

## CAPÍTULO 2 LA COSTUMBRE

97. La concepción de la costumbre. En una concepción sociológica del derecho, la costumbre desempeña una función preponderante: constituye en efecto la infraestructura sobre la cual se desarrolla el derecho y es la directriz para legisladores, juzgadores y doctrina que la aplican y la desarrollan. La escuela positivista, por su parte, se afanó por aniquilar la función de la costumbre, al considerar que ésta no tenía más que una función muy limitada, y su desempeño resultaba mínimo frente a un derecho ya codificado e identificado plenamente con la voluntad del legislador. Esta actitud peca de falta de realismo, en tanto la escuela sociológica, al desarrollar en una concepción inusitada la expresión “fuente de derecho”, radicaliza en el otro extremo, la función de la costumbre. Desde nuestra óptica la costumbre no es el elemento fundamental y primario del derecho que la escuela sociológica quería atribuirle. La costumbre no es más que uno más de los elementos que coadyuvan a desentrañar la solución justa. En las sociedades modernas, la costumbre como elemento de composición del orden jurídico, dista mucho de tener la importancia primordial que tiene la ley, sin embargo, la costumbre está muy lejos de ser tan insignificante como lo ha pensado la doctrina del positivismo legislativo.

Juristas franceses y alemanes tienen, en la teoría, una actitud diferente con respecto a la costumbre. Los juristas franceses se inclinan a considerar a la costumbre, como una fuente de derecho obsoleta con una función débil a partir de que se le ha reconocido a la codificación, punto de partida de la preeminencia indiscutible de la ley. Los juristas franceses están más que prestos a suscribir fórmulas legislativas, como las existentes en Austria y en Italia, en donde la aplicación de la costumbre sólo se permite en los casos y conforme la ley lo permita, y remite a la jurisdicción a lo expresamente dispuesto por la ley. En Alemania, en Suiza y en Grecia, se afanan en presentar la ley y a la costumbre como fuentes de derecho en el mismo plano.<sup>1</sup> Esta percepción tradicional está dominada aparentemente por el recuerdo de la Escuela histórica que en pleno siglo XIX concebía al derecho como resultado de la conciencia popular. Sin embargo, tales diferencias teóricas no tienen ninguna consecuencia práctica. De hecho, por doquier se constata la actitud que consiste en considerar a la ley como la fuente única, o casi única fuente de derecho; sin embargo la realidad diverge totalmente de esta percepción y tiende a conferirle a la costumbre una función mucho mayor que la que la simple apariencia pudiera sugerir.

98. La función práctica de la costumbre. Para una mejor comprensión de la ley, se necesita a menudo el complemento de la costumbre a la que el legislador recurre, cuando pretende aclarar nociones que la costumbre misma puede proveerle. Si no se recurre a la costumbre, no se puede determinar si la conducta de una persona es culpable, si determinada expresión gráfica constituye una firma, si una persona actuó en un plazo razonable, si el autor de una infracción podría hacer

---

<sup>1</sup> E. Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, traducido del alemán por M. Fromont, 1969, p. 239; P. J. Zepos, “Quinze années d’application du code civil hellénique”, *RID comp.*, 1962, pp. 281-308; M. Beguelin, *Das Gewohnheitsrecht in der Praxis des Bundesgerichts*, 1968; M. Fromont y A. Rieg, *Introduction au droit allemand*, t. I, p. 196, Cujas 1977.

valer circunstancias atenuantes, si un bien constituye o no parte del menaje familiar, si hubo o no imposibilidad moral de procurarse una prueba escrita de una obligación. Todos los intentos para eliminar la función de la costumbre respecto a estos enunciados derivan en una concepción casuística contraria al espíritu del derecho de los países pertenecientes a la familia romano-germánica y parece vano pretender eliminar la inmensa función atribuida a la costumbre *secundum legem*.

Por el contrario, los progresos de la codificación y el primado de la ley en los regímenes democráticos de las sociedades modernas han reducido de manera drástica el ámbito de la costumbre *praeter legem*. Hoy en día los juristas de la familia romano-germánica han hecho esfuerzos denodados por asegurar su razonamiento en los textos legislativos. La costumbre *praeter legem* está condenada, en esas condiciones, a no tener más que una función secundaria.

La función de la costumbre *adversus legem* es de igual manera, al menos en la apariencia, muy restringida, y aún cuando no se niegue en principio. La jurisdicción es especialmente reticente para enfrentar al Poder Legislativo.

El análisis de la costumbre se encuentra falseado por la importancia fundamental reconocida por la ciencia a los textos del derecho romano en tiempos pretéritos y en la actualidad a los códigos nacionales. La costumbre desempeñó una función muy importante en la evolución del sistema romano-germánico pero esta función tenía necesidad de una legitimación, que fue encontrada en la Edad Media en algunos de los textos del Digesto.<sup>2</sup> En la actualidad resulta aún muy difícil liberarse de la concepción romano-germánica de la noción de costumbre; existe una propensión natural a ubicar toda la costumbre en el marco de la ley, aún cuando para ello sea necesario falsear, que las costumbres están conformes con la ley, cuando, en realidad, colman lagunas legales e incluso van en contra de la ley. Es así como la costumbre ha perdido, salvo escasas excepciones, su carácter de fuente autónoma de derecho. Pareció que se podía soslayar su análisis, puesto que el único problema que existía era el de la interpretación de la ley.

Una visión más exacta de la función de la costumbre, que permite, en lo particular, comprender los derechos tradicionales africanos, no puede obtenerse, que dejando de confundir el derecho y la ley. Si la ley no se confunde con el derecho, y a la ley se le concibe como un simple medio — el principal en nuestros días — para llegar al conocimiento del derecho, nada se opone a que se reconozca, paralelamente a los textos legislativos, la utilidad de otras fuentes de derecho. Entre las fuentes del derecho, la costumbre está destinada a ocupar un lugar predominante: es natural y hasta inevitable considerar la conducta habitual de los hombres para determinar cómo objetivamente se comporta la sociedad. La costumbre no necesita que se le atribuya un valor *per se*, únicamente se le considera en la medida en la que sirve para indicar la solución justa. El jurista no debe aplicarla de manera automática; tiene que ejercer su crítica e interrogarse, en lo particular, si la costumbre es razonable.

---

<sup>2</sup> Entre otros en un fragmento de Julián, D. 1.3.32. Cf. J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 4a. ed., 1982, pp. 128 y ss.