

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

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”; aun cuando hay algunos autores que con este término se refieren, indistintamente, tanto al procedimiento como a su producto, o bien, lo utilizan para aludir sólo al primero. Para evitar equívocos, estipulemos que por “costumbre” entenderemos exclusivamente al resultado del procedimiento consuetudinario de creación.

Pues bien, si observamos comparativamente los estudios que se han dedicado a otro tipo de disposiciones o instituciones jurídicas, nos percataremos que la costumbre no ha recibido la atención que requiere por parte de los juristas, especialmente en los sistemas jurídicos de tradición romanista a diferencia de los que se han realizado en los sistemas del *common law*. El presente trabajo tiende, pues, a suplir tal deficiencia —misma que se agudiza en la literatura jurídica española— y destacar la importancia del derecho consuetudinario inclusive en sistemas con un alto grado de centralización en la producción de derecho.

Pero si la falta de estudios sobre la costumbre es un problema, consideramos que la diversidad de conclusiones a que llega cada uno de los autores que la han tratado, constituye uno mayor. El problema de la naturaleza del derecho consuetudinario ha sido persistente en la teoría jurídica y las conclusiones de los diversos juristas han dependido de sus particulares puntos de vista sobre el derecho en general. En consecuencia, al abordar el análisis de la costumbre es necesario despojarnos de nuestros prejuicios e investigar, directamente, el problema que se tiene en cuestión, buscando criterios verificables empíricamente que nos permitan determinar cuándo nos encontramos ante una costumbre jurídica.

Al respecto, es conveniente indagar primeramente el significado que se le atribuye a la costumbre dentro del lenguaje ordinario para saber precisamente qué es lo que ella denota y, en especial, intentar determinar cuál es su connotación habitual dentro del lenguaje jurídico o de la teoría jurídica, para obtener un sentido específico de “costumbre”.

Tomando en cuenta nuestro especial interés por la naturaleza de la

costumbre constitucional, será conveniente determinar, previamente, qué se entiende por la constitución de un orden jurídico. Si la costumbre, en cuanto fenómeno jurídico —como se explicará más adelante—, sólo puede encontrarse formando parte de algún orden jurídico específico, el cual se encuentra integrado por diversas normas jurídicas, siendo el significado primordial de una costumbre el constituir una norma jurídica, principiaremos por señalar qué es una norma jurídica y cómo es que las mismas llegan a agruparse para integrar órdenes o sistemas jurídicos. Una vez satisfecho lo anterior, exploraremos la función que realiza la costumbre en los distintos ordenamientos jurídicos.

De acuerdo a una compartida opinión de los tratadistas de la jurisprudencia dogmática tradicional, se ha sostenido que la costumbre exclusivamente desempeña una función supletoria dentro de un orden jurídico que ha alcanzado cierto grado de centralización; es decir, conforme a este criterio, la costumbre sólo sería jurídicamente obligatoria en los casos que la ley le otorgase tal carácter.

Lo anterior obedece, esencialmente, a una adhesión dogmática a la ley —persistente en los sistemas jurídicos de tradición romanista— y al menosprecio de la costumbre como instrumento idóneo para normar una comunidad y promover el progreso institucional. El derecho legislado en este tipo de sistemas —particularmente en los iberoamericanos— representa un ideal de reforma y progreso, siendo común que se considere que una institución o práctica jurídica nueva no podría establecerse sin una ley previa que la instrumente. Es frecuente que en tales países, a través de la legislación, se pretendan establecer pautas idealizadas de conducta sin que los legisladores evalúen la posibilidad de cristalizar costumbres o prácticas locales y, en ocasiones, sin advertir siquiera los problemas económicos, sociales, políticos o administrativos inherentes. El resultado ha sido una disparidad entre algunas “normas” legislativas y la práctica social efectiva, lo que hace de tales “normas” meros textos retóricos ajenos a todo efecto jurídico real.

Así pues, sucede algunas veces en los diversos sistemas normativos que parte del “derecho” inserto en una “constitución escrita”, o bien en su legislación ordinaria, no constituye, en realidad, el derecho que rige efectivamente el comportamiento de sus miembros. En efecto, existen determinadas disposiciones escritas que imponen deberes jurídicos jamás observados por sus destinatarios; es frecuente que, en estos casos, los “derechos subjetivos” derivados de tales preceptos no sean ejercitados por los interesados, ya sea porque los individuos, conscientes sólo de la realidad que los rodea, ignoran el contenido de las prescripciones escritas o, también, porque piensan que sería inútil acudir a los tribunales, pues, probablemente, no se verían satisfechas sus pretensiones en virtud de que los órganos jurisdiccionales no aplicarían el “derecho” estable-

cido en este tipo de disposiciones, es decir, no aplicarían las consecuencias previstas por dichas disposiciones, no obstante que se hubieren presentado los antecedentes o supuestos normativos para ello. Cuando no existe conformidad entre lo prescrito por alguna disposición jurídica escrita y la conducta de los destinatarios —tanto la del súbdito como la de los órganos aplicadores— de la misma, se dice que tal disposición no tiene eficacia.

¿Qué trascendencia tiene para la experiencia jurídica que determinada norma carezca de eficacia?, ¿esa norma jurídica escrita conserva su validez?, ¿podría sostenerse que la pierde en virtud de su ineficacia? ¿Qué situación se presenta en el ámbito de la experiencia jurídica?, ¿ha surgido otro derecho que desplaza esa norma? Si fuera el caso, habría que explicar qué ocurre a la desaparición de una norma por su ineficacia. Asimismo, ¿cómo se puede determinar la existencia de ese otro derecho que surge cuando desaparece una norma por razón de su ineficacia? Éstas y otras preguntas íntimamente relacionadas constituyen algunos de los problemas fundamentales de la teoría general del derecho.

Un problema que interesa tratar para los propósitos de este trabajo es el de saber si una norma ineficaz pierde por este hecho su validez y, en consecuencia, un tribunal podría dejar de considerarla por estimar que no se trata de una auténtica norma jurídica; o bien, si por el contrario, dicha norma (no obstante una prolongada inobservancia) conserva su validez en tanto no sea derogada por algún órgano, siendo así posible que el titular del “derecho subjetivo” conferido por tal norma pueda ejercer éste en cualquier tiempo. ¿Cuál es, pues, el auténtico derecho?, ¿el que en determinado momento establece un órgano con pretensiones de obligatoriedad —aunque después fuese inobservado— o el que efectivamente es observado por la colectividad sin haber emanado de algún órgano centralizado específico? Varias teorías han intentado resolver de diversos modos estos problemas.

Algunas de ellas ofrecen una solución, quizás no satisfactoria, al sostener la existencia simultánea de un derecho positivo por una parte y de un derecho vigente por otra (!). De acuerdo con esta teoría no todo derecho vigente sería derecho positivo, ni todo derecho positivo sería vigente. La vigencia les representa un atributo puramente formal consistente en el sello que el Estado imprime a ciertas disposiciones consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas, reconociéndolas como jurídicamente obligatorias. La positividad vendría a ser un hecho que estriba en la observancia por la colectividad de cualquier precepto, vigente o no vigente.

De este modo podría ocurrir, por ejemplo, que una costumbre no acentada por la autoridad jurídica fuese derecho positivo, pero sin validez formal; o bien, que las disposiciones emanadas del legislador

fueran vigentes aunque no fuese acatadas. Consideramos —como trataremos de explicarlo en posteriores capítulos— que la distinción entre derecho positivo y derecho vigente no proporciona una respuesta satisfactoria a las preguntas anteriores planteadas sino, por el contrario, más que resolver el problema lo elude.

Ahora bien, conforme al texto de ciertas “normas” pertenecientes a nuestro sistema jurídico, el problema de la ineficacia aparentemente no ofrecería duda alguna. En efecto, la legislación mexicana dispone que una ley sólo puede ser derogada por otra posterior —y no, por ejemplo, por una práctica o costumbre en contrario, o bien por desuso—. Respecto de las normas de la “constitución escrita”, pareciera más difícil admitir su modificación por tales vías, pues, para el efecto, la misma “constitución” establece un procedimiento especial y dificultado de reforma, con mayores requerimientos que el de la legislación ordinaria. En este orden de ideas parecería claro que todas aquellas “normas” aprobadas, sancionadas y promulgadas por la autoridad estatal, conservarían su validez, independientemente de su inobservancia, en tanto no fuesen derogadas o reformadas por la misma autoridad mediante el procedimiento previsto.

Sin embargo, hay quienes insisten en considerar a la eficacia como condición necesaria para la validez de las normas jurídicas, en razón de que una norma que no es obedecida en lugar alguno y por nadie, pierde su función normativa y no puede ser reconocida como una norma efectivamente válida, pues no estaría regulando conducta alguna. Una norma que permanece por largo tiempo ineficaz, se dice que ha sido privada de su validez por *desuetudo*. Es así como volvemos las interrogantes formuladas al inicio de este capítulo: ¿Qué situación jurídica se presenta cuando una norma pierde su validez debido a su ineficacia?, ¿la conducta que se encontraba regulada por una norma privada de su validez por *desuetudo* no se regula más de manera alguna?, ¿aparece otro derecho que regula tal conducta en forma distinta?, ¿cuál sería ese otro derecho que surge a la desaparición de la norma ineficaz? Es de observarse que no nos referimos a la revocación de la validez de una norma debido a su derogación por el órgano legislativo o a su anulación por el órgano judicial. Se trata de la pérdida de validez de una norma por *desuetudo*. Si tal es el caso, el derecho que surge a la desaparición de una norma ineficaz no sería atribuible a la autoridad estatal a través de un procedimiento centralizado previsto. ¿Podríamos aceptar, entonces, el establecimiento de una disposición consuetudinaria que modifica la normatividad anterior?

Pareciera, a simple vista, que esta última posición resulta irrelevante en los sistemas jurídicos que incluyen disposiciones legislativas según las cuales no opera la costumbre *contra legem*. No obstante, es necesario admitir la posibilidad que precisamente estas normas supuestamente “vál-

das” fueran, a su vez, ineficaces y, por consiguiente, carecieran de validez. ¿Cuál sería entonces el fundamento para rechazar la costumbre *contra legem* e impedir que las otras normas ineficaces se considerasen como no válidas? Pensamos que, si en un sistema jurídico se establece a la eficacia como condición necesaria de validez de una norma en particular, debemos llegar a la conclusión de que ninguna ley del sistema puede impedir que el procedimiento consuetudinario sea una “fuente de derecho” paralela a la legislación. En efecto, si se señala como requisito para la validez de toda ley (o de cualquier disposición aislada) que la misma sea eficaz, parecería superfluo que alguna ley desconociera el procedimiento consuetudinario como método de creación de derecho, ya que dicha ley, a la vez, podría perder su validez por *desuetudo*, en cuyo caso podría decirse que tal ley ha dejado de pertenecer al respectivo sistema jurídico. Volvemos, otra vez, a los problemas persistentes: ¿Qué pasa cuando una ley o alguna disposición aislada dejan de pertenecer a un sistema jurídico?, ¿cuál es el derecho que existe cuando una ley ha perdido su validez debido a su ineficacia?, ¿cómo podemos determinar ese otro derecho?

Consideramos que una posible solución a estos problemas se obtiene mediante la determinación de normas que sean resultado de un proceso de creación jurídica diferente del legislativo o del judicial. ¿Podría sostenerse que el derecho existente después de que una ley pierde su eficacia, no habiendo sido derogada por otra posterior ni anulada por alguna decisión judicial, sería producto de un procedimiento consuetudinario de creación?

Antes de pronunciarse sobre el particular, es necesario advertir que pueden distinguirse, cuando menos, dos tipos de ineficacia: a) La consistente en la inobservancia de cierta norma por parte de los miembros de una comunidad y la falta de aplicación por los órganos jurídico-aplicadores de las consecuencias previstas para el incumplimiento, a pesar de haberse presentado las condiciones necesarias para la realización del contenido de la norma; y b) Aquella que se refiere exclusivamente a la falta de aplicación de determinada norma por no darse las condiciones que hacen jurídicamente posible la realización del contenido de la norma. Como se explicará más adelante, ambas hipótesis producen situaciones jurídicas diferentes.

De lo anterior se sigue que los principales propósitos a realizar en el presente trabajo sean procurar una explicación de *la función que desempeña la costumbre* en los sistemas jurídicos donde la validez de algunas de sus normas depende de su eficacia. Se hará necesario, pues, diferenciar entre la eficacia y la validez de las normas, especificando en qué consiste cada una de ellas y cuál es la relación que guardan entre sí. En virtud de que tenemos especial interés en la relación que guarda el pro-

cedimiento consuetudinario de creación de normas jurídicas con la constitución de un Estado, nos ocuparemos principalmente del papel del mencionado procedimiento en el establecimiento, aplicación, sustitución y reforma de la constitución.

Con tales objetivos, es obvio que debemos empezar por señalar lo que entendemos por la constitución de un Estado y, previamente, cómo se estructura un sistema jurídico. Más tarde procuraremos determinar cómo se integra el procedimiento consuetudinario que origina a la costumbre jurídica y, por último, aludiremos a la función que la misma desempeña en un sistema jurídico, refiriéndonos, principalmente, a su relación con la constitución.

Antes de principiar, pues, con el desarrollo de estos temas, es conveniente advertir que no pretendemos aquí resolver todos los problemas planteados, ni mucho menos los que se derivan de ellos. Nuestro mayor interés consiste en señalar los principales aspectos que presentan esos problemas e intentar proporcionar, exclusivamente, algunos elementos para su mejor comprensión y su posible solución por la teoría del derecho.