

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO CONSUECUDINARIO

1. Significado de “fuentes del derecho”	33
2. Algunos aspectos generales sobre la costumbre	35
3. Concepto de costumbre	52
4. Los elementos del procedimiento consuetudinario	53
5. Costumbre e interpretación	55

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO CONSUECUDINARIO

SUMARIO: 1. Significado de “fuentes del derecho”; 2. Algunos aspectos generales sobre la costumbre; 3. Concepto de costumbre; 4. Los elementos del procedimiento consuetudinario, a) El carácter fáctico, b) El carácter normativo; 5. Costumbre e interpretación.

1. Significado de “fuentes del derecho”

Aun cuando para Claude Du Pasquier el “término fuente crea una metáfora bastante feliz”,¹ se ha observado que la expresión “fuentes del derecho” tiene varios significados y es frecuente que sea causa de equívocos. Esto se aprecia —afirma el profesor Paton— analizando sus diversos usos a lo largo de un mismo texto.²

La expresión “fuentes del derecho”, por una parte —nos dice Kelsen—, es usada para designar los *métodos de producción del derecho*.³ Es así como suele sostenerse que los procedimientos legislativo y consuetudinario son las fuentes del derecho. A este respecto se entiende por derecho —continúa Kelsen— únicamente las disposiciones generales y se ignoran las particulares, no obstante que éstas son tan parte integrante del orden jurídico como las generales, con base en las cuales han sido producidas.⁴ En este sentido, deben incluirse también entre las “fuentes del derecho” a los procedimientos para emitir una sentencia judicial o una resolución administrativa, al procedimiento contractual, así como cualquier otro método de producción de normas particulares.

Es oportuno mencionar que las “fuentes del derecho”, según el pro-

¹ DU PASQUIER, Claude, *Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica*, Lima, 1944, p. 39, en la obra de AFTALIÓN, Enrique R., Fernando García Olano y José Vilanova, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, p. 294; el subrayado es nuestro.

² Cfr., PATON, George Whitecross, *A Textbook of Jurisprudence*, Great Britain, Oxford University Press, 1972, p. 188.

³ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 243; *vid.*, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1971, pp. 51 y 55.

⁴ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), pp. 242-243; *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 6, capítulo II), pp. 155-156.

fesor Stammler, en cuanto métodos de creación de normas jurídicas, pueden manifestarse de dos maneras: *conforme* con el derecho vigente o *sin atender* a él y, hasta, quizá, en *contra* de él.⁵ El primero podría denominarse la modalidad *regular* o *prevista* de producción de normas jurídicas, ya que es creado de acuerdo con el orden jurídico establecido; y, el segundo, el procedimiento *originario* o *irregular* de creación de derecho, en tanto que el mismo no encuentra su fundamento en el derecho hasta entonces positivo.

Por “fuentes del derecho” se entiende también al *fundamento de validez del derecho* y, especialmente, al último fundamento positivo de validez de un orden jurídico: la constitución.⁶

Pero, en la práctica, sólo se denomina “fuente” al fundamento de validez inmediato de cierta disposición conocida como jurídica (legislación, contrato, etcétera). Así, nos encontramos que la constitución sería la fuente de la legislación y la costumbre; estas últimas representarían la fuente de cierta sentencia judicial y ésta podría considerarse como la fuente de los deberes jurídicos o derechos subjetivos que se establecen para los litigantes, o bien, de la autorización otorgada a cierto órgano para ejecutar tal sentencia. De esta manera, afirma Kelsen, desde el punto de vista jurídico-positivo, “fuente de derecho” sólo puede ser el derecho.⁷

Sin embargo, la expresión “fuentes del derecho” es aplicada, igualmente —por la doctrina tradicional—, con un carácter no jurídico, cuando bajo ese título se nombran las ideas o factores que de hecho —esto es, causal— ejercen influencia sobre los órganos de producción jurídica, así, especialmente, principios morales y políticos, doctrinas jurídicas, opiniones de expertos, etcétera. Debemos diferenciar claramente estas fuentes, denominadas “reales”,⁸ de las fuentes jurídico-positivas. La distinción radica, principalmente —señala Kelsen—, en que éstas son jurídicamente obligatorias mientras que las otras no, en tanto no haya una disposición jurídica positiva que delegue en ellas la creación de derecho, proporcionándoles de este modo fuerza obligatoria.⁹

Asimismo, hay una corriente de juristas que tienden a caracterizar las “fuentes del derecho” como el *derecho aplicable* que llega a determinarse en un tiempo y lugar específicos.¹⁰ En nuestra opinión, esta concepción muestra cierto parecido con la que identifica a las “fuentes

⁵ Cfr., STAMMLER, Rudolf F., *Tratado de filosofía del derecho*, traducción de W. Roces, México, Editora Nacional, 1974, p. 171.

⁶ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 242.

⁷ *Ibidem*, pp. 242-243.

⁸ *Vid.*, GARCÍA MAYNÉZ, *op. cit.*, *supra* (nota 3, capítulo III), pp. 51-52.

⁹ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 243; *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 6, capítulo II), p. 156.

¹⁰ *Vid.*, AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo III), pp. 287 y 55.

del derecho” con el *fundamento de validez* o con los *métodos de producción de normas jurídicas*. En cierto sentido, a esto se refiere el profesor Vernengo cuando afirma que “la fuente formal es aquella norma o enunciado que el órgano puede invocar como justificación socialmente suficiente de la norma que introduzca en el orden jurídico”.¹¹ En realidad, advierte Paton, las “fuentes del derecho”, en cuanto fundamento de validez de las normas jurídicas, dependen de la particular definición de derecho que se adopte.¹²

Tomando en cuenta lo anterior, el jefe de escuela de Viena señala que la ambigüedad del término “fuentes del derecho” parece hacer inútil su empleo. En vez de una expresión figurada y equívoca debiera introducirse un término capaz de describir de manera clara y directa el fenómeno que se tiene presente.¹³ En este orden de ideas pareciera preferible, por ejemplo, preguntarse: ¿cuál es el fundamento de validez del derecho?, ¿cuáles son los procedimientos por los cuales el derecho es creado?, ¿cómo se determina el derecho aplicable?, etcétera.

2. Algunos aspectos generales sobre la costumbre

Es ampliamente aceptado por los tratadistas del derecho que el procedimiento consuetudinario constituye un método de producción jurídica. Precisamente al resultado de este procedimiento normativo de creación se ha denominado “costumbre”.¹⁴

En opinión del eminente jurista C. K. Allen, la existencia de una comunidad, la mera pluralidad de individuos, presenta costumbres de las cuales el individuo particular no puede divorciarse. Nuestras comunidades más altamente desarrolladas y civilizadas del mundo moderno se encuentran tan repletas de costumbres como las comunidades primitivas del pasado. Esas costumbres son quizá más racionalizadas y, para la mayoría, menos supersticiosas de lo que fueron en la antigüedad; pero, en realidad, son igual de numerosas y poderosas.¹⁵

Independientemente de las diversas definiciones que se han dado de costumbre y del significado habitual que se le atribuye, pudieramos

11 VERNENGO, Roberto José, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 329.

12 *Cfr.*, PATON, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo III), pp. 188-189.

13 *Cfr.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 6, capítulo II), p. 156.

14 Es conveniente advertir que esta distinción entre procedimiento consuetudinario y costumbre no es unívoca entre los tratadistas del derecho. Frecuentemente, algunos juristas confunden ambos y aluden con el término “costumbre” tanto al procedimiento como a su producto, o bien, exclusivamente al primero.

15 *Cfr.*, ALLEN, Carleton Kemp, *Law in the Making*, Oxford University Press, 1951, p. 61.

afirmar que esta expresión connota al resultado de un procedimiento de creación jurídica ajeno al legislativo o al de precedente judicial. Tal aseveración ha provocado que frecuentemente se identifique al derecho consuetudinario con el derecho no escrito. Pero este criterio es equívoco en cuanto que puede haber cierto derecho no escrito —*v. gr.*, un contrato consensual— el cual quizá nadie haya pensado como constitutivo de alguna costumbre; al mismo tiempo, nos encontramos con determinadas prácticas —como las gubernamentales— que constan por escrito y, no obstante, se estima que algunas de ellas constituyen un procedimiento consuetudinario de creación jurídica.

En general, el estudio de la forma consuetudinaria de creación de derecho trae aparejado una serie de conclusiones que difieren en cada uno de los autores que la han tratado. Esto obedece, frecuentemente, como advierte el profesor Paton, a que la mayoría de los juristas se preocupan más por conseguir alguna comprobación de ciertas valoraciones dogmáticas previamente elaboradas mediante especulaciones abstractas y dejan a un lado el objetivo y profundo análisis que la importancia de la costumbre requiere.¹⁶ En ocasiones, alguna teoría sobre la creación jurídica es *inventada* —señala Lucio Bove— y los autores proceden a buscar ejemplos favorables en la historia de la experiencia institucional, ignorando aquellos que no consideran convenientes para el reforzamiento de sus postulados.¹⁷ Es claro que ningún beneficio científico puede obtenerse a través de este método.

En consecuencia, al abordar el estudio de la costumbre es conveniente investigar su significado dentro del lenguaje ordinario, para saber qué es lo que “costumbre” efectivamente denota y, en especial, intentar determinar cuál es su connotación dentro del lenguaje jurídico o de la teoría jurídica, para obtener un sentido específico de “costumbre”.

Pues bien, cuando los juristas dicen “costumbre” se refieren primordialmente a una *pauta de conducta*, más o menos persistente por parte de todos, o por la mayoría de los miembros de una comunidad, la cual engendra la prescripción de mantener esa pauta de conducta.¹⁸

¹⁶ Cfr., PATON, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo III), p. 190.

¹⁷ Cfr., BOVE, Lucio, *La consuetudine in diritto romano*, Napoli. Casa Editrice Jovene, 1971, pp. 1-2. Tal es el caso, por ejemplo, de la Escuela Histórica, en particular Savigny y Puchta, quienes pretendieron apoyarse en el derecho romano para justificar su teoría sobre la creación jurídica como resultado del “*espritu popular*” (*vid.*, *ibidem*, pp. 2-15).

¹⁸ Véase, BRAYBROOKE, E. K., “Custom as a Source of English Law”, en *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 50, núm. 1, noviembre de 1951, p. 71. Independientemente de las diversas definiciones que se han dado de costumbre y del significado habitual que se le atribuye, pudiéramos afirmar que esta expresión connota al resultado de un procedimiento de creación jurídica ajeno al legislativo (*cfr.*, *ibidem*, p. 76). Tal observación ha provocado que frecuentemente se identifique al derecho consuetudinario con el derecho no escrito. Pero este criterio es equívoco en cuanto que puede

Pero, ¿cómo llega a establecerse la *pauta de conducta* constitutiva de una costumbre? Diversas han sido las respuestas que ha intentado proporcionar la dogmática jurídica. Según el profesor Francisco Gény, “la formación de un derecho consuetudinario supone primeramente el que por una serie bastante de *hechos repetidos*, se ha establecido una práctica constante respecto a una relación de la vida social, y éste es el elemento de hecho que sirve a la costumbre de *substratum necesario*”.¹⁹

Es así como se afirma que la *costumbre es, por definición, conducta repetida*.²⁰ No obstante, debe advertirse que en rigor las conductas o los acontecimientos no son exactamente idénticos y, por tanto, no pueden repetirse.²¹ Como observaba el filósofo presocrático, Heráclito de Éfeso: “No puedes entrar dos veces en el mismo río, porque nuevas aguas están siempre fluyendo sobre tí.”²² Pero, si una conducta, en estricto sentido, jamás se repite, ¿cómo es posible pensar que una serie de conductas pudieran llegar a constituir una costumbre?

Si un evento nunca es repetición de otro y si en esa medida no es posible que los actos se repitan, entonces, la *repetición* no se presenta a nivel fáctico.²³ Al hablar de repetición de conductas en relación a la costumbre, más bien se tienen en cuenta comportamientos *diversos* realizados por diferentes sujetos, en distinto tiempo y diferente lugar; *diversidad*, a pesar de la cual, se habla de *repetición*. Cuando se dice “repetición”, en realidad, se hace una abstracción de ciertos datos, estimados semejantes, que presentan los comportamientos ocurridos, prescindiendo

haber cierto derecho no escrito —v. gr., un contrato consensual—, el cual quizá nadie haya pensado como constitutivo de alguna costumbre: al mismo tiempo que nos encontramos con determinadas prácticas —como las gubernamentales— que constan por escrito y, no obstante, se estima que las mismas sí integran un procedimiento consuetudinario de creación.

¹⁹ Continuando el profesor Gény: “Pero no basta esto para que una relación consagrada por el uso se erija en relación jurídica positiva, es necesario además que la práctica que la motiva la constituya con un carácter de necesidad (*opinio necessitatis*), de modo que la impongan, en caso necesario, en virtud de una regla dotada de sanción pública” GÉNY, Francisco, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Editorial Reus, 1925, pp. 311-312; el subrayado a las palabras en español es nuestro). Sobre las características de la costumbre jurídica que el profesor Gény añade a los *hechos repetidos*, véase, *infra*, nuestro punto de vista

²⁰ AFTALIÓN, *et al*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo III), p. 339.

²¹ *Cfr.*, *ibidem*, p. 341. Todo comportamiento humano tiene una dimensión exclusiva: dimensión espacial, temporal, material y personal (*vid.*, TAMAYO, *op. cit.*, *supra*, nota 16, capítulo II, pp. 90-91).

²² Citado por PLATO, “Theaetetus” en *The Dialogues of Plato*, incluido en *Great Books of the Western World*, Chicago, vol. 7, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1978, p. 546.

²³ *Vid.*, TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “El derecho consuetudinario y la constitución”, en el vol. *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, pp. 165-166; VERNENGO, Roberto J., “El hecho consuetudinario”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, núm. IV, octubre-diciembre de 1961, pp. 170 y 176.

de sus diferencias. La costumbre, pues, contiene siempre un *criterio* que determina qué es *lo común en los actos* —diversos en su acaecer empírico— que se consideran *repetidos*.²⁴ En este sentido, será conveniente explicar cómo opera el criterio de lo *repetido* en los actos que constituyen una costumbre.

Con tal propósito, hemos decidido seguir al profesor Rolando Tamayo, quien señala:

Consideremos un conjunto de comportamientos jurídicos de cualquier comunidad normativa. A dicho conjunto lo denominaremos “R”, donde $R = e_1, e_2, e_3, e_4, e_5, \dots, e_n$. Ahora bien, si una costumbre supone un conjunto de comportamientos con determinadas características, entonces, una costumbre en la comunidad R será, siemp.e, un subconjunto de R. Pensemos que C constituye una costumbre contenida en R. Pues bien, si C es un subconjunto de R, para determinar que ciertos comportamientos forman una costumbre bastará con encontrar las reglas de formación y las entidades de C. Supongamos por hipótesis que $C = e_1, e_3$ y e_5 . ¿Qué características tienen e_1, e_3 y e_5 que los hacen, por ejemplo, diferentes de e_2 y e_4 ? Sucede simplemente que e_1, e_3 y e_5 satisfacen un criterio de pertenencia, al que puede llamarse “lo repetido”, criterio que no satisfacen e_2 ni e_4 . Es así como puede decirse que todos aquellos comportamientos de R que satisfagan dicho criterio establecido en C son *repetidos* y, por tanto, pertenecen a C, esto es, son instanciaciones de la costumbre C.²⁵

Los comportamientos e_1, e_3 y e_5 son *repetidos* —continúa diciendo el profesor Rolando Tamayo—, porque satisfacen los criterios de *repetición* establecidos en C. Pero es necesario subrayar que tal criterio, como todo criterio, es establecido por alguien o algunos. Dichos criterios, por ejemplo, podrán ser: a) “son *repetidos* ciertos comportamientos (cuando menos dos) que se produzcan dentro de un mismo tipo de personas (cónyuges, deudo.es, comerciantes, trabajadores, etcétera)”; b) “aquellos que se produzcan dentro de un mismo lugar (municipio, parroquia, Estado, etcétera)”; c) “los que persigan un mismo objeto”, y d) “los que produzcan las mismas consecuencias”; etcétera. Los criterios de *repetición* señalados pueden encontrarse combinados entre sí o incluir varios otros requisitos. Pero, sin importar lo simple o complejo del criterio de *repetición*, éste tendrá que ser satisfecho si se quiere *p.edicar* que, cuando menos dos comportamientos, son *repetidos*.²⁶

Si lo *repetido* es una propiedad que resulta de la conformidad de

²⁴ Cfr., AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo III), pp. 341-342.

²⁵ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), pp. 165-166, lo apuntado en la nota número 21.

²⁶ Cfr., *ibidem*. Según el profesor Vernengo, para determinar cuándo hay una costumbre se requiere que, previamente a toda investigación de los hechos, se especifique cuál es la clase de actos cuyo carácter repetido (“consuetudinario” o “acostumbrado”) se investiga. De este modo, “puede darse una costumbre, como propiedad de una clase de actos, sin que se dé simultáneamente ninguna de las conductas *acostumbradas*” (VERNENGO, *op. cit.*, *supra*, nota 23, capítulo III, p. 172).

cierta conducta o acontecimiento con un específico criterio, entonces —según Rolando Tamayo— resulta que la costumbre (conjunto de comportamientos *repetidos*) es siempre determinada por alguien o algunos. De lo anterior se infiere que la existencia de los comportamientos son condición necesaria de la costumbre, pero no condición suficiente. Para que determinados comportamientos constituyan una costumbre, tales eventos tendrán que ser considerados como comportamientos *repetidos*, de acuerdo a ciertos criterios establecidos por alguien o algunos.²⁷

En tanto se requiere de cierto número de comportamientos *repetidos*, la mayoría de los juristas invariablemente conciben a la costumbre como *inveterata consuetudo*, poniendo bastante énfasis en su antigüedad y frecuencia.²⁸ Es así como Blackstone, por ejemplo, ha sostenido que la costumbre deriva su fuerza obligatoria de un “uso prolongado inmemorial”.²⁹ No obstante, debe observarse, de acuerdo con el profesor Allen, que nunca ha sido definido lo que exactamente constituye antigüedad en derecho.³⁰

Tomando en cuenta que una serie de conductas, realizadas con mayor o menor frecuencia, son consideradas como *repetidas* de acuerdo con el criterio determinado por alguien o algunos, la función del “uso prolongado e inmemorial” puede ser explicada, siguiendo a Braybrooke,

²⁷ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), p. 166, lo apuntado en la nota número 21. En razón de lo expuesto, consideramos que esta teoría quedaría incluida entre las que, según el profesor Allen, niegan que la costumbre tenga un origen espontáneo en la sociedad y le asignan un carácter más artificial (véase, ALLEN, *op. cit.*, *supra*, nota 15, capítulo III, p. 105).

²⁸ Vid., ALLEN, *op. cit.*, *supra* (nota 15, capítulo III), p. 78. Tal es el caso, por ejemplo de la llamada doctrina romanocanónica que considera a la *inveterata consuetudo*, junto con la *opinio iuris seu necessitatis*, como elementos integrantes de la costumbre (v.d., GARCÍA MÁYNES, *op. cit.*, *supra*, nota 3, capítulo III, pp. 61-62).

²⁹ Cfr., BLACKSTONE, *Commentaries*, 1839, p. 64, citado por Braybrooke, *op. cit.*, *supra* (nota 18, capítulo III), p. 72.

³⁰ Cfr., ALLEN, *op. cit.*, *supra* (nota 15, capítulo III), p. 78. “Desde un punto de vista sociológico, es difícil precisar el número de veces que se repite una acción o una fórmula antes de convertirse en costumbre, hasta puede pensarse que tratándose de soluciones acertadas a un problema o a situaciones excepcionales, el primer caso es suficiente” PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Editorial Jus, 1976, p. 178). Asimismo, hay diversidad de criterios respecto del tiempo que requiere transcurrir para poder configurarse una costumbre: Coke, por ejemplo, habla de seis siglos (citado por BRAYBROOKE, *op. cit.*, *supra*, nota 18, capítulo III, p. 71). Algunas interpretaciones del derecho romano exigían cien años; los canonistas, diez; en Inglaterra es frecuente la exigencia de que la memoria humana no retenga casos contrarios al invocado como costumbre (cfr., AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, capítulo III, p. 351). Azo distingue a la costumbre como *larga*, si tiene diez años; *muy larga*, si tiene treinta años y *anciana*, si tiene más de cuarenta (citado por PATON, *op. cit.*, *supra*, nota 2, capítulo III, p. 193). En las siete partidas del rey Alfonso el Sabio se señalan diez o veinte años (cfr., Ley 5a., Título II, Partida Primera). En realidad, según el profesor Paton, no es necesario que la costumbre sea inmemoriamente vieja (cfr., PATON, *op. ult. cit.*, p. 193).

como la ideología (*legal fiction*) inventada por alguien o algunos —especialmente jueces—, con el único propósito de dar fundamento jurídico, de origen, al uso prolongado, y encontrar una mejor justificación a su decisión ³¹

De esta manera, en nuestra opinión, es falso que sea necesaria la realización de un específico número de conductas *repetidas* durante un cierto tiempo prolongado para encontrarnos en posibilidad de afirmar la existencia de una costumbre, puesto que, aun cuando se piense que en cierto caso ha sido satisfecho varias veces un criterio de *repetición* establecido por alguien o algunos, no puede seguirse de allí la *significación normativa* que generalmente es atribuida a la costumbre.

Pensamos que del hecho que ciertas conductas se *repitan* ante determinadas situaciones típicas (las situaciones que alguien o algunos determinan al establecer un criterio de *repetición*) únicamente puede seguirse que si alguien se encuentra en tal situación, *suele seguirse* un tipo de conducta.

Pero el argumento que sostiene que el enunciado “tal conducta *debe* realizarse” se sigue del hecho que esa conducta *suele* presentarse, es una falacia. ³² De un *ser* no puede derivarse lógicamente un *deber ser*, para decirlo en términos kelsenianos. Consecuentemente, el que haya una serie de conductas *repetidas* no es condición suficiente para afirmar la existencia de una costumbre.

En todo caso, lo que se puede sostener es que habrá costumbre únicamente cuando las conductas que *suelen* presentarse (satisfaciendo los criterios de *repetición*) son interpretadas normativamente.

³¹ Cfr., BRAYBROOKE, *op. cit.*, *supra* (nota 18, capítulo III), p. 89. En nuestra opinión, el requisito de la “razonabilidad” que se exige en ciertos sistemas jurídicos —como en Inglaterra, por ejemplo—, para que opere jurídicamente una costumbre, desempeña la misma función que el argumento del “uso prolongado e inmemorial”.

³² Cfr., Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 201. Sin embargo, Jellinek sostiene que la simple repetición de conductas lleva emparejada su carácter normativo: “Para comprender la evolución del derecho y de la moralidad, es de una grande importancia el conocer la fuerza normativa de los hechos... Vale como derecho en cada pueblo, ante todo, lo que realmente es vivido como tal... No nace este derecho del espíritu popular que lo sanciona ni de la convicción común de que algo ha de ser derecho en fuerza de su necesidad interna: no nace de un acto de voluntad tácita del pueblo, sino de las propiedades generales psíquicas que hace se considere como normativo lo que constantemente se viene repitiendo en la realidad... porque lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio” (JELLINEK, George, *Teoría general del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1943, pp. 278-279; el subrayado es nuestro). Debemos señalar, siguiendo a García Máynez que si esta teoría fuese correcta y la pura reiteración de determinadas formas de conducta imprimiese siempre a éstas el sello de lo obligatorio no entenderíamos por qué hay ciertos cursos de conducta que nunca llegan a ser interpretados como observancia de un deber (cfr., GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1975, p. 110).

La cuestión que ahora demanda ser esclarecida se refiere a la forma mediante la cual es posible interpretar *normativamente* un conjunto de conductas *repetidas*.

De acuerdo con un compartido criterio, la significación normativa de la costumbre se deriva de la *convicción jurídica* de los individuos que al realizar su conducta constitutiva de una costumbre se encuentran actuando *conforme* a derecho. Tal es el criterio que la teoría romano-canónica denomina *opinio iuris seu necessitatis*. Según esta doctrina, los individuos que a través de su conducta crean una costumbre tienen que considerar sus actos como determinados por una norma jurídica, esto es, encontrarse convencidos de que a través de sus actos cumplen deberes jurídicos o ejercitan derechos subjetivos.³³

Al respecto, siguiendo a Bobbio, es conveniente señalar que exigiendo ese requisito se afirmarían dos cosas contrastantes entre sí: por un lado, que la costumbre no podría formarse si no se presenta la *opinio iuris*; pero, al mismo tiempo, la *opinio iuris* podría constituirse sólo cuando la costumbre estuviese ya formada (suponiendo ésta, en efecto, la preexistencia de una obligación jurídica, a la cual pensaría someterse el individuo con el hecho de guardar tal costumbre).³⁴ En opinión de Kelsen, los individuos que a través de su conducta producen una costumbre pueden pensar, erróneamente, que se encuentran obligados por alguna norma jurídica a realizar la conducta *repetida*; pero tal error no es necesario para constituir un procedimiento consuetudinario creador de derecho. En realidad, desde el punto de vista del derecho positivo, los actos constituyentes del procedimiento consuetudinario son efectuados libremente, tanto como lo son los que realiza un individuo al celebrar un contrato o al elaborar una ley.³⁵

Así pues, pudiera sostenerse que cuando los individuos que establecen una costumbre tienen la creencia que al realizar los actos *repetidos* están actuando conforme a derecho, no es sino el resultado de un error, en tanto que *los actos que constituyen un específico procedimiento consuetudinario creador de derecho no pueden encontrarse jurídicamente determinados por una costumbre que no han creado*. Aún más, ocurre frecuen-

³³ *Id.*, GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, *supra* (nota 3, capítulo III), pp. 61-62.

³⁴ *Cfr.*, *La consuetudine como fatto normativo*, Padua, 1942, citado por BISCARETTI, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo II), pp. 158-159.

³⁵ *Cfr.*, KELSEN, Hans, "Teoría del derecho internacional consuetudinario", traducción de Ariel Peralta, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VII, núm. 21, UNAM, septiembre-diciembre de 1974, pp. 243-245. Como afirma Kelsen: "Los sujetos al efectuar esos actos no están, objetivamente, ligados a la norma jurídica que, subjetivamente, creen aplicar; y, objetivamente, no podrían estarlo, por razón de que esta 'norma' no existe todavía, mientras dure el procedimiento de la creación consuetudinaria; esta norma está en vía de formación" (*ibidem*, p. 244). *Id.*, CUETO RUA, Julio, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, pp. 111-112.

temente que tales individuos ni siquiera se preguntan sobre la juridicidad de sus actos y, sin embargo, a través de los mismos llegan a crear costumbres; por lo que es falso que se requiera alguna *convicción jurídica* con características psicológicas definidas para la integración de una costumbre.

Por otra parte, en cuanto al fundamento normativo de la costumbre,³⁶ la Escuela Histórica —especialmente, Savigny y, su distinguido discípulo, Puchta— sostiene que el origen de la costumbre, como el de todo derecho positivo, se encuentra en la *conciencia general del pueblo*.³⁷ Según esta escuela, a través de su doctrina del *Volkgeist*, el derecho surge en forma espontánea y natural del *espíritu popular*, encontrando su más genuina manifestación en los usos y costumbres del pueblo.³⁸ Según esta doctrina, el procedimiento consuetudinario no constituye un método creador de derecho, sino que se considera simplemente como un método para comprobar la preexistencia de cierta norma jurídica, otorgándosele a la costumbre un carácter meramente declarativo. Equivalente a esta teoría surgió la doctrina francesa de la “solidaridad social” (*solidarité sociale*), representada por León Duguit. Conforme a esta última, cualquier acto del que resulte el derecho positivo —ya se trate de una ley o una costumbre— no es verdadera creación jurídica, sino un juicio declarativo o simple evidencia de una norma jurídica previamente creada por la solidaridad social.³⁹

En realidad, señala Kelsen, tanto la teoría alemana del *Volkgeist*, como la francesa de la *solidarité sociale*, son variantes típicas de la doctrina del derecho natural, con su característico dualismo de un derecho “verdadero” detrás del positivo. Desde el ángulo visual de una teoría jurídica positivista, el carácter creador de derecho del procedimiento consuetudinario, es decir, su carácter constitutivo, no puede negarse, como tampoco puede negarse tal carácter al proceso legislativo.⁴⁰

En cuanto al requisito de que la costumbre sea resultado de un *consentimiento general* o de la *solidaridad* entre los miembros de una comu-

³⁶ Un análisis detallado sobre el fundamento normativo de la costumbre, con especial referencia a la costumbre constitucional, puede consultarse en EL-HELW, Maged, *La coutume constitutionnelle en droit public français*, París, Librairie Duchemin, 1976, pp. 34-69.

³⁷ *Id.*, BOVE, *op. cit.*, *supra* (nota 17, capítulo III), pp. 8-11; ALLEN, *op. cit.*, *supra* (nota 17, capítulo III), pp. 80-83.

³⁸ *Cfr.*, *ibidem*; *ibidem*. Fue precisamente Savigny, en su valiosa obra titulada *Sistema*, quien sostuvo que el elemento *consensus*, a menudo reclamado por los escritores antiguos para justificar la validez del derecho consuetudinario, no consistía en una arbitraria deliberación que hubiera podido determinarse igualmente en sentido contrario, sino la convicción unánime derivada de la íntima necesidad (citado por BOVE, *op. ult. cit.*, p. 10).

³⁹ *Id.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 6, capítulo II), pp. 149-150.

⁴⁰ *Cfr.*, *ibidem*, p. 150.

nidad, cabe advertir que las investigaciones antropológicas y sociológicas han demostrado que los individuos que realizan las conductas creadoras de una costumbre obedecen a los más diversos móviles, tanto meramente instintivos como psicológicos y, consecuentemente, no hay un *consentimiento generalizado* por parte de todos los miembros de cierta comunidad.

El eminente antropólogo Bronislaw Malinowski, por ejemplo, después de sus experiencias recogidas durante su convivencia con la población melanesia de las Islas Trobriand, asegura:

Si llamamos “cuerpo de las costumbres” a la suma total de reglas, convenciones y esquemas de comportamiento, no hay duda alguna de que el nativo siente un gran respeto por ese cuerpo, una fuerte tendencia a hacer lo que otros hacen, lo que todo el mundo acepta, y, si sus apetitos o intereses no le llaman o impulsan en otra dirección, seguirá la fuerza de la costumbre antes que cualquier otro camino. La fuerza del hábito, el temor de los mandatos tradicionales y su apego sentimental a todo ello, así como el deseo que siente de satisfacer la opinión pública, todo se combina para que la costumbre se obedezca por el solo hecho de serlo. Como puede verse, en esto, “los salvajes” no difieren de los miembros de cualquier colectividad completa con un horizonte limitado, tanto si se trata de un *ghetto* de la Europa Oriental como de un college de Oxford o de una comunidad fundamentalista del Medio Oeste Americano.⁴¹

Al respecto, es claro que en el hombre primitivo la creencia religiosa, la brujería y la superstición jugaron también un papel muy importante en la obediencia de las costumbres, a la vez que frecuentemente éstas fueron seguidas porque su utilidad práctica fue reconocida por la razón y atestiguada por la experiencia.⁴²

⁴¹ MALINOWSKI, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, traducción de J. y M. T. Alier, Barcelona, Ediciones Ariel, 1973, p. 67.

⁴² *Cfr.*, *ibidem*, pp. 68-69. Los juristas argentinos Aftalión, García Olano y Vilanova describen un interesante ejemplo imaginario sobre el desarrollo de una costumbre de una sociedad primitiva: “Supongamos que la comunidad espere grandes males del pronunciamiento por algunos de sus miembros del nombre de la divinidad, de su presencia en un lugar prohibido, etcétera, y que, por consiguiente, estos actos sean considerados tabú. Se descubre que alguno los ha cometido y, en medio de la conmoción general, alguien propone que el desdichado sea encerrado en una bolsa con un gallo, un gato y una culebra y arrojado todo esto al río para aplacar las iras de la divinidad ofendida, teniendo cada uno de estos elementos un significado relevante dentro del ‘razonamiento’ mágico (por parecido o proximidad) del primitivo. Se resuelve seguir el consejo y —no sobreviniendo al grupo las desgracias tan temidas— se saca de aquí la lógica conclusión de que la adoptada es la consecuencia que, en caso de tales sacrilegios, es grata a la divinidad. De aquí en adelante se impone la fuerza del precedente y se asienta la costumbre. Así las cosas, un día ocurre que un hombre denominado ‘cara de gato’ es el violador. Esta nueva circunstancia que a nosotros puede parecernos irrelevante, deja perplejos a los primitivos pues el razo-

El destacado sociólogo Max Weber, por su parte, afirma que una conducta típicamente regular se mantiene en las vías tradicionales gracias únicamente a su “carácter usual” y a la “imitación irreflexiva”, desarrollándose en el individuo una “actitud” anímica interior hacia aquella regularidad que lleva consigo “inhibiciones” sensibles contra las innovaciones.⁴³

Asimismo, advierte Allen, es claro que muchas costumbres no están basadas en alguna convicción o en un real y voluntario *consentimiento general*; v. gr., la esclavitud: suponer que estuvo basada en una convicción —aun cuando había quienes, como Aristóteles, la consideraban “natural”— sería una fantasía. La verdad es que la esclavitud fue una costumbre producto de las necesidades no de una mayoría popular sino de una minoría poderosa; los miembros débiles, quienes formaban la mayoría de la comunidad, se adaptaron a tales costumbres en virtud de su posición subordinada, encontrándose listos a aceptarlas o, al menos, incapaces de rechazarlas.⁴⁴

A la creencia de que se necesita alguna convicción o *consentimiento general* por parte de los miembros de una comunidad para la configuración de una costumbre, es posible oponer las siguientes afirmaciones del profesor Ulises Schmill: a) el contenido psicológico coincidente en varios individuos sólo se presenta en grupos relativamente pequeños y no en amplias comunidades; b) la igualdad de contenido de diversas psiqués no garantiza la existencia de una unidad supraindividual objetiva; c) la extensión de la coincidencia tampoco es elemento decisivo, pues de puros elementos subjetivos no puede crearse objetividad alguna, la cual es indispensable para el establecimiento de auténticas normas jurídicas.⁴⁵

namiento mágico o simbólico que sirvió de fundamento al precedente se basaba en la reunión, dentro del saco, de los componentes más arriba enumerados, lo que ahora se ve alterado porque el nombre perturbador viene a duplicar uno de ellos. Se emiten diversas opiniones y supongamos, siempre por vía de hipótesis, que se resuelve hacer caso omiso de la novedad y proceder como si la diferencia del nuevo caso fuese desdeñable. Pero ocurre luego una epidemia, o una invasión de animales dañinos o alguna otra desgracia colectiva semejante. Los que opinaron que el nombre de los insaculados era decisivo sostienen que el dios no se ha aplacado porque las distintas fuerzas en juego no se encontraban bien representadas en la bolsa. Los demás aprenden la lección para otra oportunidad. Así, sobre la costumbre anterior se va sobreegregando la nueva y cuando el encargado de decidir es uno, en vez de todos, la costumbre judicial sustituye a la primitiva en caso de éxito. Es claro que, en caso de fracaso, lo común es que caiga el jefe estrepitosamente, ante la furia de sus súbditos engañados.” (AFTALIÓN, *et al*, *op. cit.*, *supra* nota 1, capítulo III, pp. 345-346.)

⁴³ *Vid.*, WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, tomo II, 1974, pp. 218-263.

⁴⁴ *Vid.*, ALLEN *op. cit.*, *supra* (nota 15, capítulo III), pp. 83-86.

⁴⁵ *Cfr.*, SCHMILL, *op. cit.*, *supra* (nota 26, capítulo II), p. 78. El último argumento

Conforme a lo que antecede, ha quedado claro que la significación normativa de un conjunto de conductas estimadas como repetidas no proviene de que las mismas sean resultado de una convicción o de un *consentimiento general*, ni del *espíritu popular*, ni de la *solidaridad nacional*. Pero, entonces, ¿cómo es posible determinar que ciertas conductas repetidas integran una *pauta de conducta*?

Cabe aquí distinguir entre las costumbres y los meros hábitos. En realidad, afirma Von Wright, las costumbres pueden considerarse como especies de hábitos, en tanto que exigen cierta regularidad en la conducta de los individuos ante circunstancias análogas. Se distinguen de otros hábitos en que son sociales, o sea que constituyen pautas de conducta compartidas por los miembros de una comunidad. A diferencia de los hábitos, las costumbres ejercen una presión normativa sobre los destinatarios, la cual se manifiesta por las sanciones que la comunidad aplica a los que no se ajustan a las costumbres.⁴⁶

Un hábito, en tanto comportamiento repetido —como dice Hart—, sólo da origen a una norma cuando esa reiteración de actos se toma como gufa para criticar a quienes no la siguen y para elogiar a quienes se ajustan a ella.⁴⁷ En este sentido, la costumbre siempre se trata de una norma. Sin embargo, no todas las normas consuetudinarias constituyen normas jurídicas, como es el caso de los convencionalismos sociales o de la moral consuetudinaria.

En el caso específico del derecho, siguiendo a Rolando Tamayo, la determinación de que un conjunto de conductas repetidas integran una costumbre jurídica, funciona siempre que alguien o algunos establecen que una específica conducta es una instanciación de una serie de conductas que estiman *repetidas*, y deciden que las mismas devienen una *pauta de conducta* que constituye el *derecho aplicable* a una situación particular.⁴⁸

Es conveniente observar que al establecerse que una serie de conductas *repetidas* integran una *pauta de conducta*, no se hace referencia exclusivamente al carácter fáctico de cada una de las conductas que se encuentran relacionadas por el criterio de la *repetición*, sino que se toma en cuenta el carácter normativo de cada una de ellas. En este

señalado por el profesor Ulises Schmill puede aplicarse también en contra de lo sostenido por Jean Carbonnier, en el sentido de que en su consideración la normatividad de la costumbre se deriva del sentimiento de obligatoriedad originado en cada uno de los individuos que la establecen (cfr., CARBONNIER Jean, *Derecho flexible*, traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Editorial Tecnos, 1974, pp. 113-114).

⁴⁶ Cfr., VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and Action*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, pp. 8-9.

⁴⁷ Vid., HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, 2a. ed., México, Editora Nacional (reimpresión), 1978, pp. 69-70.

⁴⁸ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), 165.

sentido, no se trata puramente de conductas acaecidas en el tiempo y en el espacio, sino de conductas que están normativamente determinadas, ya sea como obligatorias, prohibidas, permitidas o autorizadas, en virtud de la pauta de conducta que se encuentran formando.

Se debe advertir que la interpretación normativa de cierta conducta, o de un conjunto de conductas estimadas *repetidas*, no es posible sino después que las mismas acaecieron. Lógicamente, no es sino hasta que aparece la conducta humana cuando la misma puede interpretarse normativamente, puesto que, en tanto no haya conducta humana, no hay qué pueda ser objeto de significación normativa. Así pues, pareciera que la significación normativa es independiente de los móviles —los cuales psicológicamente pueden ser de la más diversa índole— que tuvieron los individuos en el momento de realizar los actos que más tarde serían considerados como constitutivos de una costumbre.

Si la significación normativa de las conductas que van a constituir una costumbre no es proporcionada por los individuos en el momento de realizarlas, ¿cuándo y quiénes pueden considerar que una serie de conductas estimadas *repetidas* constituyen una *pauta de conducta*?

En nuestra opinión, alguien o algunos determinan que una serie de conductas *repetidas* forman una *pauta de conducta* cuando resuelven que cierto acto no es sino una instanciación de dicha *repetición* de conductas y deciden que las mismas constituyen el *derecho aplicable*. Tal consideración no es posible sino una vez que se presenta cierta conducta y aquel que la contempla se cuestiona si la misma forma parte de una *pauta de conducta* integrada por un conjunto de conductas estimadas por él como *repetidas*.

Siempre que ante determinada situación se establezca como *derecho aplicable* una serie de conductas repetidas, éstas se constituyen en parte de una norma jurídica, la cual sirve como esquema de interpretación de dichas conductas. En la medida que alguien o algunos deciden que el *derecho aplicable* es una serie de conductas *repetidas* se está convirtiendo a éstas en una *pauta de conducta*.

En tanto que la tarea de alguien o algunos, en la etapa del procedimiento consuetudinario que ahora nos ocupa, consiste en la determinación del *derecho aplicable*, a esos individuos los denominaremos órganos aplicadores. Siempre que alguien o algunos sean llamados a determinar cuál es el *derecho aplicable* a una situación específica, nos encontramos en presencia de órganos aplicadores de una comunidad normativa. Tales individuos adquieren la calidad de órganos en cuanto su función puede ser atribuida, mediata o inmediatamente, a dicha comunidad.⁴⁰

⁴⁰ "Atribuir un acto de conducta humana a la comunidad, no significa otra cosa sino referir ese acto al orden constituyente de la comunidad, pensar el acto como un acto autorizado por el orden normativo (en el sentido más amplio de la palabra).

De esta manera, sólo cuando se considere por alguien o algunos que una conducta específica es una instanciación de cierta *pauta de conducta*, la cual constituye el *derecho aplicable*, y que tal consideración, así como las conductas *repetidas*, integrantes de la *pauta de conducta*, puedan ser atribuidas a la comunidad, en tanto actos orgánicos de la misma, nos encontraremos en posibilidad de afirmar la existencia de una costumbre. Ahora, corresponde determinar la forma mediante la cual un órgano de cierta comunidad normativa llega a considerar una serie de conductas *repetidas* como integrando una *pauta de conducta*. Esto es, ¿cuál es el procedimiento que utilizan los órganos aplicadores para establecer el derecho aplicable?

Pues bien, siguiendo a Rolando Tamayo, cuando existe una legislación generalmente observada en cierta comunidad normativa, la determinación del *derecho aplicable* por parte de los órganos aplicadores (*v. gr.*, un juez) es una labor relativamente fácil en cuanto que basta con individualizar la disposición contenida en el texto de dicha legislación. Pero, ¿qué pasa cuando el texto es insuficiente o impreciso? En este caso, señalar el *derecho aplicable* es un procedimiento más complejo, el cual lleva al juez a imaginar ciertos *sistemas* de interpretación que le sirven para *encontrar* el *derecho aplicable*, esté o no consignado en el texto de la legislación, al mismo tiempo que a través de tales sistemas pretende justificar o garantizar la eficacia de su decisión.⁵⁰

Pero, ¿qué ocurre cuando no existe ni siquiera texto? ¿Cómo se determina el *derecho aplicable*? En este caso, explica el profesor Rolando Tamayo, el procedimiento consuetudinario es un medio que permite al órgano aplicador *encontrar* (en esta ocasión por vía de referencia) el *derecho aplicable*, haciendo del comportamiento *repetido* el contenido de una *disposición aplicable al caso*. De esta forma, el procedimiento consuetudinario genera una disposición haciendo que el caso concreto sea una instanciación del conjunto de conductas *repetidas* que originan una *pauta de conducta*. Cuando un órgano aplicador (*v. gr.*, un juez) reconoce que cierto acto satisface el criterio de pertenencia que él ha establecido para el conjunto de actos *repetidos*, entonces, dicho órgano,

De ahí que cualquiera conducta de un individuo, determinada por el orden normativo, y autorizada por éste en sentido amplio, pueda ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo, e interpretada como función de la comunidad; y todo individuo, cuya conducta el orden normativo determine y, en ese sentido, esté autorizada por aquél —es decir, todo miembro de la comunidad— puede ser considerado como órgano de la misma" (KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 1, capítulo II, p. 161); *vid.*, *supra*, lo apuntado en el primer inciso del capítulo II.

⁵⁰ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), p. 164. Podríamos decir que esta actitud del juez, al pretender *encontrar* el *derecho aplicable*, es similar a la del jurista dogmático que piensa estar "describiendo" el derecho cuando en realidad lo está reformulando (*vid.*, NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, pp. 28-34)

en realidad, decide, acepta o crea una norma cuyo contenido es precisamente la *repetición* de comportamiento.⁵¹

Es conveniente observar que no es indispensable que el órgano aplicador, al señalar el *derecho aplicable*, mencione que éste consiste en una *costumbre*, sino que lo relevante estriba en que la determinación del *derecho aplicable* sea resultado del procedimiento caracterizado como consuetudinario y que tal decisión no pueda ser considerada como producto de algún otro método jurídico de creación (como el legislativo, por ejemplo).

Es de suma importancia tomar en cuenta la anterior aclaración, en virtud de que la dogmática jurídica, que tiende a una admiración desmedida por la ley, ha provocado frecuentemente que los órganos aplicadores introduzcan al sistema jurídico auténticas costumbres, pero argumenten que se trata únicamente de la *interpretación* de diversas disposiciones legislativas, pretendiendo encontrar una mayor eficacia en la aceptación de sus decisiones.

Debe resaltarse que precisamente es el órgano aplicador el que proporciona un sentido normativo a una serie de conductas consideradas por él como *repetidas*. Como advierte el ilustre jurista de Praga: "La pregunta de si efectivamente se ha dado el hecho de una costumbre productora de derecho, sólo puede ser resuelta por el órgano de aplicación del derecho."⁵² En realidad, un tribunal (cualquier órgano jurídico aplicador) resuelve libremente cuándo un uso (serie de conductas *repetidas*) es transformado en una costumbre, esto es, el tribunal goza de un poder arbitrario para decidir si nos encontramos o no en presencia de una norma jurídica de origen consuetudinario.⁵³ De este modo, no obstante su significado habitual, pareciera erróneo atribuir a la costumbre un carácter meramente popular, en virtud de que la determinación de una costumbre en realidad depende sólo de la decisión de alguien o algunos.

En este orden de ideas, la determinación de una costumbre viene a ser, en mayor o menor medida, arbitraria y hasta artificial, en tanto que depende exclusivamente del criterio establecido por un órgano aplicador, el cual puede ignorar, consciente o inconscientemente, ciertos cursos de conducta considerados como persistentes por algunos otros.

Así pues, en los sistemas jurídicos que han alcanzado un alto grado de centralización, al haber órganos específicos para la aplicación del

⁵¹ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, p. 165.

⁵² KEISEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 238. En cierta medida, esta es la posición de Joseph Raz, *The concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 201-202.

⁵³ Cfr. THÉVENAZ, Henri, "A propos de la coutume", en el vol. *Law, State and International Legal Order, Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1964, p. 325.

derecho, tanto en vía jurisdiccional como administrativa, pudiera sostenerse, como señala Braybrooke, que el resultado del procedimiento consuetudinario de creación origine más costumbres de funcionarios (*officials*) que costumbres populares.⁵⁴

Sin embargo, es conveniente advertir que, si bien es relevante la determinación del órgano jurídico aplicador en el establecimiento de una costumbre, también se hace indispensable el acatamiento colectivo que asegure la eficacia de la misma.⁵⁵ De otro modo, como se explicará detalladamente en el próximo capítulo, ni la decisión del supuesto órgano ni las conductas estimadas por él como “repetidas”, adquirirían el carácter de actos orgánicos de una costumbre, por lo que carecerían de relevancia jurídica normativa.

En este último sentido se puede afirmar, con Braybrooke, que toda costumbre implica el consentimiento de los destinatarios —que, a la vez, son los sujetos creadores—, el cual se encuentra dado por su conducta.⁵⁶ Así pues, se podría pensar en una *opinio necessitatis* distintiva de la costumbre, siempre y cuando aquella sea desprovista de cualquier factor psicológico, en tanto que la comunidad respalda en alguna forma tal costumbre.⁵⁷

Contrariamente a lo sostenido por algunos tratadistas, pensamos que no es indispensable la intervención específicamente de los jueces para la configuración de una costumbre. Si aquella teoría fuese correcta tendríamos que ignorar como costumbres a todas aquellas regularidades de conducta que la comunidad *accepta* o establece como *pauta de conducta* a través de diversos órganos aplicadores no judiciales, sólo porque nunca ha sido cuestionada su validez o combatida su inobservancia ante algún tribunal.

Sobre esto último, el jurista suizo Augusto Simonius cita un interesante ejemplo que demuestra la posibilidad que una costumbre sea establecida al margen de la actividad judicial:

El Código Federal de las Obligaciones de 1881 prohibía a las sociedades anónimas, en su artículo 873, llevar el nombre de personas vivas. Pero en

⁵⁴ *Id.*, BRAYBROOKE, *op. cit.*, *supra* (nota 18, capítulo III), pp. 74-75, 83-85.

⁵⁵ *Id.*, AFTALIÓN, *et al.*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo III), pp. 344-349; TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), pp. 165-167 y 170-172.

⁵⁶ *Cfr.*, BRAYBROOKE, *op. cit.*, *supra* (nota 18, capítulo III), p. 77, lo apuntado en la nota 45.

⁵⁷ *Cfr.*, PATON, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo III), p. 193. Pero la adopción de una costumbre por parte del órgano aplicador del derecho se encuentra en alguna medida influida por la ideología imperante, es decir, por la idea subyacente de justicia en la comunidad: sólo si hay correspondencia entre la ideología imperante y la adopción del órgano aplicador puede asegurarse este último cierto grado de eficacia para su decisión, ya que, en caso contrario, ésta tendría pocas probabilidades de subsistir.

la actualidad se reconoce unánimemente que esta prohibición ha sido abrogada por una costumbre derogatoria. En Suiza hay ahora centenares de sociedades anónimas que llevan el nombre de personas vivas. Ocurrió que diversas sociedades de esta clase empezaron a usar tales nombres. Poco a poco, el uso fue generalizándose. No hubo protestas. Las autoridades del registro de comercio registraron dichas sociedades, a pesar de su nombre ilegal. Los que formaron el uso procedieron como si las sociedades anónimas tuvieran el derecho de llevar esos nombres. Actualmente, todo el mundo tiene la convicción de que un juez llamado a decidir sobre ese derecho, lo reconocería. La situación es, pues, idéntica a la que existiría si el artículo 873 permitiera a las sociedades de que hemos venido hablando usar el nombre de personas vivas.⁵⁸

Así pues, debe reconocerse, como advierte el profesor Allen, que una gran cantidad de costumbres no son litigiosas,⁵⁹ ya que la mayoría de los miembros de una comunidad nunca experimentan un proceso judicial en el curso de sus vidas.

Del énfasis puesto en la intervención de los órganos aplicadores se puede concluir que la función de éstos no es meramente *declarativa*, esto es, no se trata sólo de *reconocer* una costumbre o un derecho ya existente.⁶⁰ Pero esto último tampoco implica que la pura decisión del órgano aplicador constituya, ella sola, una costumbre; los actos considerados por el órgano aplicador como diversas instanciaciones de la serie de conductas *repetidas* que engendran una *pauta de conducta* forman, al igual que la decisión del órgano, parte del procedimiento consuetudinario.

La función del órgano aplicador de establecer cuál es el *derecho aplicable* dentro de un orden jurídico específico y, por ende, verificar su producción conforme a la constitución, ya se trate de una disposición legislativa o de una costumbre, es en ambos casos *constitutiva*; en tanto que mientras no se efectúe la decisión del órgano aplicador, la ley parecería letra muerta y la costumbre algo vago no operable. Pero tal

⁵⁸ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, *supra* (nota 3, capítulo III), p. 68. Como advierte Hart, "no es necesariamente verdad que mientras que las reglas consuetudinarias no son usadas en los litigios carecen de status como derecho. La afirmación de que las cosas son necesariamente así es meramente dogmática o no distingue lo que es necesario y lo que puede ocurrir en ciertos sistemas. ¿Qué razón hay para que las leyes hechas de cierta manera definida sean derecho antes de su aplicación por los tribunales en casos particulares, y no lo sean también las costumbres de ciertos tipos definidos?... ¿Qué hay de absurdo en la afirmación de que cuando se presentan casos particulares los tribunales aplican la costumbre, al igual que la ley, como algo que es ya derecho y en razón de que lo es?" (HART, *op. cit.*, *supra*, nota 47, capítulo III, p. 58.)

⁵⁹ *Cfr.*, ALLEN, *op. cit.*, *supra* (nota 15, capítulo III), pp. 64-65 y 140.

⁶⁰ *Contra*, las doctrinas del *Volksgeist* y de la *solidarité sociale*, formuladas por Savigny y León Duguit, respectivamente.

determinación constitutiva se produce con fuerza retroactiva. El hecho, señala Kelsen, no adquiere validez normativa en el momento en que el órgano aplicador lo establece, sino a partir del instante que dicho órgano determine.⁶¹

Si en cierto orden jurídico los órganos encargados de aplicar el derecho —*v. gr.*, los jueces— no sólo tienen que aplicar las disposiciones legislativamente establecidas, sino también aquellas que han sido consuetudinariamente creadas, entonces, necesariamente, la constitución escrita o no escrita, instituye a la costumbre como *derecho aplicable*, y ello quiere decir, también, que los individuos que a través de su conducta forman la costumbre son *órganos* del orden jurídico, de la misma manera que pueden serlo el parlamento o los tribunales.⁶²

Siguiendo a Henri Thévenaz, es necesario distinguir, claramente, a las disposiciones consuetudinarias constitucionales, ocupantes de un primer plano en la creación *escalonada* del orden jurídico, de aquellas otras disposiciones consuetudinarias localizadas en niveles posteriores.⁶³ Hay costumbres que no están aplicando ninguna otra disposición jurídica positiva y, consecuentemente, constituyen una de las disposiciones más generales de cierto sistema de normas; pero, del mismo modo, hay costumbres que no hacen sino regular determinadas situaciones de acuerdo con lo establecido por alguna otra disposición, ya sea legislativa o también *consuetudinaria*, en la cual encuentran su fundamento inmediato de validez. Pensamos que de esta manera pudieran llegar a distinguirse ciertas costumbres originarias o constitucionales de otras costumbres derivadas o delegadas. Sobre este particular nos ocuparemos en el próximo capítulo.

Por otra parte, conviene señalar la diferencia que hay entre el derecho aplicable, establecido por un órgano aplicador, y todos aquellos factores que intervienen para que el órgano decisorio *aplique* el derecho de un

⁶¹ *Cfr.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), pp. 238 y 247-249. "Ciertamente es lo que ha acaecido no puede transformarse en algo nunca acontecido; pero el significado normativo de lo que hace mucho ha sucedido puede, con fundamento en normas promulgadas con posterioridad al acontecimiento a que se refiere, modificarse retroactivamente" (*Ibidem*, p. 27).

⁶² Así pues, las conductas repetidas establecidas como el derecho aplicable por un órgano aplicador adquieren el carácter de actos orgánicos de creación normativa y constituyen objetivamente una costumbre válida, en virtud de que hay una norma válida de la constitución —a menudo también de origen consuetudinario— que autoriza a dichos órganos no sólo a aplicar leyes sino también costumbres para fundamentar sus decisiones. Conforme al pensamiento kelseniano, si la costumbre establecida por el procedimiento consuetudinario creador de derecho tiene un carácter constitucional, en tanto que represente una de las disposiciones más generales del sistema —sirviéndole al mismo de último fundamento jurídico positivo— la validez de dicha costumbre no se derivará de una norma positiva sino de la "norma hipotética fundamental".

⁶³ *Cfr.*, THÉVENAZ, *op. cit.*, *supra* (nota 54, capítulo III), p. 321.

cierto modo. Pensamos que la costumbre que resulta del procedimiento caracterizado como consuetudinario es algo muy distinto de la manera en que la misma es aplicada por el órgano encargado de su individualización. Pareciera que todos aquellos argumentos, *tradiciones*, *principios* y demás factores que influyen para que los órganos decisorios apliquen una costumbre en un determinado sentido y de acuerdo a una cierta manera suelen ser producto de la tradición o escuela jurídica a la que pertenecen, o en la que se han formado, e incluso de la particular concepción que del mundo tiene el órgano aplicador.

La anterior distinción tiene por objeto evitar la confusión que pueda haber entre el *derecho aplicable* y la manera en que éste se aplique, esto es, en relación al tema que nos interesa, procurar distinguir la costumbre de su *forma habitual* de aplicación, respecto de lo cual puede consultarse lo apuntado en el inciso 5 del presente capítulo, relativo a la costumbre y la interpretación jurídicas.

Ahora bien, antes de referirnos a otros importantes aspectos de la costumbre, consideramos conveniente proporcionar algún concepto que permita comprender al resultado del procedimiento consuetudinario de creación jurídica, de acuerdo con las principales conclusiones hasta aquí obtenidas.

3. Concepto de costumbre

De conformidad con lo señalado precedentemente, entendemos por "costumbre" al resultado de aquel procedimiento jurídico de creación en el que un conjunto de actos, considerados como *repetidos* por un órgano aplicador, se encuentran formando una disposición o *pauta de conducta*, en virtud de la decisión, más o menos consciente, de dicho órgano, de incorporar un caso específico dentro de esa *repetición* de actos, convirtiéndolos, así, en el *derecho aplicable*.

Siguiendo a Rolando Tamayo, este procedimiento puede ser más o menos complicado según que en la determinación del *derecho aplicable* participen uno o varios individuos. El momento más sencillo de tal determinación es cuando el órgano de decisión actúa de manera completamente independiente y unilateral; tal podría ser el caso de un brujo o sacerdote que tuviera que resolver ciertos conflictos determinando el *derecho aplicable*. Este sistema de decisión va progresivamente complicándose a medida que la decisión es realizada por jurisdicciones donde aparece la participación de las partes en el proceso, en cuyo caso habrá cierto tipo de confrontaciones de argumentos, los cuales no tendrán otro objetivo que señalar si, en última instancia, dos o más actos es-

timados *repetidos*, según el criterio imperante en el tribunal, se convierten o no en el contenido del derecho aplicable.⁶⁴

A efecto de señalar cómo opera, propiamente, en la experiencia institucional, el procedimiento consuetudinario de creación jurídica, haremos alusión a un litigio laboral planteado en nuestro orden jurídico, donde el órgano aplicador resolvió:

COSTUMBRE EN MATERIA DE TRABAJO (SÉPTIMO DÍA).

Si la forma del pago del séptimo día y los hechos de *actos jurídicos que la constituyen, operaron en forma normal*, semanariamente, por un periodo mayor de cuatro años, con anuencia de las partes obreras y patronales, esos hechos externos guardan relación con el elemento volitivo que vino a determinarlos, y *establecieron una costumbre que es fuente de derecho*, la que al favorecer a los trabajadores, prevalece sobre otras estipulaciones; sin que pueda válidamente sostenerse que tal situación fue motivada por un error de hecho de la empresa, toda vez que no se concibe que ésta haya perdurado en el error durante el prolongado periodo de tiempo que ya se indicó, porque este elemento, dada la normalidad y rigurosa periodicidad en que los actos se realizaban, denota un estado psicológico en todo acorde con la realidad objetiva, y no una noción falsa por parte de la empresa demandada, respecto del cumplimiento de sus obligaciones originadas por su propia voluntad, en lo referente a cubrir a sus trabajadores de las horas extras laboradas.⁶⁵

Es claro que esta resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace algunas concesiones al lenguaje habitualmente utilizado por la dogmática jurídica, cuyo análisis excede las pretensiones de este trabajo, con el único propósito de justificar su decisión para asegurar una mayor eficacia en su aceptación.

Sin embargo, consideramos que tal decisión contiene ciertos elementos específicos que concuerdan con las características que señalamos previamente, cuando nos referimos al procedimiento consuetudinario. Estos elementos, al ser persistentes en los demás casos donde no puede atribuirse la creación jurídica al procedimiento legislativo o a la vía de la interpretación, pueden servirnos para caracterizar al procedimiento consuetudinario de creación de derecho.

4. Los elementos del procedimiento consuetudinario⁶⁶

a) *El carácter fáctico.* Este primer elemento del procedimiento con-

⁶⁴ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, supra (nota 23, capítulo III), p. 167.

⁶⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, tomo cxiii, Andrade Juan y Coags, 30 de julio de 1952, p. 365.

⁶⁶ Durante el desarrollo del presente inciso seguiremos, en buena medida, a TAMAYO, Rolando, *op. cit.*, supra (nota 23, capítulo III), pp. 165-167.

suetudinario, también conocido como el elemento material u objetivo, se encuentra constituido por los *actos humanos*, es decir, por todos aquellos actos humanos estimados como *repetidos*.

Los actos humanos que constituyen el procedimiento consuetudinario —y, en general, toda conducta que se encuentre jurídicamente regulada— pueden consistir en un acto positivo o en un acto negativo. Esto es, el contenido de una costumbre puede ser una acción (o actividad), o bien, una omisión; mientras que por acción se entiende cualquier movimiento corporal, la omisión consiste en la abstención de realizar cierta conducta, teniendo la posibilidad material de realizarla.⁶⁷ En este sentido se suele hablar de costumbre activa y costumbre pasiva.⁶⁸

Debemos insistir en que la idea de la *repetición* no se presenta a nivel fáctico (con el comportamiento), sino que la misma, en realidad, consiste sólo en el *criterio* que permite establecer qué actos pueden ser considerados como semejantes sin importar sus diferencias. La *repetición*, como habíamos apuntado, señala únicamente un conjunto de actos con propiedades similares. Estas propiedades que presentan los diversos actos son adscritas por un órgano aplicador, de acuerdo con su específico criterio de *repetición*. Solamente si se establece un criterio que permita reconocer las *mismas propiedades* en diferentes actos es posible afirmar que dichos actos se *repite*n. Por tal razón, pues, no podemos incluir a la *repetición* dentro del elemento material.⁶⁹

Lo único que podemos señalar dentro del carácter fáctico del procedimiento consuetudinario es a *todos los actos humanos que ahí se encuentran considerados*, actos humanos que son la condición necesaria para la aparición de una costumbre. Los criterios que nos permiten establecer que ciertos actos forman una *pauta de conducta* o que un específico acto es una instanciación de una *repetición*, pertenecen a un nivel diferente: es una determinación más o menos arbitraria por parte de aquel que contempla dichos actos.⁷⁰

b) *El carácter normativo*. El segundo elemento del procedimiento consuetudinario, generalmente llamado *opinio iuris*, consiste en la adscripción de una significación normativa a los actos considerados.⁷¹ Es conveniente recordar que la *opinio iuris* requiere ser desprovista de cualquier factor psicológico que pretenda atribuírsele para que se le pueda admi-

⁶⁷ WRIGHT, *op. cit.*, *supra* (nota 46, capítulo III), pp. 71-73.

⁶⁸ Cfr., KELSEN, *op. cit.*, *supra* (nota 35, capítulo III), p. 242.

⁶⁹ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), pp. 165-166; AFTALIÓN *et al*, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo III), pp. 341-342.

⁷⁰ Cfr., *ibidem*, *ibidem*.

⁷¹ Cfr., TAMAYO, *op. cit.*, *supra* (nota 23, capítulo III), p. 167.

tir como distintiva de la significación normativa del procedimiento consuetudinario.⁷²

La determinación del carácter normativo funciona siempre que un individuo estima que, según cierto criterio, determinados actos se *repite*n, con mayor o menor frecuencia, durante un periodo de tiempo específico y decide que un acto concreto es una instanciación de la secuencia o *repetición*, es decir, se encuentra incluido en cierta pauta de conducta. Desde el momento en que este individuo —particularmente, un órgano jurídico aplicador— decide que tal acto pertenece al conjunto de conductas que forman, según su criterio, esa repetición de conducta, entonces, convierte dicha *repetición* de conducta en el contenido de una norma que constituye el derecho aplicable al caso contemplado (al caso que se incluye en la repetición).⁷³

Ahora bien, al incluir el acto que se contempla dentro de esa *repetición* quiere decir que tal acto satisface las características o los criterios de pertenencia que el órgano ha establecido para ese conjunto de actos *repetidos*. Desde el momento que lo incluye ahí y se decide o resuelve el caso o el conflicto de conformidad a dicha *pauta de conducta*, convierte los actos *repetidos* en el contenido de una disposición que funciona como el *derecho aplicable*.

De esta manera, dicho órgano aplicador, consciente o inconscientemente, establece (crea o determina) el *derecho aplicable* al caso concreto. El *derecho aplicable* que resulta de este procedimiento (establecido por este procedimiento) es una norma consuetudinaria que hemos denominado “*costumbre*”, misma que requiere ser distinguida claramente de lo que se entiende por “interpretación jurídica”.

5. Costumbre e interpretación

Como se apuntó anteriormente, por costumbre se entiende al resultado del procedimiento consuetudinario de creación, por el cual un órgano jurídico aplicador —por lo general, al considerar que determinado caso no se encuentra regulado por disposición legislativa alguna— establece que ciertos actos, estimados por él como *repetidos*, han generado una pauta de conducta, la cual constituye el *derecho aplicable* al caso res-

⁷² Cfr., PATON, *op. cit.*, *supra* (nota 2, capítulo III), p. 193. *Contra*, los postulados de la teoría romano canónica, así como de otras corrientes que sostienen el concurso de factores psicológicos como requisito para el establecimiento de una costumbre jurídica (véase, por ejemplo, *supra*, lo apuntado sobre la tesis de Gény o las doctrinas del *Volksgeist* y de la *solidarité sociale*, las cuales son seguidas, en mayor o menor medida, por varios autores posteriores).

⁷³ Cfr., TAMAYO, *op. ult. cit.*, p. 167.

pectivo. Interpretación, en cambio, es aquel acto por el cual un órgano jurídico establece el *sentido* específico de la norma que va a aplicar,⁷⁴ determinando que al derecho aplicable le corresponde precisamente dicho sentido.

Debe observarse que la interpretación no sólo se realiza en los casos que haya de aplicarse una ley, sino que todas las normas jurídicas —independientemente de su método de creación o del nivel que ocupen en la escala de la creación progresiva del orden jurídico— requieren para poder ser aplicadas o ejecutadas que se les asigne un significado específico. Así, por ejemplo, las normas constitucionales (tanto las establecidas por un órgano específico como las producidas consuetudinariamente) requieren ser interpretadas por el órgano legislativo o por cualquier otro órgano encargado de aplicar inmediatamente la constitución; igualmente, las leyes, las costumbres y los contratos son interpretados por los tribunales, y algunos órganos administrativos al momento de resolver un caso concreto, a la vez que las respectivas sentencias judiciales y resoluciones administrativas son interpretadas por los órganos encargados de su ejecución.

Ahora bien, es claro que cuando un órgano jurídico aplicador resuelve que se ha establecido una costumbre, tal resolución implica que dicho órgano hubo de interpretar previamente una serie de actos, los cuales consideró repetidos según un criterio particular. Sin embargo, no hay que confundir el establecimiento de una costumbre con la interpretación de la misma realizada por un órgano jurídico aplicador, de la misma manera que debe diferenciarse claramente entre una ley y la adscripción de su significado por un órgano aplicador. La función del órgano jurídico aplicador al establecer el *derecho aplicable* y asignar un sentido específico a la norma respectiva, ya sea consuetudinaria o legislativa, es en ambos casos la misma, y en ambos casos existe una norma jurídica general producida antes del acto de aplicación de derecho. Si bien la decisión del órgano jurídico aplicador —tanto en el caso de normas consuetudinarias como legislativas— tiene un carácter constitutivo, tal determinación se realiza —como se explicó anteriormente— con fuerza retroactiva, por lo que la norma vale a partir del momento establecido por el órgano de aplicación, mas no a partir de que éste emite su decisión.

Cabe advertir que, así como cualquier individuo puede considerar *subjetivamente* que ciertos actos estimados por él como repetidos constituyen una costumbre —los cuales sólo adquirirán *objetivamente* el carácter de actos creadores de una costumbre *válida* cuando un órgano jurídico aplicador lo determine así en forma retroactiva—, también es posible distinguir dos tipos de interpretación: la interpretación del dere-

⁷⁴ Cfr., Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 349.

cho realizada por los órganos jurídicos de aplicación y la interpretación efectuada por otras instancias, tales como un particular o, especialmente, por la ciencia del derecho. Es sólo en los casos en que la interpretación del derecho es realizada por órganos jurídicos aplicadores —señala Kelsen—, cuando se puede hablar de interpretación orgánica o interpretación auténtica.⁷⁵

La tarea de establecer cuál es el derecho aplicable implica, pues, que el órgano jurídico aplicador interprete los símbolos —ya sean lingüísticos o no— a través de los cuales se manifiesta la norma respectiva, esto es, que dicho órgano le atribuya un significado específico al momento de resolver si tal norma es aplicable o no al caso concreto. Los órganos productores de derecho generalmente formulan las normas que establecen a través del lenguaje ordinario que utilizan los individuos a quienes van dirigidas, con el propósito de asegurar su comprensión por los destinatarios y obtener una mayor eficacia. Sin embargo, la formulación de normas utilizando un lenguaje corriente —observa el profesor Nino— hace que la expresión de las mismas se encuentre limitada por los defectos inherentes a todo lenguaje ordinario,⁷⁶ tales como la vaguedad, ambigüedad e imprecisión, lo cual provoca que el sentido lingüístico de las normas no sea unívoco y demanda que el órgano jurídico aplicador sea quien resuelva cuál es el significado particular que jurídicamente le corresponde a esas normas. Igualmente, cuando el derecho aplicable no está formulado lingüísticamente, sino que es resultado de cierta regularidad de conducta —como en el caso del derecho consuetudinario—, se hace necesario interpretar qué aspectos de tales conductas se encuentran regulados normativamente.⁷⁷ Por otra parte, cuando dos normas distintas, pero pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía, se contradicen total o parcialmente, también corresponde al órgano jurídico aplicador determinar cuál de las dos normas, o si ninguna de ellas, es la aplicable al caso respectivo.

Todos estos casos en los que derecho aplicable se encuentra indeterminado —ya sea por la vaguedad, ambigüedad o imprecisión del lenguaje utilizado, por la indefinición en cuanto a los aspectos normativamente relevantes de cierta regularidad de conducta, o bien, por la aplicabilidad simultánea de dos normas contradictorias entre sí—, implica que haya *varias posibilidades* de aplicación del derecho. “En todos estos

⁷⁵ Cfr., *ibidem*, pp. 349 y 354.

⁷⁶ Vid., NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, pp. 246-247.

⁷⁷ Hart da el ejemplo de un niño a quien su padre le enseña ejemplificativamente, mas no en forma lingüística, la regla que dispone quitarse el sombrero en la iglesia; observando a su padre el niño puede dudar si lo que está prescrito es sólo sacarse el sombrero o, también, hacerlo con la mano izquierda o con un ademán particular, etcétera. (HART, *op. cit.*, *supra*, nota 47, capítulo III, pp. 156-157.)

casos —señala Kelsen— el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible.”⁷⁸ Así pues, la interpretación de una norma jurídica no conduce necesariamente a una decisión unívoca, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto cotejadas sólo con la norma que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque nada más una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano jurídico aplicador.⁷⁹

No obstante que el derecho aplicable no es más que un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación, la jurisprudencia dogmática tradicional ha pretendido soslayar tal situación, lo cual ha repercutido grandemente en la concepción y funcionamiento del derecho positivo. La dogmática jurídica es típica de los sistemas jurídicos de tradición romanista⁸⁰ —los del continente europeo y los iberoamericanos, entre otros—, no habiéndose difundido, en cambio, en el ámbito del *common law*. Tal corriente —desarrollada a partir del movimiento de codificación que se difundió en Europa desde mediados del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX— se caracteriza primordialmente por la aceptación dogmática de la ley, a la que llega a identificarse con el derecho y se le atribuye una serie de cualidades formales como la precisión, la completitud y la consistencia.⁸¹

Al identificarse el derecho con la ley e ignorar prácticamente otros métodos de producción de derecho ajenos al legislativo, es frecuente que en los países bajo esta influencia —particularmente en los iberoamericanos— se elaboren infinidad de leyes omnicomprendivas que pretenden regular todo tipo de relación social posible. El derecho legislado representa un ideal de reforma y progreso, y es común que se considere que una institución o práctica nueva no podría establecerse sin una ley previa que la instrumente.⁸² Por ello, no es raro que el

⁷⁸ Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 351.

⁷⁹ Es conveniente advertir que en la mayoría de los sistemas jurídicos se reserva la interpretación jurídica definitiva de las normas a un órgano final específico, por lo que en caso de que una primera interpretación atribuida por cualquier órgano aplicador a cierta norma se viera revocada por tal órgano final específico —a través de los procedimientos de control de la regularidad—, pudiera considerarse que la decisión del primero tuvo sólo una pertenencia provisional al sistema jurídico respectivo (*vid.*, Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 25, capítulo II, pp. 484-485).

⁸⁰ *Id.*, MERRYMAN, J., *The Civil Law Tradition: Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1969, pp. 30-42; KART, Kenneth L. y ROSENN, Keith S., *Law and Development in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 1975, pp. 57-69.

⁸¹ *Id.*, NINO, *op. cit.*, *supra* (nota 50, capítulo III), pp. 28-34.

⁸² *Cfr.*, KART y ROSENN, *op. cit.*, *supra* (nota 80, capítulo III), pp. 61-62. La

documento de la constitución mexicana de 1917, por ejemplo, aun cuando formalmente podría incluirse entre las constituciones denominadas rígidas, supere en la actualidad a las 200 reformas.⁸³

Por otra parte, como resultado de los atributos de precisión, completitud y consistencia que la dogmática jurídica asigna a la ley —esto es, el que supuestamente los preceptos legislativos no adolezcan de vaguedad o ambigüedad, ni tengan lagunas, ni exhiban contradicciones entre sí—, se sostiene que el derecho legislado es un sistema racional y auto-suficiente que proporciona *una solución unívoca y correcta* a cualquier caso concebible.⁸⁴

A pesar de su manifiesta actitud de adhesión dogmática al derecho legislado y la creencia en sus cualidades formales —advierte el profesor Nino—, la dogmática jurídica realiza una importante función, ciertamente inconsecuente con sus postulados: la de reformular ese derecho, proponiendo precisiones para sus términos vagos o ambiguos, colmando sus lagunas, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a los cambios sociales y a determinados ideales axiológicos. Sin embargo, la característica distintiva de la dogmática es que, al igual que en el caso de los órganos jurídico aplicadores —a los cuales frecuentemente influye, por lo que la interpretación realizada por la jurisprudencia dogmática adquiere el carácter de auténtica una vez que estos últimos la sustentan— esa función de reconstrucción del derecho no se realiza en forma abierta, sino de manera encubierta, utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que permite hacer aparecer a cierta solución original por ella propuesta como si fuera la *única* correcta y derivara de algún modo, implícito o a veces misterioso, del derecho positivo. De este modo, la dogmática jurídica simula describir el derecho vigente cuando, en realidad, lo está reformulando; pero es así como permite hacer compatible el deseo de seguridad jurídica con el de adecuación del orden

adhesión al derecho legislado como instrumento de reforma y progreso institucional ha provocado que, a través de la legislación, se pretendan establecer pautas idealizadas de conducta sin que los legisladores recurran a las costumbres o prácticas locales para normar a la comunidad. El resultado ha sido una distorsión entre algunas “normas” legislativas y la práctica social efectiva (*cfr., ibidem*, p. 60).

⁸³ *Id.*, VALADÉS, Diego, “Problemas de la reforma constitucional en el sistema mexicano”, en *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, p. 197.

⁸⁴ Así fue desarrollándose en Francia la llamada *escuela de la exégesis*, caracterizada por considerar que la legislación es la única “fuente” auténtica del derecho y que el único carácter válido para interpretar la ley está dado por la intención del legislador. De manera similar, con posterioridad se desarrolló en Alemania la llamada *jurisprudencia de conceptos*, la cual se caracterizaba también por su adhesión al derecho legislado como casi exclusiva “fuente de derecho”, atribuyéndole las cualidades de precisión, completitud y coherencia, considerando que a través de ciertos conceptos jurídicos fundamentales los jueces podían resolver mecánicamente todos los casos que se les sometieran, ya que la solución se encontraba siempre implícita en el derecho legislado (*vid., NINO, op. cit., supra*, nota 76, capítulo III, pp. 324-325).

jurídico a los cambios sociales y a ciertos ideales de racionalidad y justicia.⁸⁵

En este último aspecto, la ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. “Pero ningún prejuicio político —advierte Kelsen— puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo... (p)uesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica.”⁸⁶ Inclusive una estricta exposición científica de todos los significados posibles del tenor literal de cierta norma, inclusive los políticamente indeseados, puede tener un efecto práctico que exceda en mucho a la ventaja política de la ficción de univocidad: advertir al órgano productor de derecho sobre la conveniencia de que la multiplicidad inevitable de sentidos que le corresponda a la norma que elabore se restrinja a un mínimo, intentándose así un grado efectivamente mayor de seguridad jurídica.⁸⁷

Así pues, es necesario distinguir claramente entre lo que es una descripción del orden jurídico y lo que es una reformulación de éste dirigida a eliminar su indeterminación con soluciones axiológicamente aceptables.⁸⁸ En este orden de ideas, ligada a su tarea descriptiva de un orden jurídico —ya que el análisis de los diversos métodos y técnicas de justificación excede a los propósitos de este trabajo—, la teoría jurídica debe comenzar por determinar qué normas tienen efectivamente vigencia en cierto ámbito, para lo cual tiene que dejarse de lado toda predisposición sobre los “verdaderos” métodos de producción de derecho y analizar, fundamentalmente a través de las decisiones judiciales, cuáles son las pautas que reciben real aplicación. Este enfoque mostraría seguramente que muchas de las normas consideradas válidas son ignoradas por la experiencia jurídica en cuanto no son seguidas por los órganos de aplicación y que, en cambio, otras pautas, por lo común informales —como en el caso del derecho consuetudinario—, tienen una recepción generalizada, en tanto que guían efectivamente el comportamiento de los órganos jurídico-aplicadores y, en consecuencia, el de los particulares.

Sin embargo, el problema de esclarecer cuáles son las normas efectivamente vigentes se agrava en los sistemas jurídicos de tradición romanista, en cuanto que frecuentemente son los propios órganos aplicadores los que, influidos por la jurisprudencia dogmática y conscientes del mayor prestigio del que goza el derecho legislado, para encontrar supuesta-

⁸⁵ Cfr., NINO, *op. cit.*, *supra* (nota 50, capítulo III), pp. 32-34; *idem*, *op. cit.*, *supra* (nota 76, capítulo III), pp. 326-329.

⁸⁶ KELSÉN, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), p. 356.

⁸⁷ Cfr., *ibidem*.

⁸⁸ *Id.*, NINO, *op. cit.*, *supra* (nota 76, capítulo III), pp. 342-343.

mente una mejor justificación de sus decisiones, por lo general fundamentan éstas exclusivamente en dicho derecho o en su interpretación.

Debe tenerse en cuenta —señala Kelsen— que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable.⁸⁹

Al respecto, debe determinarse —libre de todo prejuicio y desde un punto de vista científico-objetivo, sirviéndose de las técnicas modernas de análisis semántico y sintáctico— si efectivamente la decisión del órgano aplicador corresponde a uno de los sentidos posibles dentro del marco de la norma legislativa considerada aplicable, o si en realidad se está aplicando alguna otra norma, o bien, si se está creando un nuevo derecho. Mientras que el primer caso puede considerarse como el de interpretación propiamente dicha, el segundo puede referirse a una norma consuetudinaria o a una jurisprudencial, en tanto que un nuevo derecho será aquel que no se encuentre previsto por alguna norma general preconstituída.

Por último, conviene advertir la posibilidad de que se presente una combinación entre los anteriores tipos de casos, dando origen a lo que se podría denominar “costumbre interpretativa”. En efecto, puede darse el caso de que los órganos jurídico-aplicadores establezcan que un conjunto de decisiones anteriores emanadas de ellos, a través de las cuales se adscribió el *mismo* sentido a determinada norma —razón por la cual tales decisiones pueden estimarse repetidas— ha generado una pauta de conducta que constituye el derecho aplicable. Por costumbre interpretativa se entiende, pues, el resultado del procedimiento jurídico de creación por el cual se establece que una serie de decisiones estimadas repetidas por los órganos jurídico-aplicadores, constituye el derecho aplicable que prescribe que en casos similares o *repetidos*, se asigne el *mismo* sentido a la norma respectiva. Igualmente, puede ocurrir que la creación de un derecho nuevo por parte de un órgano jurídico aplicador, al estimar que cierto caso no se encontraba previsto por norma general alguna, sirva de base a otros casos similares o repetidos que, en virtud de ser resueltos en la misma forma por los diversos órganos aplicadores, generan una pauta de conducta que prescribe resolver los futuros casos repetidos conforme al derecho persistentemente invocado.

Debe advertirse la diferencia que hay entre un mero caso de interpretación y el de una costumbre interpretativa. Mientras que en el

⁸⁹ Kelsen, *op. cit.*, *supra* (nota 1, capítulo II), pp. 354-355

primero la determinación del sentido específico que le corresponde a una norma jurídica es derivado directamente de uno de los significados posibles del texto respectivo, en la costumbre interpretativa el sentido adscrito a la norma encuentra su fundamento más bien en el significado que persistentemente le han atribuido los órganos aplicadores del derecho. Esto es, en tanto que en la interpretación sólo se trata de uno o más casos esporádicos, pudiéndose adscribir un significado distinto al presentarse en un futuro otro similar; en la costumbre interpretativa se ha generado una pauta de conducta que prescribe asignar a casos similares o “repetidos” el mismo sentido que persistentemente se ha atribuido a una norma jurídica.

En realidad, hay una gran variedad de costumbres que pueden presentarse en un orden jurídico, por lo que el próximo capítulo está dedicado a analizarlas en forma sistemática, tomando en cuenta la función que desempeña la costumbre dentro de dicho orden y la relación que la misma guarda con la ley.