 municipios mexicanos, más de 800 tienen una población indígena mayor al 30%; 450 de ellos son mayoritariamente indígenas. De acuerdo con Carmen Cordero: “En algunos pueblos la supervivencia de este derecho consuetudinario o costumbre jurídica es más fuerte que en otros, pero esto depende de la marginación del grupo, y en otros casos, de la voluntad de esas poblaciones indígenas de conservar sus creencias y normas, a pesar de estar en contacto directo con los centros urbanos. Mientras que la costumbre continúe promulgando ciertas reglas de la vida en los pueblos indígenas y que este derecho consuetudinario indígena sancione la observancia de aquélla, éste continuará existiendo. Este derecho consuetudinario o costumbre jurídica es evolutivo, toma algunas normas del exterior, las que van a estar en contacto con él, las transforma y las adapta a su sistema jurídico”.<sup>71</sup>

Además, la voz de quienes directamente resienten las modificaciones tan estrepitosas en las disposiciones normativas, debe ser uno de los instrumentos clave en la formulación de los nuevos enunciados jurídicos ya que comúnmente expresan: “La costumbre para nosotros es ley”; es la costumbre interna de cada pueblo. El juez, el procurador, tienen ley por medio del papel y nosotros tenemos la ley de las costumbres del pueblo. Entonces las autoridades de fuera no conocen qué leyes tenemos nosotros y no nos pueden juzgar. Antes, las autoridades tenían más libertad para ejercer justicia, era más rígida, pero las personas del pueblo la aceptaban más porque

<sup>71</sup> IV Jornadas Lascasianas, “Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios”, Carmen Cordero Avendaño de Durand, José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coords.), México, 1994, pp. 33-43.

era su justicia, que era ejercida por nuestras autoridades, que conocían el comportamiento de cada individuo, su familia, costumbre, lengua, etcétera. Y se podía juzgar mejor”.<sup>72</sup>

Rousseau consideró la existencia de una ley: “...que es la más importante de todas, y que no se graba ni sobre mármol ni sobre el bronce, sino en el corazón de los ciudadanos: ella es la verdadera constitución del Estado, que cobra todos los días nuevas fuerzas, que, cuando otras leyes envejecen o se apagan, las reanima o las suple, que mantiene en un pueblo el espíritu de su institución, y sustituye insensiblemente la fuerza del hábito a la de la autoridad. Me refiero a las costumbres, a los hábitos y, sobre todo, a la opinión, que es desconocida para nuestros políticos, pero de la que depende el éxito de todas las demás, y de la que se ocupa en secreto el gran Legislador, mientras parece limitarse a reglamentos particulares, que no son sino la cintra de la bóveda, en la cual las costumbres, más lentas en nacer, forman finalmente la inquebrantable clave”.<sup>73</sup>

## VI. REFLEXIONES FINALES

En las páginas precedentes hemos tratado de concebir a la costumbre en un plano amplio y tal vez los objetivos de nuestra investigación hayan sido excesivamente ambiciosos. Sin embargo, consideramos que la costumbre es una compañera añeja del hombre en su manifestación social. El mundo moderno es proteico y demuestra que el derecho, en su faceta de norma escrita, no puede responder a cada uno de los dictados sociales del nuevo orden jurídico. Por ello, la costumbre ha demostrado que la perspectiva decimonónica fundada en el binomio ley = derecho ha sido insuficiente. Más aún, la tradición jurídica de occidente, según la feliz expresión de Berman, demuestra que la costumbre ha sido veta inagotable del diseño jurídico occidental.<sup>74</sup> Pero, la época de la codificación obligó a que la cos-

<sup>72</sup> Carmen Cordero Avendaño de Durand, *Supervivencia de un derecho consuetudinario en el valle de Tlacolula (zapotecos)*, Fonapas, Oaxaca, 1982, p. 130.

<sup>73</sup> Jean Jacques, Rousseau, *El contrato social*, capítulo XII, División de las Leyes, Tecnos, p. 54.

<sup>74</sup> Es necesario recordar que en los albores del siglo XIX, los Estados de Europa tenían como fundamento natural de su sistema jurídico al derecho consuetudinario, y más aún, según Guarino, “sulla base di questa preminenza storica manifestarono la loro avversione ad ogni progetto di codificazione in Europa”, Guarino, Antonio, *La consuetudine e la legge all’luce dell’esperienza romana*, Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, p. 6.

tumbre fuese desdeñada de manera paulatina en el diseño del orden jurídico.<sup>75</sup> Este *statualismo giuridico* estableció la identidad Estado-nación-derecho y estableció una dependencia por parte de los juristas a la voluntad legislativa del Estado. Nos parece, siguiendo a D'Agostino,<sup>76</sup> que en una perspectiva donde únicamente se considere al derecho desde una perspectiva meramente positiva y un riguroso estatuto científico, el saber jurídico está expuesto al riesgo mortal de retroceder a sólo pseudo-saberes y de conocimientos exclusivamente prácticos, sin ningún componente de dignidad teórica.

Por otra parte, los cambios en el perfil del mundo y sus concomitantes cambios en las estructuras básicas han obligado a una reflexión sobre diversos temas; uno de ellos es precisamente, el de la costumbre jurídica.<sup>77</sup> Efectivamente, la costumbre nos empuja a considerarla desde su perspectiva poliédrica y su influencia en todas las disciplinas jurídicas. No es nueva la idea sobre las modificaciones que ha sufrido el estudio de las organizaciones políticas y la influencia del estudio de lo “particular” sobre lo “general”. En efecto, lo “local”, para utilizar una terminología muy en boga en nuestros días, alude a las características particulares de un conglomerado social. De acuerdo con Montesquieu, “varias cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las máximas del gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres y los hábitos, de todo lo cual resulta un espíritu general” (Libro XIX, IV). Si queremos comprender este espíritu general, proteico y por ello no inmutable, pero originario, debemos considerar como fundamental el papel de la costumbre. El Estado no puede ignorar el espíritu general de un conglomerado social. Es así que el

<sup>75</sup> Es necesario recordar que el proceso de codificación obedeció a la filosofía imperante en la época: Según explica Irti, Natalino, *op. cit.*, nota 5, pp. 3 y ss., encontramos un acendrado respeto por el *individuo*, y por lo tanto, el derecho simplemente “fija las reglas del juego: reglas generales y abstractas, que serán utilizadas por personas desconocidas, para fines y en circunstancias particulares que no conocemos ni tampoco estamos en grado de conocer”.

<sup>76</sup> D'Agostino, Francesco, *Diritto e giustizia*, Turín, San Paolo, 2000, pp. 91 y ss.

<sup>77</sup> Tamayo y Salmorán no explica que “la expresión ‘costumbre’ es altamente equívoca, puede significar ‘hábito’, ‘tradición’, ‘uso’, ‘moda’, ‘práctica’, etcétera. En el discurso jurídico ‘costumbre’ es un término ambiguo; por un lado, parece significar ciertos hechos, acontecimientos o conductas; por otro lado, significa: ‘pauta de comportamiento’, ‘norma’, ‘derecho’”, Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, Themis, 1992, p. 141.

nuevo Estado constitucional debe considerar en unos de sus apartados a la costumbre como un elemento nada despreciable de su estructura.

La codificación ha demostrado que la ley no puede mantenerse por mucho tiempo actualizada y regulando las diversas circunstancias jurídicas. Efectivamente, la ley cuando es creada busca regular y establecer los diferentes supuestos jurídicos para brindar certeza y orden al ordenamiento jurídico. Sin embargo, después de la “censura del uso”, según expresaba Tito Livio, la ley va actuando y progresivamente perdiendo su actualidad y los supuestos para los que fue creada, desaparecen y por lo tanto, la ley escrita resulta obsoleta.

Vimos sumariamente que existen diversas teorías que han pretendido explicar la formación consuetudinaria del derecho; en este sentido es muy importante advertir que los diferentes autores al cuestionarse la manera en que se consolida la costumbre en la esfera jurídica, también se cuestionan concomitantemente, la perspectiva sobre qué es el derecho. Por ejemplo, la visión que la costumbre se materializa en el sistema jurídico por la actividad judicial es una posición que encontramos por antonomasia en el sistema de *common law*. De esta manera es palpable que la reflexión adquiere un rango superior y nos remite directamente al debate sobre qué es el derecho y sus múltiples manifestaciones.

El vínculo entre costumbre y ley es indudable. La ley no es creada bajo el dictado de una regla precisa o matemática; la vida social del hombre amplia e infinita provee la realización de prácticas que con el tiempo se convierten en costumbres. La importancia que merece la costumbre de ninguna manera debe confundirse como el avasallamiento de aquella sobre la ley. No es dable pensar en un retroceso que ha costado muchos años y esfuerzos humanos a la comunidad política. No es posible querer borrar de un plumazo toda la historia de occidente y pretender retroceder a ordenamientos basados exclusivamente en la *consuetudo*. Es claro que las sociedades modernas poseen ordenamientos jurídicos que tienen como aspectos nodales diversos principios, valores, etcétera, que representan valores comunes de la humanidad: derechos fundamentales, democracia, y un largo etcétera. Más bien, pensamos que el estudio de la costumbre en el contexto jurídico contemporáneo puede contribuir de manera determinante a la actividad del jurista para la creación, interpretación y organización de la ciencia jurídica moderna y sus diversos desafíos. Quién puede negar la importancia de la costumbre en el derecho indígena, según lo demostramos en nuestro breve estudio; quién puede negar la vitalidad del derecho co-

mercial o internacional, donde las costumbres constituyen una parte fundamental de esos ordenamientos.

Por otra parte, se ha reiterado que el sistema jurídico latinoamericano recibió la influencia del sistema romanístico. En este sentido Carlos Fernández Sessarego señala que los “elementos que otorgan vertebral unidad al sistema jurídico latinoamericano y que, a nuestro parecer, radican en una común tradición clásica. Es obvio que tales elementos encuentran su raíz en la científicidad del derecho romano”.<sup>78</sup>

Es necesario subrayar que la teoría de la costumbre adoptada por las diferentes legislaciones en comento, demostró un seguimiento absoluto de una de las teorías de la costumbre en el derecho romano. En este sentido, es interesante señalar que no se debe concebir a la teoría de la costumbre como hija contemporánea del derecho romano, sino se requiere valorar cada uno de los elementos fundamentales que ha ido adoptando en el transcurso del tiempo. La costumbre ha tenido un itinerario más o menos lineal y siempre ha tenido momentos de verdadera grandeza, como en la época medieval, o de franca decadencia como sucedió en la ciencia jurídica decimonónica.

En el derecho civil encontramos toda la herencia romano-germánica, por lo que es clara la aceptación de la costumbre *secundum legem* y *praeter legem*. Nos parece que harían falta estudios más profundos y amplios que analizaran otras vertientes sobre la costumbre en los contratos y en general, en los más variados jurídicos.

En lo que respecta al derecho indígena, la costumbre tiene un papel axial en la conformación del ordenamiento jurídico. No tan sólo porque forma parte de la estructura esencial, sino porque representa la principal fuente normativa.

Evidentemente surge el dilema si el Estado debe descartar todas las costumbres, o bien aceptar aquellas que no contravengan el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en cualquiera que sea la situación, es innegable el rol de la costumbre como elemento fundador.

En el derecho indígena encontramos importantes elementos a destacar. Otra cuestión es que el derecho indígena constituye uno de los vasos co-

<sup>78</sup> Fernández Sessarego, Carlos, “Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano”, en *Diritto romano. Codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, Milán, Giuffrè Editore, 1981, p. 10.

municantes entre los diferentes países de América Latina que puede ayudar a comprender y ver en el “otro”.<sup>79</sup>

A nivel mundial, la realidad social, política, cultural y económica, han sido determinantes en la estructura de los Estados y en los últimos años esa actividad ha adquirido diversas manifestaciones, en aras de una dominación y control social. Sin embargo, de cara a esa nueva fisonomía que están adquiriendo las relaciones de los pueblos, los ordenamientos jurídicos están en un constante proceso de reestructuración y de revitalización de acuerdo con el nuevo ritmo de crecimiento y expansión de las culturas y pueblos. Sin embargo, la historia jurídica, y la misma naturaleza de las cosas nos ha enseñado que no existe un sistema perfecto de normatividad y que, al contrario, todo ordenamiento jurídico es susceptible de cambios por el paso ineludible del tiempo. En este sentido, consideramos que los juristas deben atender con mayor atención las diferentes costumbres jurídicas. La costumbre nutre y alimenta a la ley. Dos momentos dialécticos del fenómeno complejo de la producción jurídica.

¿Quién podría negar que la costumbre más insospechada en un orden social determinado fuese la norma del futuro? Pero, necesariamente, la costumbre debe ser compatible con los intereses de todos los demás miembros de la comunidad política y su concomitante sistema jurídico. La costumbre debe formar parte del complejo *derecho*. Porque derecho es básicamente *la règle ontologiquement juste de la coexistence*.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> En este orden “Latin America takes as its point of departure an ancestral homogeneity, its civil and commercial laws are rooted in the continental tradition, and in establishing the role of individual Latin American countries it will sooner or later come to be realised that the very concept of what is regional is only one facet of a single dynamic system, not simply an arrangement of parts and a whole. The new role of the State will have to be defined in order to defend common values such as democracy and social fairness. However, new frame work will need to be accepted and used under new paradigms. The current framework of integration (Andean Community, Nafta, Mercosur and FTAA) may make it possible to deal with the processes of harmonisation and unification of private law beyond the regional borders and legal traditions), Hinestrosa, Fernando, “Harmonisation of Sales Law in the Americas and Regional Economic Integration: a cautious appraisal”, *Uniform Law Review*, VIII, 2003 ½, Roma, Unidroit, 2003, pp. 211 y ss.

<sup>80</sup> “La raison suffisante de la présence permante du droit, en tant que règle indissociable de l’expérience globale de l’humanité, nous est montrée par ce qu’exige la condition humaine. C’est une condition de coexistence d’êtres libres, fondée sur la structure ontologique de la personne: être indissolublement coexistentiel *libre*. En effet, une liberté

Joyce, en el *Ulises*, hacía pronunciar a Stephen: “la historia es una pesadilla de la cual busco despertarme”. Para algunos la historia es una pesadilla que distorsiona la geografía del hombre, sin embargo, consideramos que la historia refleja nítidamente la esencia de los pueblos y más aún, nos presenta el pasado no como un recuerdo sino como una tradición viviente. La costumbre es parte de esa tradición viviente que nunca muere y que, al contrario, subyace en cada uno de los sentidos sociales del hombre.

individuelle absolue est incompatible avec la coexistence et, par là, avec la liberté réelle et la vie même des personnes”, Cotta, Sergio, “De l’expérience du droit à sa définition”, *Droits (Revue Française de Théorie Juridique)*, París, núm. 2, 1990, p. 15.