

TITULO VI.

CAPÍTULO II.

De la costumbre.

1. Legislacion romana.— *Calistrato.*
- 2 y 3. *Juliano.*
4. *Justiniano.*
5. Derecho canónico.
6. Derecho antiguo español.
- 7 y 8. Leyes de *Partida.*
9. Fuerza de la costumbre.
10. Leyes de *Toro.*
11. Legislacion recopilada.
- 12 y 13. Derecho frances.
- 14 y 15. Proyecto del Sr. *Goyena.*
16. Código *portugués.*
17. Código del Dr. *Sierra.*
- 18 y 19. Código del *Imperio.*
20. Código del *Distrito.*
21. Cuestion.
22. Código de la *Luisiana.*

23. Diferencia entre los Estados democráticos y los regidos por el absolutismo.
24. Ley de *Felipe V*.
25. Jurisprudencia mexicana.
26. Impotencia del no uso contra la ley civil.
27. Costumbre contraria.
- 28 y 29. Principios de derecho constitucional mexicano.
30. Constitucionalidad de los artículos 8º y 9º del Código civil.
31. Influencia admisible de la costumbre.
32. Doctrina de los Doctores *Serna* y *Montalvan*.
33. Rectificación de la doctrina.
34. Doctrina de *Fernandez Gutierrez*.
35. Jurisprudencia *inglesa*.
36. Estatuto derogatorio.
37. El Rey de *Inglaterra* no puede introducir ningun cambio en la legislacion.

CAPÍTULO II.

De la costumbre.

§ 1º

1. En cuanto á la costumbre, tenemos desde la legislación romana varios textos que la favorecen. *Calistrato*, en el libro 1º de las cuestiones dice: Si se trata de hacer la interpretación de una ley, ántes que todo debe averiguarse cuál es el derecho que otras veces se ha usado en casos semejantes, porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes. (*Ley 37, ff. de Legibus.*) Y en otro pasaje resuelve *Paulo*: que la costumbre local es una guía segura para interpretar las palabras. *Verba ex consuetudine regionis interpretationem accipiunt.*

2. El jurisconsulto *Juliano* enseña, que la costumbre inveterada se tiene como ley y no sin razon (y este derecho se dice constituido por la costumbre), y despues agrega, que siendo así que las leyes no nos obligan por otra causa, sino porque están recibidas por el voto del pueblo, con razon tambien obligarán á todos aquellas cosas que el pueblo haya aprobado, aunque sin escrito; y razonando esta enseñanza, pregunta: ¿qué diferencia hay entre la voluntad del pueblo

manifestada por una votacion y la voluntad del mismo pueblo manifestada por las cosas y por los hechos?

3. Por medio de este razonamiento, infiere el jurisconsulto que muy rectamente está recibido el principio de que las leyes quedan abrogadas no solo por el voto del legislador, sino tambien por el consentimiento tácito del pueblo explicado por medio del desuso. (*Ley 32, ff. tit. 3º lib. 1º*)

4. El Emperador *Justiniano* dice que las leyes se imponen no tanto con las palabras como con los hechos. (*Ley 2, C. communiq de legatis*); y los Emperadores *Leon* y *Antemio* resuelven que la costumbre aprobada desde la antigüedad y guardada tenazmente, limita a la ley y tiene su fuerza. (*Ley 3ª, C. Quæ sit longa consuetudo.*)

§ 2º

5. El Derecho canónico, que muy elevadas inteligencias califican de fuente viva de equidad civilizadora, tampoco está de acuerdo con nuestro artículo, pues admite la costumbre como causa de derogacion y de abrogacion de las leyes. (*Decreto de Graciano, capítulo 6º, distincion 12ª, y capítulo 1º, distincion 1ª*)

§ 3º

6. El antiguo derecho español, que en su primitiva formacion (*el Fuero Juzgo*) acusa desde luego diversidad de razas, tradiciones y costumbres, se apartó de las prescripciones del derecho romano, cuando resolvió "que ningun juez non oya pleitos sino los que son contenidos en las leyes."

De esta manera, las gestiones judiciales que no estuvieren apoyadas en ley, no podrían tener eco en el foro de los visigodos; así como las que estuvieren fundadas en ley, no podrían ser desvirtuadas por medio de excepcion que tuviera

origen solo en las costumbres, y el mismo *D. Alonso el Sabio* adoptó, en su *Fuero Real*, la resolución del *Código visigodo*. (*Ley 11, tit. 1º, lib. 2º*)

7. Forma contraste con esta teoría del *Fuero Real* el sistema seguido por el mismo Rey *D. Alonso* en el Código de las *Partidas*, en donde en lugar de reproducir la resolución del *Fuero Real*, concordante con el derecho visigodo, vino, por el contrario, á dar fuerza de ley á la costumbre.

8. Y podremos decir, para explicar este cambio, que las doctrinas de Bolonia que hicieron su irrupcion en España, fueron las que determinaron á *D. Alonso* á borrar en las *Partidas* lo que ya tenia escrito en el *Fuero Real*, diciendo en aquellas: “costumbre es derecho ó fuero que non es escripto el qual han usado los homes luengo tiempo ayudándose del en las cosas et en las razones sobre que la usaron.” (*Ley 4ª, titulo, 2º, Partida 1ª*)

9. El mismo legislador, valorizando la fuerza de la costumbre, dice que esta puede convertirse en fuero, y que aun tiene otro poderío mayor, que es el de desatar el fuero antiguo; pero debe notarse que á este propósito pone el correctivo de que su efecto sea puramente local y que sea necesario que esto se haga con mandato del Señor et con placer de los de la tierra. (*Ley 6ª, tit. 2º, Partida 1ª*)

10. Tal era lo prescrito por el autor de las *Partidas*, cuando una ley del *Ordenamiento de Alcalá* y otra de *Toro* (*Ley 1ª, tit. 28, Ordenamiento de Alcalá, y Ley 1ª de Toro*), vinieron á resolver que las leyes se deben guardar en aquello que no sea contra Dios, contra razon y contra *las leyes*. (Véase *Censuario*.) Y esto que pudiera decirse relacionado solo con el *Fuero de las leyes* y con las leyes del *Ordenamiento* y de *Toro*, por un trabajo de generalizacion emprendido por *D. Felipe V* en Madrid, á 12 de Junio de 1714, se hizo un precepto general de una manera incontestable, en estos términos: “Todas las leyes del reino que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar li-

teralmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso, pues así lo ordenaron los *Señores Reyes Católicos* y sus sucesores en repetidas leyes, y yo lo tengo mandado en diferentes ocasiones." (*Leyes 3ª y 11ª, tit. 2º, lib. 3º Nov. Recop.*)

11. La legislación recopilada, que de esta manera cerraba la puerta á la costumbre como medio de decision de una cuestion judicial y á la práctica como norma de la tramitacion de los juicios, es la misma que habia aceptado como autoridades decisivas las opiniones de *Juan Andrés* y del *Abad* en las cuestiones de Derecho canónico, y las de *Bártolo* y *Baldo* en las de derecho civil, como puede verse en la declaracion 37 de las leyes que en el año 1499 dió la *Reina Doña Juana* en las *Cortes celebradas en Madrid*. Pero por fortuna los *Reyes Católicos* se apresuraron á corregir el mal, y tres años despues revocaron la ley de Madrid, que hablando de las opiniones de *Bártolo*, *Baldo*, y del *Abad*, en duda y á falta de ley, mandaron que se siguieran en el foro tales opiniones.

§ 4º

12. El derecho frances en este título hace punto omiso de la materia de nuestro artículo, lo mismo que los otros códigos modernos, con excepcion del *Código holandés* y del *bávaro*, que dicen que la ley no puede ser derogada, en todo ó en parte, sino por una ley posterior; por el contrario, el Código de la *Luisiana* admite expresamente la costumbre, dándole fuerza obligatoria de ley.

13. Mas debe advertirse que el mismo Código frances dice en otra parte, que los esposos no pueden estipular, de una manera general, que su asociacion sea regida por una de las costumbres que ántes regian, y que fueron abrogadas por el Código.

§ 5º

14. El Proyecto del Sr. *Goyena* enseña, que las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes, y que no vale contra su observancia el desuso, ni la costumbre, ó práctica en contrario, por antiguas y universales que sean.

15. El autor expresado hace la defensa de su Proyecto, diciendo que conviene á la dignidad del legislador y á la de la misma ley, que no pueda ser derogada sino por otra ley, y que nada es más natural que las leyes sean derogadas por los mismos medios y con las mismas formalidades con que son establecidas; apelando, por último, á la dificultad de probar la costumbre como un buen argumento para no admitirla.

§ 6º

16. El *Código portugués* declara que nadie puede eximirse de cumplir las obligaciones que la ley le impone, so pretexto de ignorarla ó de haber aquella caído en desuso. (*Artículo 9º*)

§ 7º

17. El Sr. *Sierra* en su Proyecto dice: que la ley no puede ser abrogada en todo ó parte, sino por otra ley posterior, sin que valga alegar contra su observancia el desuso, costumbre ó práctica en contrario.

§ 8º

18. El artículo 4º del *Código del Imperio*, nos dice: “La

ley no queda abrogada ni derogada sino por otra ley posterior." "Contra la observancia de la ley, no puede alegarse desuso, costumbre ó práctica en contrario."

19. El tecnicismo científico de este artículo está revelando toda la superioridad y competencia de sus autores.

Los Estados de *Veracruz* y *México* adoptaron esta redacción.

§ 9º

20. Lo mismo hizo nuestro Código, y solo se le puede reprochar el haber desleído en dos artículos un pensamiento que debió quedar encerrado en uno solo, como lo está en el Código de donde fué tomado.

§ 10º

21. Si no nos hubiéramos propuesto limitar nuestra tarea al simple oficio de expositores, entraríamos en la cuestión de si es ó no conveniente dar fuerza de ley á la costumbre, pero de lo que no podemos prescindir, es de hacer observar: que la legislación moderna no ha uniformado todavía su opinión sobre el particular, pues vemos que el *Código francés* y muchos de sus concordantes, no han establecido nada sobre esto.

§ 11º

22. El de la *Luisiana* adopta una resolución contraria á la de nuestro Código, y el *Código portugués* esquivo el entrar de frente en la cuestión, pues apenas se atreve á decir que el desuso, como la ignorancia de la ley, á ninguno pueden excusar legalmente de su cumplimiento.

23. Se comprende que el sistema que sobre este punto deba seguirse en un país democrático, no es ni puede ser nunca el mismo que se siga en otro regido por el absolutismo.

24. Y respecto del nuestro, debemos tener presente que la ley recopilada de *D. Felipe V*, que pretendió cerrar la puerta á la costumbre, quedó convertida en letra muerta, en fuerza precisamente del desuso en que cayó, sin que sea temerario decir que tal vez nunca estuvo en uso en *España* ni entre nosotros.

§ 12º

25. La jurisprudencia que puede fundarse en las disposiciones de nuestro Código, es: 1º, que la abrogacion de una ley en México no puede verificarse sino por efecto de una ley posterior que así lo declare ó que sea incompatible con la prescripcion de la ley antigua; y esto mismo absolutamente debe sostenerse respecto de la derogacion.

26. El segundo principio que debe sostener nuestra jurisprudencia, es que entre nosotros ninguna ley civil pierde su fuerza obligatoria por mucho tiempo que trascurra sin que se presenten casos en que se haga la aplicacion práctica de su precepto.

27. Tambien debe sostener, que aun cuando se introduzca alguna costumbre contraria á la ley, esta costumbre jamas llegaria á constituir derecho no escrito en términos de invalidar la ley civil anterior.

28. Esto tal vez no sea conforme á los buenos principios de legislacion de que nos habla *Ulpiano*, al autorizar la costumbre como ley; pero consideraciones de orden público, han formulado los artículos 41 y 51 de la Constitucion federal, que resuelven que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Union y de los Estados, y que el ejercicio del supremo Poder legislativo está depositado en una asamblea, que se denomina Congreso de la Union.

29. Pudiera suscitarse la duda de si la costumbre es admisible como derecho no escrito á falta de ley positiva. Mas como veremos mas adelante, otro artículo de la Constitución declara que nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, &c. Y la palabra "dadas" de que usa la Constitución, no puede entenderse sino en el sentido de expedidas legalmente.

30. De esta manera está patentizada la constitucionalidad de los artículos 8º y 9º de nuestro Código, aunque tal vez quede todavía en duda si sea conforme á los principios democráticos negar toda autoridad á la voluntad del pueblo manifestada por actos explícitos y uniformes.

31. Ahora, sin embargo de lo dicho, queda un último atrincheramiento á la costumbre que, no contrariando la ley, sirve para fijar el sentido en que ha acostumbrado aplicarse; y respecto de esta, nadie puede negar la influencia decisiva que siempre ha de ejercer en la aplicación de la ley.

§ 13º

32. Los Dres. la *Serna* y *Montalvan* enseñan que la abrogacion de la ley consiste en su anulacion y revocacion total y la derogacion en la parcial; que una y otra es expresa cuando una nueva ley abroga ó deroga expresamente la antigua, y tácita cuando esto sucede sin determinacion expresa legislativa; tambien enseña que la abrogacion ó derogacion expresas, se hacen en términos generales ó en términos especiales referidos á leyes determinadas, y por último, que tambien se abroga ó deroga tácitamente una ley: 1º, cuando la nueva contiene disposiciones contrarias á las de la antigua, sin expresar que la abroga ó deroga; 2º, cuando han cesado del todo los motivos de la ley, y 3º, cuando se ha introducido una costumbre contraria á la misma ley.

33. Nos ocurre, á propósito de esta doctrina, que lo que su-

433

cede cuando cesan los motivos de una ley, es solamente que dejan de presentarse casos prácticos de aplicación de la ley; y en cuanto á la costumbre, los artículos 8 y 9 de nuestro Código, se oponen á la adopción de tal doctrina en el foro mexicano.

§ 14°

34. Fernandez Gutierrez, hablando de la derogación de la ley, trata de la derogación expresa que viene de una ley posterior por el principio de que *posteriora, prioribus derogant*, y trata también de la derogación tácita que consiste en el no uso; lo cual, como hemos visto, no cabe en el sistema adoptado por nuestro Código, que exige derogación expresa de otra ley posterior.

§ 15.

35. Un célebre juriscónsul inglés, defendiendo como es natural su *common law*, dice: Las leyes romanas, como existían en los tiempos de su libertad, tenían también grandes miramientos con la costumbre, más no tanto como las nuestras; ellas no la adoptaban sino cuando se palpaba que la ley escrita era defectuosa. Por lo demás, las razones escritas en el *Digesto*, justifican plenamente nuestro respeto por la costumbre; y después de citar una ley de Juliano, que dice que es lo mismo que el pueblo manifieste su voluntad por sufragios, que por actos uniformes, agrega el juriscónsul inglés: Así se discurría cuando Roma conservaba algunos restos de su libertad, mas cuando la tiranía imperial se consolidó, las leyes civiles emplearon un lenguaje diferente. “*Quod principi placuit leges habet vigorem, cum populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferit,*” dice Ulpiano. “*Imperator solus et conditor et interpres legis existimatur!*” dice el Código, y agrega: “*Instar sacrilegii est rescripto*

Principis obviare. De hecho: uno de los distintivos de la libertad inglesa, es que la ley comun esté fundada en la costumbre.

36. El mismo jurisconsulto enseña, que si un estatuto derogatorio de otro es en seguida abrogado él mismo, por este solo hecho queda restablecido el primero, sin necesidad de declaracion formal á este efecto. (*Blakstone. Tomo 1º, página 144.*)

37. Y en otro lugar enseña que el Rey no puede por sí mismo introducir ningun cambio, pero que sí puede aprobar ó desaprobar los propuestos ó consentidos por las dos cámaras. (*Blakstone. Tomo 1º, página 267.*)