

39
2 Cjem,



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ARAGON"**

CARRERA DE DERECHO

LA COSTUMBRE Y EL DERECHO CIVIL

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
EVA LAURA GARDUÑO PALACIOS**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

	Pág.
4. - FUENTES FORMALES	81
a) Legislación	82
b) Costumbre	86
c) Jurisprudencia	90
CAPITULO CUARTO: LA COSTUMBRE EN OTRAS LEGISLACIONES.	93
1. - LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ESPAÑOL...	93
2. - LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CANONICO ..	99
3. - LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ANGLOSAJON	101
4. - ESTADOS UNIDOS Y EL COMMON LAW.	104
CAPITULO QUINTO: LA COSTUMBRE EN EL DERECHO - CIVIL MEXICANO	106
1. - CONCEPTO DE DERECHO CIVIL	106
2. - ARTICULO 10 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	108
3. - OPOSICION AL ARTICULO 10 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	110
- Artículos 997, 999 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.	110
- Artículos 1796, 1856 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal	111
- Artículos 2457, 2496, 2517 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal	112-113
- Artículos 2607, 2619, 2661 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal	113-114
- Artículos 2741, 2754 y 2760 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal	114-115
CONCLUSIONES	121
BIBLIOGRAFIA	125

PREFACIO

Este trabajo está realizado con la esperanza de que resulte útil, puesto que se ha puesto en él todas mis fuerzas, emociones, ilusiones que poco a poco se van logrando para la realización de mi persona, ya que considero deber de cada ser humano el intentar realizarse cuando está al alcance de sus posibilidades y sobre todo si realmente quiere hacerlo, puesto que no existen imposibles cuando se tiene una meta fija la cual es "La superación personal".

Para todo lo anterior se necesita emprender y dar fin a esta tarea, ya que ha sido un deber que me impuse, porque en nuestro país la educación es uno de los factores más importantes y sobre todo gratuitos, y lo menos que se puede hacer es no dejar trunca una carrera desperdiciando esfuerzos y recursos que a esta parte del mundo le son tan necesarios.

En este lugar que nos ha tocado por patria, ya hace mucho, entre otras calamidades, se vienen sufriendo las derivadas de los vicios y limitaciones de nuestros gobernantes y políticos. Es frecuente que los problemas en México se quieran solucionar por medio del Derecho auxiliándose por supuesto de sus fuentes, una de ellas la "costumbre, por lo que me permito poner de ejemplo una equiparación con el Derecho Civil.

Esta tesis está hecha con todas las limitaciones de su au-

tora, que no son pocas, desde luego que mis deseos son los de haber hecho de esta obra algo útil, aunque es probable que la utilidad que pueda tener vaya a ser únicamente la de sembrar nuevas inquietudes en el autor y satisfacer un requisito académico para la obtención de un grado.

Agradezco a todas aquellas personas que me han impulsado para formarme no sólo como profesional, sino como persona y que han dado todas ellas, razón y misión a mi vida.

De manera especial doy las gracias a la Doctora Sylvia Godoy Kohly, sin cuya confianza, apoyo, cariño y comprensión, no se hubiese llevado a cabo esta realización.

Espero, a pesar de mis debilidades, no defraudar y ser útil al mayor número de personas y de la mejor manera posible.

INTRODUCCION

Desde la infancia imitamos el comportamiento de otros individuos, ya sea en nuestros padres, hermanos, amigos y conocidos. En otras ocasiones adoptamos como pauta de conducta lo que hace la generalidad de los demás, pero casi siempre de los miembros de nuestro núcleo social.

Deduciendo así que los conocimientos y modos de conducta que tenemos no han sido logrados por la fuerza de la mente sino que lo hemos aprendido de otros humanos, directa o indirectamente como lo menciona el eminente maestro Recasens Siches.

Pero en muchas ocasiones nos inspiramos en lo que pensaron y en lo que hicieron gentes que ya no existen, pero cuya huella o recuerdo ha persistido o bien depositado en libros, monumentos, tradiciones, leyendas, usos, costumbres y además repetido por sucesivas generaciones hasta la actualidad.

Cierto es que muchas normas sociales tienen sus raíces en la condición misma del hombre, basada en la costumbre, pero esto no quiere decir que se tenga validez jurídica, dado que las necesidades humanas, en la estructura real de la colectividad, requiere de un orden normativo jurídico vigente.

De lo anterior nace una pregunta ¿qué tanta influencia tie-

ne la costumbre en el Derecho?, quiero aclarar que no sería la única, sino que serían muchas preguntas más, optando así a emprender la tarea de recabar datos de mayor importancia.

El trabajo consta básicamente de cinco Capítulos, en el primero hablaré de la fuerza que tuvo la costumbre en la Historia, desde luego tomando en consideración a los grupos primitivos y a una gran civilización que ha tenido una relevancia extraordinaria en el Derecho, la cual es la Romana; en la segunda parte, la costumbre se ve desde varios puntos de vista del Derecho de acuerdo al material que tuve a mi alcance de los cuales destacan el Derecho Natural, Positivo y el Vigente entre otros; en la parte tercera se trata de la importancia de la costumbre como fuente del Derecho además se puede apreciar en qué momentos actúa; como cuarto paso, se habla de la influencia que ha tenido la costumbre en otras legislaciones principalmente en el Derecho Español, entre otros.

Con base en el resultado de esta investigación, el capítulo quinto que forma la última parte del trabajo, tiene como objetivo analizar los casos en que el Derecho Civil vigente para el Distrito Federal, se auxilia de la costumbre, pero de acuerdo al Artículo 10 del cuerpo de leyes antes invocado, restringe a la costumbre, es decir, como se verá más adelante, tiende a surgir una contradicción.

Se vislumbra que el tema de la tesis no solamente tiene un interés teórico, también lo tiene práctico, abarcando en ambos aspectos temas que bastarían por sí solos para realizar estudios por separado, es-

perando así la autora, sembrar inquietudes para aquellas personas que - quisieran adentrarse a la investigación.

CAPITULO PRIMERO

LA COSTUMBRE EN LA HISTORIA

1. - LA COSTUMBRE EN LOS PRIMITIVOS

En la actualidad podemos considerar a la costumbre como uno de los factores que más influyen en nuestro sistema de vida; participa en forma determinante en la regulación de la conducta de cada uno de los miembros de nuestra sociedad, ello sucede a nivel individual así como también en las relaciones propias de grupo.

En un principio el hombre adquirió costumbres cuyo origen fue netamente espontáneo y generalmente relacionado con sus necesidades más elementales. La evolución natural del hombre fue determinando actos de variadas características que el individuo empezó a realizar en forma fortuita, dado que la vida humana tiene en principio una gran necesidad de realizarlos, ya que posee una gran importancia en la lucha por la supervivencia, además obliga necesariamente a ejecutar su repetición periódica. Como ejemplo de ello podemos citar la alimentación ya que la necesidad de comer implica acciones cuya repetición será inevitable, cada vez que se experimente la sensación de hambre; esto no es directamente lo que determina la generación de la costumbre, puesto que saciar el hambre no es precisamente un hábito, sino un factor netamente fisiológico, lo que origina una serie de actividades para procurarse el alimento, el mecanismo utilizado no se repitió lo suficiente como para la formación de una costumbre; es ineludible el hecho que la alimentación sólo se con-

virtió en consuetudinaria cuando se realizaron los mismos actos.

De esta forma pudo acontecer cuando se recolectaban frutos en un mismo lugar o cuando se lograban piezas de caza en una misma área.

Es el hecho repetido el que hace posible la formación de una costumbre y no el propio hecho aislado. Los actos repetidos en gran escala pueden llegar a establecer una norma de conducta. Es muy probable que situaciones similares se hayan producido para todo aquello que -- más tarde vino a constituir un sistema integrado de hábitos, los cuales, -- aún sin ser el propósito del hombre se convirtieron en un orden regulador.

Por otro lado, en este proceso se adquieren costumbres que ejercen influencia en el terreno individual, así como también otros -- que actúan dentro de un grupo específico en función de la naturaleza de -- cada hábito.

En la época histórica en la que se desarrollaron estas fases del proceso, el Derecho no posee una característica independiente, -- puesto que mantiene una relación de estrecha unión con factores diversos como son los preceptos religiosos, éticos y filosóficos. Luis Recasens -- nos dice al respecto: "En las sociedades primitivas, y también en los -- grupos poco organizados, todas las normas de conducta suelen presentarse bajo forma consuetudinaria. La costumbre aparece como instancia reguladora de toda conducta. En la costumbre primitiva se involucran --

preceptos religiosos, imperativos morales, reglas de trato social, etc., es decir el hombre primitivo se rige casi exclusivamente por costumbre, que para él tiene a la vez significación religiosa, moral, de decoro, jurídica, política y técnica". (1)

Esto nos ilustra además, respecto al hecho de que en la antigüedad las culturas ejercían un desarrollo integrado dentro de la sociedad, es decir, mantenían unidos factores de acuerdo con el grado de desarrollo social y cultural de cada pueblo, no se concibe que el Derecho tenga entre ellos otro origen que no sea la propia naturaleza o la divinidad.

El Derecho emana como algo natural de la propia sociedad, y por consiguiente hay que atribuir a la fuerza de la costumbre un papel fundamental en su formación; la reiteración de una misma conducta, de una misma solución, ante un problema social determinado imprimiría a aquella la fuerza obligatoria propia de una norma jurídica, al convertirse dicha conducta en algo inherente consustancial con la propia sociedad.

Pérez Galaz (2) nos hace mención a la civilización Maya- aunque no existan datos exactos de la misma, pero existen reminiscencias del orden primitivo.

(1) Luis Recasens Siches. "Tratado General de Filosofía del Derecho. Ed. Porrúa, 1959. México. Cap. VI

(2) Pérez Galaz, Juan de D. "Derecho y Organización Social de los Mayas", publicación del Gobierno del Estado de Campeche, 1943. México.

"Todo el Derecho Maya fue consuetudinario, aun sin existir normas escritas ni documentos quirográficos, estando los preceptos jurídicos y legales, arraigados en la conciencia popular, en forma de "costumbres", pero no dejando de poseer por eso fuerza positiva". (3)

"El aspecto típico de la sociedad Maya, de presentar perfectamente sus clases sociales (principio de la etapa industrial de un organismo cultural), sin desaparecer por ello los lazos familiares, se reflejó en la configuración del Derecho: éste presentó también el aspecto típico de poseer una legislación positiva, efectiva y obligatoria, sin dejar por eso de librarse de su aspecto "consuetudinario" que en ocasiones lo hacen parecer subjetivo". (4)

En las sociedades primitivas, y también en grupos poco organizados, todas las normas de conducta suelen presentarse bajo forma consuetudinaria. La costumbre parece como instancia reguladora de toda la conducta.

En las costumbres primitivas se involucran preceptos religiosos, imperativos morales, reglas de trato, etc., por lo que podemos apreciar el hombre primitivo rige su vida casi exclusivamente por costumbre, que para él tiene significación eminentemente religiosa al no explicarse su origen y su fin por lo que se motivó a crear religiones, a - -

(3) Ibid. pág. 99

(4) Ibid. págs. 100-101.

crear teorías sobre la existencia de seres superiores que rijan su conducta en la tierra que pueda tener influencia en su vida y después de la muerte.

Al no explicarse suficientemente su origen, termina aceptando que fue creado por Dios y este hecho lo obliga a adorarlo, a guardar sus preceptos los cuales son respetados y seguidos por costumbre.

Se ha dicho generalmente que los pueblos primitivos son los más conservadores. La costumbre primitiva indiferenciada, impera de hecho con un extraordinario vigor; a veces ni siquiera se le siente como algo normativo, sino como un cauce de vida forzoso, hasta el punto de que apenas llega a surgir la idea de que pueda ser infringida, y mucho menos criticada. De esta suerte, tal costumbre del grupo primitivo crea en la mente de sus miembros una especie de fuerte prejuicio contra el cambio. Aparece como algo sacrosanto y definitivo. "Si alguien se atreve -cosa rara- a enjuiciar críticamente las reglas de esa costumbre, es considerado como ímpio, y se expone o bien a la expulsión de la tribu o bien a la muerte". (5)

Como hemos podido apreciar las costumbres no se heredan, pero si se transmiten de generación en generación, su observancia es exigida en varias maneras, y el no respetarlas acarrea desaprobación

(5) Cfr. Radin Paul. "Primitive man as philosopher". Appleton New York. págs. 48-49.
Sims Newell Le Roy. "The problem of social change" Crowell, New York, págs. 4-5.

moral y en ocasiones represalias físicas.

2. - LA COSTUMBRE EN EL IMPERIO ROMANO

Lo cierto es que en el Derecho Romano, mientras la tradición, - base del vivir social y de la constancia romana, tuvo un valor central, la costumbre no llegó a alcanzar valor de fuente jurídica básica. Parece indudable la superioridad que la ley gozó respecto a la costumbre en Roma.

Ahora bien, la historia del Derecho Romano se divide en la llamada época de la República, dentro de la cual se incluye el denominado período de los reyes y la época imperial que se inicia con la historia que no es tan fantástica la existencia de Rómulo y Remo, fundadores de Roma, la cual comienza cuando Eneas, procedente de Troya, se estableció en Italia y se casó con una princesa del Lacio. Su hijo fundaría más tarde Alba Longa, después un descendiente de él, arrebató el trono a un hermano y - dió muerte a sus hijos, a la hija la condenó a Virginitad Perpetua debido a su posición de sacerdotisa de Vesta. Por intervención del Dios Marte, la sacerdotisa tuvo dos hijos, los cuales fueron abandonados en el río Tiber, los amamantó una loba y cuidó de ellos, poco después fueron educados por un pastor; gracias a la rivalidad de los gemelos con los jóvenes de Alba Longa, fueron llevados ante el rey lo que ocasionó la unión de la población con ellos cuando se descubrió la verdad y se logró la reposición del trono a su abue-

lo retirándose luego a fundar la ciudad de Roma. Esto debió acontecer, -- según el cálculo romano, en el año 753 a. c.

Podemos advertir en esta historia un gran número de - - símbolos de las más diversas índoles que llega a nosotros a través de narraciones de las viejas costumbres, ésto nos muestra que la costumbre - ocupa uno de los puestos decisivos.

La historia del derecho no esclarece por completo las ca racterísticas del derecho itálico; sin embargo ahora estamos seguros de la existencia de normas no escritas que nacieron en el seno del pueblo, - las cuales eran aplicadas y usadas constantemente, válidas por convicción general de todos los miembros de las comunidades como reglas obligatorias; este sistema imperó aún mucho antes de la aparición del ius scrip-tum.

En esta etapa del Derecho Romano la posición del rey y - de los funcionarios repúblicanos que más tarde le sustituyeron, y de la - asamblea del pueblo, aparece pronto delimitada en un terreno jurídico -- firme. El servicio militar y la administración financiera se encuentran - cubiertas muy concretamente por formas bien definidas. Durante el pro- cedimiento encontramos tradicionalismos muy rígidos que poco a poco fue- ron sustituidos por el ius gentium así como formas y nombres que se re- montan a épocas primitivas, sin embargo la aplicación práctica demues- tra ya un enorme grado de desarrollo. No se encuentran propiamente ves-tigios de un Derecho formal de prueba; los mismos romanos lo mantuvie-

ron en un total olvido.

El derecho republicano forma parte en su mayoría, de la fase preclásica, la cual llega a su fin en la época de las guerras contra Cártago. Sus principales características son las siguientes:

- a) El derecho preclásico no se caracteriza por individualizar demasiado. Su meta es la seguridad aún en perjuicio de la equidad.
- b) En su fase más antigua el derecho preclásico es de tipo nacional; muchos de los actos jurídicos sólo pueden ser celebrados por romanos. Para un extranjero era necesario afiliarse como cliente de algún poderoso paterfamilias romano. Posteriormente se concede, paulatinamente, en el interior del propio sistema jurídico, un lugar más amplio a los extranjeros. Hacia el año de 242 a. de J. C. se crea la llamada praetura peregrina.
- c) Muchas de las relaciones eran de la competencia sólo del paterfamilias romano, la autoridad pública no intervenía en los asuntos considerados como netamente privados.
- d) El sistema jurídico del período preclásico estaba integrado de muy pocos tipos de negocios. Ello quizá, impedía adaptar la práctica jurídica a las necesidades reales y prioritarias de la economía romana, sin embargo presenta algunas ventajas; presenta una notable escasez numérica de conceptos, lo cual facilita su manejo y aplicación.

- e) La mayoría de los actos jurídicos son públicos, no existen actos secretos; situación que cambia a finales del período de la República.
- f) En este período así como en parte del siguiente, los conceptos que se manejan se encuentran claramente separados.

Por lo que respecta a la costumbre en esta etapa del Derecho Romano, no tuvo un valor significativo como fuente del derecho; en aquella época las XII tablas eran, junto con las leyes en general, un compromiso o el precio de una victoria en las luchas de los partidos o de las clases, que no podían ser derogadas por la conducta en contrario de los particulares. Los magistrados juraban en leyes.

Siguiendo esta fase del derecho, llega el período del principado; aquí se da el máximo florecimiento del Derecho Romano; lo que en el período de la República se suscitó de manera oral ahora formaría parte de una abundante literatura jurídica. En este tiempo las actoe principios; el respeto otorgado a la voluntad del emperador hará que sus disposiciones sean tratadas con religioso acatamiento. Los hechos que han llegado a nuestro conocimiento, nos muestran que la administración romana procuró respetar los hábitos y costumbres locales, tenía en cuenta el cambio de circunstancias, las exigencias de los nuevos principios y el mismo uso para modificar las leyes e incluso para dejar de aplicar ciertas disposiciones.

El cambio que experimentó la ideología romana se mues -

tra en que los principios morales degeneran en hábitos o se reducen a costumbres sociales, a la vez que la mercantilización de la vida aumentó al máximo el valor dado a la seguridad de lo que siempre se ha usado, en este período predomina el intelecto y su deseo de realizar el principio de la equidad. Existe una tendencia a individualizar las soluciones jurídicas, aun cuando su previsibilidad resulte perjudicada.

Este período se caracteriza también por la confianza que goza la costumbre de cierta ciudad o provincia en la manera de conducir los negocios, de interpretarse las leyes, lo cual es observado en los tribunales, oficinas o colectividades, durante largos años; regularmente -- eran observados como la misma ley, y su respeto se ordena repetidamente. Esto no significa un cambio en la jerarquía de las fuentes jurídicas. El fragmento de Juliano (D. 1, 3, 32) al decir "rectamente está admitido que no sólo por el sufragio del legislador, sino también por el consentimiento tácito de todos, se derogan las leyes", puede ser explicado sin la necesidad de acudir al Deus ex machina de las interpolaciones en el que se acentúa el valor de las reglas que moribus; las frases de Juliano o de sus discípulos se conciben, sin que sea necesario acudir a la intervención de Triboniano, teniendo en cuenta que en la época de los Antoninos se quiere dar a las antiguas tradiciones y a la extraordinaria importancia que la filosofía estoica otorga al derecho no escrito.

Salvio Juliano colabora con la doctrina oficial, condenando a las leyes dejadas en desuso por la administración imperial, procla-

mando el valor del derecho no escrito y aludiendo a las formas republicanas.

En sí, la costumbre dentro del Derecho Romano es una manera de manifestación de derecho; Bonfante la define como: "Observancia espontánea de la norma que responde a la conciencia jurídica del pueblo". (6)

A pesar de la importancia que le conceden a la costumbre un sinnúmero de autores y corrientes filosóficas y jurídicas, aquella no llegó a alcanzar un alto valor como fuente básica del Derecho Romano. Es evidente la superioridad de que gozó la ley sobre la costumbre en Roma. La ley representa el derecho escrito, al cual se contraponen el consuetudinario. En realidad la sanción de la norma consuetudinaria se alcanza por medio de las sentencias judiciales, puesto que es cuando surge la controversia y el magistrado, reconociendo la existencia de la regla y su carácter obligatorio, la impone en su fallo, que ella obtiene su plena eficacia. Esta tesis es de una realidad tal que ciertos autores tales como Pacchioni, Maine y otros, afirman que la primera fuente del derecho no es la costumbre, sino las decisiones de los magistrados.

Ulpiano, uno de los juriconsultos que estudió y aquilató la costumbre, la definió de la manera siguiente: "Mores sunt tãcitus consensus populi longa consuetudine inveteratus"; ("Las costumbres son el tãcito consentimiento del pueblo establecido por el largo uso"). El mismo -

(6) Bonfante; Instituciones.

autor, le asigna también un papel de fuente supletoria; es decir sólo funciona allí donde no existe una norma de derecho escrito: "Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non scripto decidunt observari solet" - ("La costumbre inveterada suele observarse como derecho y ley en aquellas cosas que no provienen del derecho escrito") (6) y (7).

No obstante, un jurista tan importante como Juliano, en un fragmento en que se trata de la fuerza de la costumbre, afirma: "Quare rectissime etiam illud recertum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensum omnium per desuetudinem abrogentur" ("Por lo cual está perfectamente admitido que las leyes se deroguen, no sólo por la voluntad del legislador, sino también por el no uso, por tácito consentimiento de todos". (8) En consecuencia, se le está reconociendo a la costumbre el poder de derogar las leyes vigentes, al realizar esta función se le da el nombre de desuetudo.

El fundamento de la costumbre, tanto en su aspecto creador como en el derogatorio, consiste en considerársele como una expresión tácita del pueblo, al cual se le sigue reconociendo, su poder legislativo.

Por lo que respecta a su función derogatoria, frente al fragmento de Juliano encontramos una constitución de Constantino la cual dice así: "Consuetudinis ususque longaevon vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui, valitura momento, ut a ut rationem vincat aut legem"

(7) Ulpiano. I, 4.

(8) Juliano. D. 1. 3, 32. 1.

("La costumbre y el uso del largo tiempo tienen autoridad no despreciable; sin embargo no pueden prevalecer contra la razón o la ley"). (9)

De esta manera podemos observar que aunque la costumbre no aparece realmente como fuente del Derecho Romano tiene un papel muy importante; ello se explica en parte, por el tradicionalismo del que se ha hablado antes. Además en algunos lugares del corpus iuris pone de manifiesto la utilidad de la costumbre para interpretar las leyes y admiten incluso, que la costumbre tiene la capacidad de abrogar el derecho es crito. Lo anterior ha sido ya expuesto en palabras de Juliano. Esto caracteriza el pensamiento jurídico de la época de Adriano. En el derecho moderno se trata a la costumbre como expresión directa de la realidad social y de la conciencia jurídica del pueblo, aunque reconoce también la dificultad de probar la existencia de una costumbre jurídica, cuestión que deja en manos de la decisión judicial.

En el tiempo del bajo imperio, la ciencia del derecho sufrió una notable decadencia, tanto que hoy se le conoce con el nombre de derecho vulgar el posterior a Diocleciano. Se caracteriza por poseer un "exceso de sentimentalismo, no compensado por un sentido de propia responsabilidad o por penetración dogmática". (10)

El llamado período postclásico, no obstante aporta al derecho ciertas creaciones legislativas. "El juicio peyorativo de la vida ju-

(9) Constantino. 8, 53, 2.

(10) Guillermo Margadant. "Derecho Romano". Ed. Porrúa, 1960. México, pág. 42.

jurídica de entonces no se refiere a la cantidad, sino a la calidad". (11)

Las innovaciones son sobre todo adaptaciones del Derecho Romano al derecho local y provincial y adaptaciones al cristianismo y al socialismo de Estado.

En el mundo occidental el derecho vulgar va a prevalecer hasta la edad media, no siendo así en el oriente, en el cual el derecho vulgar es sustituido por el mencionado *iuris civilis*, en la época de Justiniano. Este realizó una gran recopilación legislativa y de documentos de derecho; en ella admite la disposición de Juliano ya expuesta. Sin embargo, en la opinión de Constantino no se debe permitir que la costumbre vaya en contra de la razón o de la ley. Si se analiza detenidamente es posible detectar alguna contradicción lo cual es propio en el derecho justiniano. También la prueba constituye un problema. Es aceptada la regla de que las partes no tienen el deber procesal de comprobar la existencia de una norma jurídica de índole nacional. Los romanistas de la Edad Media derivaron de la palabra *probat*, que la costumbre jurídica es necesario sea comprobada por el interesado. Esto constituye una excepción al principio general ya citado anteriormente. Cuando la costumbre es notoria, se debe admitir una excepción a esta regla, puesto que *notoria non eget probatione*, (precepto que se deriva de D. 1. 3. 36).

Para concluir este punto señalaré que uno de los caracteres más fuertes del pensamiento jurídico romano es la importancia que

(11) *Ibidem*.

se le da a la autonomía del derecho. Lo aislan de factores, hasta donde es posible, tales como las costumbres, la moral y la religión. De esta forma la influencia que sobre aquél, ejercen estas últimas se da sobre todo en las primeras épocas del derecho. En períodos posteriores sólo serán vistas como buenas auxiliares en el ejercicio del derecho.

Por último, el hecho de que se hable en este trabajo de la costumbre con relación al Derecho Romano, es debido a que éste es uno de los sistemas jurídicos que más peso tienen en el Derecho contemporáneo, además este análisis nos ayuda a comprender con mayor claridad el mecanismo evolutivo y operante del Derecho Consuetudinario.

CAPITULO SEGUNDO
EL DERECHO Y LA COSTUMBRE

1. - CONCEPTO DE DERECHO

Como sucede con todos los conceptos que tienen su origen en el sistema de la vida social del hombre, la idea de derecho es de una gran ambigüedad, aun cuando se le analiza bajo una óptica netamente jurídica. El problema de la definición del derecho ha ocupado ya la atención de un sinnúmero de autores a lo largo de la historia, sin que hasta la fecha exista entre los especialistas un acuerdo unánime; esta es la razón por la cual en la actualidad existe gran variedad de definiciones. García Maynez apunta al respecto: "Algunos juristas sostienen que no es posible definir el derecho de acuerdo con el método aristotélico, es decir - por indicación del género próximo y la diferencia específica..." En México ha definido un punto de vista análogo el profesor García Rojas, en un estudio titulado "Sobre la Indefinición del Derecho" números 1, 2 y 3 - de la revista Jus. (12)

"El tema central del debate -dice García Maynez-, en lo que toca al *genus proximum* del derecho, es la determinación del carácter normativo o enunciativo de sus preceptos. Todo el mundo reconoce que éstos se refieren a la actividad humana; pero las opiniones se separan -- apenas se pretende establecer la existencia de los mismos". (13)

(12) Eduardo García Maynez. "Introducción al Estudio del Derecho". Ed. Porrúa, 1978. México, pág. 3

(13) *Ibidem*.

Es notoria pues la enorme divergencia de opiniones que prevalece entre los autores respecto al concepto de derecho; expondré a continuación algunos de ellos después de analizar brevemente la etimología de la palabra derecho.

El término tiene su origen en el latín: *diritto*, *recht*, *right*; derecho, recto, estos significados se asocian fácilmente a la idea de justicia y firmeza, cualidades básicas en el ejercicio eficaz y útil del derecho; esto lleva implicadas las buenas acciones; *directum*, *regere* (gobernar), *rex* (rey), *regnum* (reino); estos términos guardan relación con la acción de gobernar, regir, equilibrar. Así, podemos concluir que la palabra derecho guarda dentro de sí el verdadero significado, es decir, guarda relación con las cualidades esenciales que deben prevalecer en el conjunto de elementos jurídicos. El concepto siguiente nos habla de ello: "El derecho es el conjunto o la suma de los hechos críticos cuyo sentido se cifra en realizar la justicia, ya la realice o no. Es derecho aquello que tiene como sentido poner en práctica la idea de derecho. El concepto de derecho se orienta por la idea de derecho". (14). Este concepto resulta muy general aunque se acerca mucho a la realidad jurídica del derecho en nuestra sociedad.

Otra definición de derecho en relación a la justicia es el siguiente: "Derecho es lo justo, la justicia, ya sea conmutativa o que or-

(14) Gustavo Rein. "Filosofía del Derecho". Ed. Lozada, 1975. Buenos Aires, pág. 47.

dena a cada quién lo suyo o distributiva por lo que el gobierno debe distribuir los cargos y las cargas entre los ciudadanos". (15)

Existen otros conceptos edificados sobre bases sociosicológicas como por ejemplo: "el derecho es una de las formas punibles de ordenación de la vida humana" (16); concepto bastante parcial, que sin embargo aporta su verdad complementando de esta forma la idea general del derecho. Siguiendo con la relación sociológica del derecho expongo a continuación la siguiente definición: "El derecho es la fuerza que coordina todas las actividades sociales del hombre. Es la síntesis de todas las incontables energías de la sociedad. Todas ellas se destruirían mutuamente y matarían el organismo social si el derecho como fuerza soberana no interviniera armonizando y conciliando en una suprema síntesis de equilibrio, todas esas corrientes impetuosas de la vida humana, de la vida material y económica, de la vida intelectual, de la vida artística, moral, religiosa". (17)

Advertimos aquí el alcance real del derecho en los diferentes ámbitos de la vida social y cultural del individuo; efectivamente el derecho tiene la suficiente capacidad de actuar de una forma atenuante de fricciones inherentes a la vida en sociedad del individuo. Por lo tanto re-

(15) Alejandro Mora. "Introducción al Estudio del Derecho". Edición Privada, 1977. Aguascalientes, Ags. pág. 77.

(16) Carlos Ríos Estrada. "Conceptos Elementales de Derecho". Ediciones Omega, 1969. Barcelona, pág. 35.

(17) Howard Perth. "Derecho, Economía y Sociedad". Publicaciones Jurídicas Marín, 1970. Bilbao, pág. 88.

sulta de suma importancia para el logro de una armonía real entre los individuos, la concientización general de los miembros de la sociedad, de esas cualidades conciliatorias del derecho y la necesidad de su ejercicio y respeto.

De esta forma nos es posible distinguir las diferencias - que existen entre los preceptos jurídicos, las normas religiosas y las normas morales. Algunas de estas diferencias se exponen a continuación: La característica esencial entre la norma moral y la jurídica radica en la - unilateralidad de la primera y la bilateralidad de la segunda. Es decir, - en el primer caso no existe persona autorizada para exigir al individuo el cumplimiento de dicha norma. Las normas jurídicas imponen deberes -- que son posibles de ser exigidos en caso de ser necesario. El sujeto obligado siempre tendrá a alguien que demande el cumplimiento de la norma; incluso es totalmente posible, conseguir aun en contra de la voluntad del individuo el hecho antes mencionado. Este carácter bilateral del derecho establece la relación entre varias personas. León Petrasizky establece - que los preceptos del derecho imponen deberes y correlativamente otorgan derechos; las normas morales imponen deberes y no conceden derechos. Las normas morales establecen deberes del hombre para consigo mismo en cambio las reglas del derecho imponen obligaciones al individuo para con los demás.

Otra característica importante del derecho es la cualidad de exterioridad, la cual se opone a la interioridad de la moral. Para Kant,

quien en parte formuló esta hipótesis, una conducta es buena cuando existe un acuerdo, interior y exterior, con la regla ética. Lo que da valor al acto es la rectitud del propósito. Lo que Kant llama interioridad es un atributo de la voluntad. Así pues, se ha sostenido que la moral se distingue del derecho en que la primera exige la rectitud en los hechos y el segundo se limita a prescribir la ejecución netamente externa de algunos actos.

Esto no es totalmente absoluto y definitivo, ya que la moral no sólo se ocupa de los aspectos interiores del individuo, ni el derecho sólo toma en cuenta la exterioridad de las actitudes. La moral no desecha las manifestaciones externas de la voluntad; el derecho, a su vez no sólo se conforma con la legalidad.

En conclusión, el derecho y la moral se han trazado diferentes caminos, como lo expone Gustavo Radbruch: "No hay ningún dominio de acciones externas o internas que no pueda someterse a valoración tanto jurídica como moral. Lo que al principio parecía como una distinción entre moral y derecho, puede mantenerse como una distinción en la dirección de sus intereses; la conducta interna interesa sólo a la moral, en cuanto es testimonio de una conducta íntima; la conducta interna emerge sólo en el círculo del derecho, en cuanto de ella cabe esperar una acción externa". (18)

(18) Alexandra Witenberg. "La Vida en Sociedad". Editorial Pegaso. 1955. Buenos Aires, pág. 155.

Dicho en otras palabras, la moral se preocupa por la existencia interior de los individuos, y por sus acciones externas sólo cuando descubren la bondad o maldad de un proceder. El derecho le da importancia mayor a los actos externos y en forma secundaria los aspectos internos, con la condición que presenten alguna trascendencia para la colectividad.

Otra característica en que difieren moral y derecho es en la coercibilidad del segundo y la incoercibilidad de la primera. Incoercibilidad consiste en que el cumplimiento de la moral debe realizarse en forma espontánea. El derecho en cambio, acepta e incluso prescribe el empleo de la fuerza como un medio para conseguir el cumplimiento de sus estatutos. Cuando estos estatutos no se acatan de manera voluntaria y prioritaria, el derecho puede lograr coactivamente el cumplimiento. Por coercibilidad se entiende la posibilidad de que una norma no sea cumplida espontáneamente, e incluso en contra de la voluntad del individuo obligado.

Existe una diferencia más entre el derecho y la moral, y es la autonomía de la moral y la heteronomía del derecho. Autonomía significa autolegislación, reconocimiento espontáneo de un precepto creado por la conciencia individual. Heteronomía significa sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de determinación propia normativa.

Estas son las reciprocidades fundamentales entre moral y derecho; puede notarse la cualidad opuesta entre ellos, por los que su -

relación es hasta cierto punto antagónica, lo mismo ocurre entre el derecho y los preceptos de algunas religiones así como con las normas existentes entre los conjuntos de preceptos que influyen en nuestra vida cotidiana.

De los conceptos de derecho expuestos aquí, de otros -- existentes no mencionados y de las relaciones del derecho con estatutos -- de otra índole deducimos que:

- 1) El derecho debe tener una realidad, presentar la forma empírica de una ley o una costumbre.

Otros autores opinan de diversa manera acerca del derecho y analizándolo desde varios puntos de vista; a continuación se exponen algunos de ellos. "El derecho es un sistema de normas bilaterales y coactivas cuya existencia como tal se deriva de factores económicos cuya persistencia depende de que se realicen los comportamientos que aquellas normas prescriben. La esencia del derecho consiste en su existencia y en su persistencia". (19) Aquí se advierte el carácter legislativo que se ha querido dar al concepto relacionado con factores de tipo económico y sociológico, además se ha introducido la característica esencial del derecho, la cual está en función de su adecuado ejercicio.

"El derecho es lo que confirma a la regla, a la ley, es la conformidad y ecuación con la ley, es el conjunto de reglas que regulan --

(19) Ibidem, pág. 187.

la conducta de los hombres entre sí y para cuyo cumplimiento se puede emplear la fuerza del Estado. Por ello se dice que es coactivo". (20) Nótese aquí la posibilidad que se deja abierta de que el derecho sea acogido por la sociedad como un sentimiento de solidaridad espontáneo sin que sea necesaria la intervención del Estado, lo cual sucede en algunos grupos étnicos aislados; sin embargo, en un sistema como el nuestro es casi imprescindible que se ejerza el carácter coactivo del derecho.

"El derecho es una de las formas punibles de ordenación de la vida humana". (21) Este concepto se asemeja en el anterior en esencia aunque éste resulta muy general y se ha utilizado una cualidad que lo restringe aún más; el carácter punible del derecho.

"El derecho puede definirse como el conjunto de normas generales positivas que regulan la vida social" (22)

Es posible encontrar un gran número de conceptos diferentes del derecho; todos ellos conteniendo algo de verdad, aunque en ocasiones resultan demasiado parciales; es interesante hacer notar que cualquier concepto de derecho no se deriva inductivamente de los hechos jurídicos, por el contrario el derecho permite concebir a dichos hechos como

(20) Juan Manuel Terán. "Filosofía del Derecho". Ed. Porrúa. 1974. México, pág. 33.

(21) Efrain Moto Salazar. "Elementos de Derecho". 1955. México, pág. 67.

(22) Enrique Ceballos Alcántara. "Principios de Derecho Positivo". Ed. Porrúa. 1972. México, pág. 99.

tales.

Resulta muy difícil que a partir de conceptos aislados se logre una comprensión real del derecho, dada su compleja estructura y su enorme alcance. En opinión de García Maynez para lograr penetrar en la noción universal de lo jurídico deben comprenderse muy bien los conceptos de factores que están en estrecha relación con el derecho, lo cual se expone a continuación.

Por principio debemos entender qué es una norma; usualmente este término se le ha dado dos sentidos, el uno amplio, el cual es aplicable a toda regla de comportamiento, sea o no obligatoria; el otro sentido que se le ha dado es el estricto y corresponde a la regla que impone deberes o confiere derechos. Existen reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo y reciben el nombre de reglas técnicas. A las reglas obligatorias o que son atributivas o de facultades se les denominan normas. Las normas imponen deberes o conceden derechos. La ley natural es un juicio enunciativo que se encarga de mostrar las relaciones que existen en la naturaleza. Las diferencias que existen entre la norma y la ley natural son las siguientes:

- a) El propósito de la ley natural es dar una explicación de las relaciones constantes que se dan en la naturaleza; el de la norma es el de producir un comportamiento.
- b) La ley es válida cuando es verdadera, la norma es válida cuando exige un proceder esencialmente obligatorio. Mientras la vali --

dez de la ley depende de su comprobación práctica, la de las - -
normas de conducta no la condiciona su efectividad.

Se ha definido a la norma como regla de conducta que impone deberes o concede derechos. Por lo tanto el deber es lo que impone un juicio imperativo. El sujeto a quien se le impone se le llama obligado, que se define como la persona que tiene la obligación de realizar una conducta ordenada o de omitirla en caso de ser prohibida. García Maynez -- opina que no es posible definir con precisión el deber aun cuando se intuya en qué consiste.

El esclarecimiento de estos conceptos nos ayuda a comprender las características de las reglas jurídicas y a determinar si representan la expresión de auténticos deberes o si se encuentra desprovista de toda obligatoriedad; y si su validez es derivada de la voluntad del legislador o es totalmente independiente de ella. Además nos muestra la diferencia que existe entre el derecho, como un conjunto de prescripciones y el conjunto de preceptos morales, principios religiosos y de todos aquellos que influyen en nuestro comportamiento.

- 2) Que en cuanto materialización de la idea el derecho debe elevarse valorativamente e imperativamente, sobre el resto de la realidad, en otras palabras debe ser normativo.
- 3) Que por proponerse la realización de la justicia debe regular la convivencia humana; debe tener carácter social.

- 4) Por virtud a la justicia debe establecer la igualdad; es decir debe tener un carácter y una aplicación general.

Puede observarse inmediatamente que no se pretendió dar un concepto o conceptos estrictos de derecho, sino más bien analizar algunos de ellos y conformar una idea general del derecho así como sus propiedades y la interacción existente entre él y los demás elementos con los que se relaciona, de una manera general; en los puntos subsiguientes, se tratarán los diversos tipos de derecho de una manera más detallada.

2. - DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

El derecho objetivo puede definirse de una forma general como un conjunto de normas que tienen un carácter imperativo. Es posible vérselo como al conjunto de mandatos y prohibiciones, de normas que dispensan y obligan. Derecho objetivo, (norma agendi), conjunto de preceptos de derecho, es la ordenación jurídica.

García Maynez nos dice lo siguiente al respecto: "El derecho en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades... Frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona, facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo. El vocablo se usa en la --

acepción que acabamos de indicar, cuando se dice por ejemplo, que todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad y a hacer o exigir que se haga el amojonamiento de la misma. En las frases: Pedro es estudiante de derecho, el Derecho Romano es formalista. . . , la palabra se emplea en sentido objetivo". (23)

El derecho objetivo de acuerdo a sus fuentes se presenta como derecho legislado (también derecho estatuido o *ius scriptum*) y como derecho consuetudinario. Son propios del derecho consuetudinario la habitualidad, la práctica repetida del mismo principio. Debe ser demostrado para admitir la vigencia de un consuetudo, esta práctica debe ser una costumbre popular. Debe estar caracterizada por la convicción de que aquella manera de proceder sea de derecho (*opinio iuris necessitatis*), sin lo cual no hay derecho sino es sólo un simple uso sin importancia trascendental. De esta manera aparece en sentencias alemanas (*Weistumer*) del siglo XIV y en Francia cuando se hace la distinción entre costumbres de meros "usages". También en Inglaterra cuando se exige "compulsory custom". En cuanto al término "objetivo" puede emplearse tanto en la designación de un precepto aislado como un conjunto de normas, o incluso todo un sistema jurídico.

Hemos visto ya que la regulación jurídica es bilateral, es decir, impone obligaciones y confiere las facultades respectivas para exigir las. A la facultad conferida se le conoce con el nombre de derecho sub

(23) Eduardo García Maynez. Ob. Cit., pág. 36

jetivo, para distinguirla del derecho objetivo, que como ya se mencionó - antes es el calificativo con que se designa a las normas. El derecho sub - jetivo se apoya en el derecho objetivo, sin que ello quiera decir que el -- primero es sólo un aspecto del segundo.

Al derecho subjetivo también se le conoce como percepti- vo, su objeto principal es la justicia ordenando por medio de un conjunto - de normas o leyes. Se le asigna también el nombre de dominativo, en fun - ción de su facultad de realizar tal o cual cosa o de exigir algo. El ejerce el dominio, la propiedad sobre alguna cosa.

Existen diversos conceptos al respecto, como por ejem - plo el derecho subjetivo consiste, si atendemos a su esencia, "en el po -- der conferido por el derecho a la voluntad" (Windscheid). Si tomamos en - cuenta su fin es "un interés jurídicamente protegido" (Jhering).

El campo de acción del derecho se encuentra poblado de - infinidad de voluntades agitándose y luchando entre sí. A ninguna le es po - sible prolongarse en forma ilimitada. Cada una está encerrada en límites que le depara la actitud antagónica de las demás voluntades. Frente a la - voluntad individual aparece el ordenamiento jurídico omnipotente. Volun - tad general que determina que indica hasta donde puede llegar a imponer - se cada voluntad. De aquí se desprende el concepto siguiente: el derecho - subjetivo es la voluntad de querer; que en esencia es igual a los expuestos anteriormente. Contra este último concepto puede objetarse así: la volun - tad sólo es la envoltura del concepto de derecho. Se da el caso de tener -

derechos sin estar enterado de ello; hay algunos seres, como los imbeciles y los niños que no pueden ejercer absolutamente ninguna voluntad reconocida legalmente, incapaces de querer, tienen sin embargo, legalmente garantizados sus derechos. La voluntad es un elemento unilateralmente formal, susceptible de tener un contenido, la diferenciación total de los derechos se basa en la de los intereses.

Otro concepto al cual se le presentan objeciones es el dado por Jhering y mencionado arriba: hay intereses protegidos, su amenaza o lesión no da derecho a su sujeto, no puede imponerlo por si mismo sino que deberá hacerlo a través del Estado. No se trata de ningún derecho subjetivo sino simplemente del reflejo del objetivo. Sólo es alcanzada por el concepto la esencia del bien jurídico, que en un sentido como este se le ha denominado también reflejo del derecho. El que una persona pueda hacer valer por si mismo un derecho ya sea personalmente o a través de un representante, es lo que imprime el sello de derecho subjetivo; ambos elementos, el de poder y el de voluntad, son parte integrante del concepto. Después de esta explicación cabe mencionar la definición de derecho subjetivo que da G. Jellinek: "Derecho subjetivo es el interés protegido por el reconocimiento del poder volitivo humano".

La relación que existe entre derecho objetivo y derecho-subjetivo es de reciprocidad. Se ha generado una intensa polémica que tiene su origen en la determinación de cuál de los derechos, objetivo o subjetivo, precede a cuál. García Maynez nos dice al respecto: "Dejándose-

Llevar por consideraciones de orden psicológico, algunos autores declaran que el subjetivo es obviamente anterior, ya que el hombre adquiere en primer término, la noción del derecho como facultad y sólo posteriormente, con ayuda de la reflexión, se eleva a la del derecho como norma. Otros sostienen que el subjetivo es una creación del objetivo y que, consecuentemente, la prioridad corresponde a éste. Los primeros confunden la prioridad psicológica con la de orden lógico; los segundos interpretan una simple correlación como sucesión de carácter temporal". (24)

El propio autor considera que en principio el problema se encuentra mal planteado, ya que desde el punto de vista en que se analizan ambos no es posible introducir el factor temporalidad; no existe derecho objetivo que no conceda facultades, ni derechos subjetivos que no dependan de una norma.

El contraste que existe entre el punto de vista objetivo y el subjetivo es en última instancia psicológico y la diferencia elemental existente entre ambos es la siguiente: subjetivo es lo referido fundamentalmente a la existencia de uno o algunos sujetos y por objetivo se entiende aquello que está fuera del sujeto. Aquello que ajeno al arbitrio subjetivo se establece como permanente, eso se dice objetivo. En otras palabras: la derivación objetiva vendrá a significar lo que es o existe en forma permanente frente a la variabilidad o alteración del sujeto. Ahora bien, se trata de referir estos conceptos al problema de los fines del derecho o de

(24) Eduardo García Maynez. Ob. Cit., pág. 37

los valores jurídicos. En puntos posteriores veremos la relación de lo subjetivo y lo objetivo con el derecho analizado bajo diferentes ópticas.

Pasemos ahora a tratar el tema de los diferentes tipos de derecho subjetivo que existen.

Hemos visto ya como la concepción tradicional establece que los derechos subjetivos son el fundamento en que descansa el derecho, es decir, el derecho tiene por objeto proteger los derechos subjetivos. Esta tesis está orientada por las relaciones jurídicas secundarias. Sin embargo para quien advierta que lo fundamental es la existencia de derechos subjetivos debido a que hay una situación coactiva para el caso de que no se conduzcan los sujetos acorde con ese tipo de conducta, podrá notar también que la posición de los derechos subjetivos es meramente secundaria.

Si observamos desde el punto de vista de los orígenes elementales de las relaciones jurídicas, quizá se dió primero el deseo del individuo por ciertos bienes o ciertas cosas; por otro lado, la constitución objetiva de las relaciones jurídicas comienza y descansa en la regulación coactiva de la conducta. Desde este ángulo sí es posible ordenar de esa forma la relación entre el derecho objetivo y el subjetivo sin que se pretenda establecer con ello una jerarquía respecto a la importancia de cada uno de ellos.

Todo esto guarda una relación muy importante con la clasificación del derecho subjetivo, la cual es la siguiente:

- Existen derechos subjetivos privados y derechos subjetivos públicos. Los primeros son la parte del orden jurídico que regula los intereses privados.
- Los derechos subjetivos públicos realizan lo mismo con los intereses de la comunidad.

Los sujetos de los intereses privados de que se ha hablado, son las personas privadas y los de los intereses públicos lo son las entidades públicas, llamadas también personas corporativas al derecho público, estado, comunidades y asociaciones comunales.

El carácter determinante de las entidades públicas es que tienen poder soberano. La defensa de los intereses privados se realiza -- por los particulares mediante la protección del poder soberano, la de intereses públicos por los cuerpos públicos.

Serán relaciones jurídicas de derecho público aquellas en que intervenga por lo menos una entidad pública. Las entidades públicas -- pueden presentarse en la esfera del tráfico privado, en cualquier actividad del hombre en que sea necesaria su participación como por ejemplo: comprar, vender, arrendar, alquilar, dar y aceptar censos, pedir préstamos, pignorar, etc. Aunque esto se practica en interés por y de la comunidad, deberán considerarse como relaciones jurídicas de derecho privado las que surjan en este caso en que se presentan sólo en calidad de -- personas particulares.

3.- DERECHO VIGENTE Y LA COSTUMBRE

Conocemos con el nombre de derecho vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas, que se encuentran rigiendo la conducta humana a través del establecimiento de ellas, por disposición de alguna autoridad o poder público, quien las sancionó y les otorgó el carácter de obligatorias. También se le ha llamado a este derecho Ordenamiento formal, así como el derecho escrito.

Sterberg, lo define como "el conjunto de reglas ordenadas de la conducta de la sociedad", (25). Este, debe reunir características que le permitan imponerse a los sujetos a quienes se aplica.

García Maynez da el siguiente concepto acerca del derecho vigente: "Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y en un país determinado la autoridad política declara obligatorias". (26)

El derecho vigente lo componen las reglas que han nacido del consuetudo, que tienen un reconocimiento por parte del poder público y las reglas que el mismo establece. La vigencia siempre debe su origen a un conjunto de supuestos; éstos están sujetos a variaciones de acuerdo con la legislación de que se trate. En lo que concierne al derecho legislado, su vigencia se encontrará condicionada por la reunión de ciertos re -

(25) Theodor Sterberg. "Introducción a la Ciencia del Derecho".
Editora Nacional. 1947. México, pág. 102.

(26) Eduardo García Maynez. Ob. Cit., pág. 37

quisitos que la ley indica.

Los preceptos jurídicos, previamente aprobados por las cámaras, sancionados por el Ejecutivo y publicados por el Diario Oficial de la Federación, como lo establecen las disposiciones de la Constitución Política de nuestro país, son considerados como obligatorios, a partir del momento en que se realice su publicación o que se indique en otra norma.

El elemento positivo de la vigencia radica en la conciencia del hombre, el cual se siente obligado de una manera u otra con el derecho vigente. No obstante, esa conciencia de obligación necesita de una determinación aún más concreta.

Tener vigencia se dice también de otros hechos que de la regulación de la conducta humana ellos reciben, por extensión el nombre de leyes o normas, tal como sucede con los hechos naturales.

Las leyes de la naturaleza son también normativas. Aquí cabe preguntarse en qué radica la diferencia entre vigencia verdadera y vigencia figurada. En la vigencia de las verdaderas normas se plantea la cuestión de saber el fundamento de su vigencia; lo cual queda eliminado cuando se trata de leyes naturales. El fundamento de las normas sociales está siempre en la convicción de su justicia, en su reconocimiento y su aceptación; una ley rige y debemos aceptarla, voluntaria o involuntariamente, se impone tanto si la encontramos justa como si no. Su vigencia es independiente a que la conozcamos.

Una norma rige sólo si encontramos justa su prescripción.

Porque se le reconoce, nace con nuestro reconocimiento. Esto es el origen y fundamento común de todas las normas. En lo que a normas se refiere, todo lo que establecemos por tales, todas las que reconozcamos -- son vigentes.

La vigencia o validez en sentido formal depende de una serie de requisitos de carácter externo que nada tiene que ver con el contenido o materia de los preceptos jurídicos. Derecho formalmente válido es el derecho del Estado, el que se ha dictado de acuerdo con todos los requisitos formales de nuestra Constitución, también lo componen las normas de la jurisprudencia obligatoria, como ya vimos, también están dentro de él, las costumbres, los tratados internacionales y todas las normas individualizadas en general.

La situación y las condiciones en que se desarrolla el derecho vigente es diferente a la forma en que lo hace el derecho consuetudinario. De acuerdo con la teoría romano-canónica, es necesario que una práctica social cuyo uso es más o menos frecuente, se encuentre unida a la idea de que ello es obligatorio, para que se de el surgimiento de la costumbre. Esto obviamente, no indica que dicha costumbre deba ser reconocida por la autoridad política.

"La inveterata consuetudo puede darse en una práctica colectiva, enlazada a la opinio necessitatis, sin que el hábito en cuestión sea sancionado por la autoridad como fuente de obligaciones y facultades. En tal hipótesis, las reglas consuetudinarias carecen de vigencia a pesar de

que en ellas ocurren los dos elementos de que habla la doctrina. Por ello consideramos que la costumbre se convierte en derecho vigente cuando es reconocida por el Estado. La aceptación puede ser expresa o tácita; la primera aparece en los textos legales, como ocurre con algunos preceptos de nuestro derecho; prodúcese la segunda cuando los tribunales aplican la regla consuetudinaria a la solución de las controversias de que conocen". (27)

Se ha mencionado directa o indirectamente a lo largo de este trabajo que la costumbre no es reconocida como fuerza obligatoria del derecho, salvo en los casos que así lo exprese. Sin embargo, en ocasiones, aún en aquellas en que la ley desconoce la costumbre llamada derogatoria, ella, actúa como derecho, e incluso es posible que llegue a sobreponerse al derecho positivo, modificando su actividad y en ocasiones anulándola. El jurista suizo Augusto Simonius ilustra con un ejemplo la posibilidad de que una costumbre jurídica tiene una formación independiente a la actividad judicial, por la concurrencia de la inveterata consuetudo y la opinio juris seu necessitatis.

"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 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

(27) Ibidem, pág. 38.

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 del 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 anónimas usar el nombre de personas vivas". (28)

En la legislación de nuestro país, no se consigna una sección o capítulo que se refiera en especial a la costumbre. No obstante, se le menciona continuamente, en forma aislada.

La clasificación de las costumbres conforme al derecho atiende a diversos criterios y son:

1. Según su jerarquía con respecto a la ley:
 - a) Supraordinada o delegante
 - b) Subordinada o delegada
 - c) Coordinada
2. Derogatorias de la ley
 - a) Derogatorias de hecho (de facto)

(28) Augusto Simonius. "Recueil d'études sur les sources du droit". 1934. París, pág. 212. Citado por E. García Maynez, Ob. Cit. pág. 64.

- b) Derogatorias de derecho (de jure)
3. Según sea que fortalezcan o vivifiquen la actuación de la ley
 - a) Paralelas a lo establecido por la ley
 - b) Confirmatorias de la ley
 - c) Interpretativas de la ley
 - d) Integradoras de lagunas de la ley
 4. Por su carácter de fuentes de derecho
 - a) Fuente inmediata
 - b) Fuente mediata o supletoria.
 5. Otros criterios de clasificación.
 1. Según su jerarquía respecto a la ley.

Walter Heinrich, con formas y miembros diferentes ha hecho uso ya de esa clasificación. Para él la relación delegante entre costumbres y ley "se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a una determinada instancia para crear derecho escrito. La costumbre se halla entonces supraordinada a la ley. Existe la misma relación en la monarquía absoluta, cuando el monarca, cuya situación jurídica se halla consuetudinariamente regulada expide leyes de carácter general". (29)

(29) José Castillo. "La Costumbre y el Derecho". Sep-Setentas. 1973 México, pág. 36

Subordinada a la ley es la costumbre que jerárquicamente se encuentra en una posición inferior a ella.

"Se habla de derecho consuetudinario delegado cuando la ley remite a la costumbre para solución de terminadas controversias. En tal hipótesis, la costumbre hállase subordinada al derecho escrito". (30)

Puede citarse como ejemplo el Artículo 2607 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Artículo 2607:

"Cuando no hubiese convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado si los servicios prestados estuvieran regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados".

Aquí es posible advertir inmediatamente que la costumbre sólo es uno de tantos elementos que intervienen en la resolución del caso y sobre los que también recae la delegación. Hay otros casos en que la costumbre se presenta como unidad delegada, como es el caso del Artículo 2754 del propio Código Civil.

Artículo 2754:

"Las condiciones de este contrato se regularán por la voluntad

de los interesados; pero a falta de convenio se observará la costumbre general del lugar".

La costumbre coordinada, es aquella que respecto a algunos preceptos de la ley, se encuentra a un mismo nivel jerárquico.

2. Derogatorias de la ley.

Este tipo de costumbres tiene la característica de desarrollarse en un sentido opuesto o diferente al que se mueve lo establecido en los textos legales. Su contenido resulta discrepante del contenido del precepto de la ley. La discrepancia se puede presentar opuesta en forma contradictoria o sólo disconforme y diversidad de criterio.

Dimos ya un ejemplo de este tipo de costumbre suscitado en Suiza. Por lo que respecta a nuestro Código Civil la derogación de la ley por la costumbre queda prohibida por la propia ley como lo menciona el Artículo 10 del citado código; y del cual hablaremos más tarde, en el capítulo quinto.

Las derogaciones de hecho (de facto), se presentan cuando a pesar de la prohibición de la ley para la formación de una costumbre que discrepe por lo establecido en sus preceptos, la costumbre se adhiere en un grupo social determinado y adquiere vigencia social. Las costumbres derogatorias de derecho (de jure) se presentan en los casos en que aquellas se hayan permitidas por sistema local aún cuando en ocasiones se desarrollan en forma diferente a ciertos preceptos de la propia ley.

Es conveniente aquí hacer mención al llamado desuso; la costumbre ya sea jurídica o no, está integrada de dos elementos: el acostumbramiento, el cual es un fenómeno enormemente psíquico, y que por lo tanto se sitúa en el tiempo; y la conducta acostumbrada, lo que constituye la manifestación externa y localizada en el tiempo y en el espacio.

El desuso posee la manifestación interna, el primer elemento de la costumbre, sin embargo carece del segundo. Es una actitud pasiva y cuyo origen generalmente es la ignorancia respecto a lo que debe usarse, y que precisamente por ello no se usa.

Desuso significa a simple vista, dejar de usar, es decir que en alguna ocasión fue usado. Esto no necesariamente significa que todo no uso sea un desuso. El no uso es el género y el desuso un caso especial de él.

Ahora bien, ninguna autoridad legal está por sí sola en posibilidad de determinar cuando se trata de un desuso y cuando de un desuso, ni de medir hasta qué punto la ley es ignorada. Es necesario que le auxilie un perito que debiendo usarse no se usa, es decir el perito socio-antropológico. No usarlo presupone una correcta aplicación de la ley pero se comete una injusticia real, en ocasiones. Así pues, es necesario atender debidamente este problema del cual es posible citar mayor número de ejemplos; ya existe en nuestros días una crisis social que demanda imperiosamente la integración de todos los valores humanos para la administración adecuada de la justicia, que repercutiría necesariamente en el desarrollo

del proceso evolutivo de la sociedad como tal.

3. Según fortalezcan o vivifiquen la actuación de la ley.

El primer caso, las costumbres paralelas a los preceptos de la ley son aquellas cuya formación es independiente a la ley, coinciden en su contenido.

Las costumbres confirmatorias son aquellas que en la práctica -- corroboran y fortalecen lo establecido en la ley. Existen muchos casos en que el cumplimiento de la ley se convierte en costumbre. Son la consecuencia en la conducta humana del cumplimiento reiterado de la ley misma.

Las costumbres interpretativas de la ley hacen honor a su denominación y prestan gran ayuda a la ley. Ya en el derecho canónico se consideraba la costumbre como la mejor intérprete de la ley.

Como ejemplo de este tipo mencionemos la delegación que recaé sobre la costumbre en el Artículo 1856 del Código Civil:

El tipo de costumbres integradoras de la ley tiene como objeto llenar los posibles huecos que existan en ella. Esto lo puede llevar a cabo -- mediante la creación de nuevas normas jurídicas o bien aclarando, completando o modificando los preceptos ya existentes.

4. Por su carácter de fuente formal del derecho vigente.

La costumbre es fuente formal mediata del derecho cuando su -- fuerza de obligar tiene su origen en la concesión que de una manera u otra le está otorgando la ley. En estos casos la costumbre es la ley. El Artícu-

lo 17 de la ley federal del trabajo, confiere a la costumbre ese carácter en materia laboral.

La costumbre como fuente inmediata del derecho se da cuando ad quiere por sí misma fuerza obligatoria, sin que para ello sea necesaria una declaración previa de la ley o de alguna autoridad. Sería éste el mismo caso que en la costumbre supraordinada. En ese caso la costumbre también puede ser llamada o mejor dicho, considerada, como fuente autónoma u originaria.

Puede darse el caso que la ley no conceda absolutamente ninguna autoridad a la costumbre; en este caso se le está denegando como fuente del derecho. Ello sucede en el Artículo 14 constitucional, en su tercer párrafo y dice:

- En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

5. Otros criterios de clasificación.

La forma en que la ley admite la costumbre concediéndole fuerza obligatoria se puede dar de manera tácita o expresa. Lo mismo ocurre con el criterio de rechazabilidad de la ley para con la costumbre.

La costumbre puede ser considerada también como fuente real del derecho (estudiada igualmente en otro lugar) y también puede ser considerada como una fuente histórica.

4. - DERECHO POSITIVO Y LA COSTUMBRE

Entendemos por derecho positivo al conjunto de normas - imperativo-atributivas, que rigen en una sociedad, real y efectivamente - la conducta de los hombres sin importar si ese derecho está reconocido - o nó por la autoridad estatal, sencillamente este derecho tiene su base en la costumbre principalmente.

También se entiende por derecho positivo el establecido y existente para un lugar y un tiempo determinados. De acuerdo con todo - lo anterior se deduce que el derecho positivo es un sistema históricamen - te establecido y su concepto no se deriva netamente del razonamiento pu - ro, ya que la esencia del derecho positivo es precisamente su dimensión - histórica.

Muchos autores consideran como sinónimos al derecho vi - gente y al derecho positivo. Esto no es totalmente válido. Es cierto que el derecho positivo puede ser derecho vigente, pero en general ni todo dere - cho positivo es siempre vigente, ni todo derecho vigente es derecho positi - vo. García Maynez apunta al respecto: "La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas, consuetudi - narias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto vigente o - no vigente. La costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho - positivo, pero carece de validez formal. Y a la inversa; las disposiciones

que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, más no siempre son acatadas". (31)

La existencia del derecho positivo es espontánea y naturalmente dada; se tiene experiencia de él en forma inmediata por las penas que se aplican, por las obligaciones que se imponen. El derecho positivo, es espontáneamente sentido. El aspecto jurídico del derecho positivo estriba en las características de impositivo u obligatorio, en su carácter coactivo, ello es lo esencial en este derecho.

Otras características del derecho positivo nos las presenta García Maynez en los párrafos siguientes: "el positivo (derecho) es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido (aquí hace mención de una referenciada posteriormente). La validez del segundo encontráse condicionada -- por la concurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. Todo precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones vigencia y validez formal poseen en nuestra terminología igual significado. Estos atributos pueden aplicarse, según dijimos antes, tanto a las disposiciones establecidas legislativamente como a las reglas nacidas de la costumbre (y la nota mencionada dice:) 'Para los formalistas sólo hay un derecho, el positivo, es decir, la voluntad del legislador, porque la sanción les parece esencial. Fuera del orden emanado del legislador no hay derecho posi -

(31) Eduardo García Maynez. Ob. Cit., pág. 38

ble; el derecho se confunde con la ley'. (32)

Como es posible observar el derecho positivo, es un complejo sistema que funciona de acuerdo con la interrelación de sus propios elementos y la de éstos con los elementos exteriores y que dada su positividad, es decir la aceptación social, interviene activamente en el proceso de aplicación del derecho vigente. Se fundamenta principalmente en el derecho consuetudinario, lo que confirma la enorme importancia que la costumbre tiene en el presente.

Es posible afirmar, que de todas las formas en que se presenta el derecho, el positivo tiene una gran cantidad de elementos provenientes del derecho consuetudinario y viceversa; por lo que, dado su estrecho nexo con la costumbre, el derecho positivo representa una fuente riquísima para el análisis de las diferentes manifestaciones de aquellas y su desarrollo cronológico y espacial, así como su evolución y la de su validez. Esa fuerza de aceptación constituye un modelo de legislación que merece un minucioso análisis con el fin de obtener de él muchos de los elementos de los que el derecho escrito está en posibilidad de allegárselos en beneficio de sus carencias, contribuyendo así enormemente a la evolución social de nuestro tiempo. Esto, como se ha hecho mención y quizá, sea necesario hacerlo posteriormente, es de urgente necesidad actual, ya no es posible ignorar o no usar un sistema consuetudinario determinado en -

(32) Ibidem, pág. 40

ciertos casos, sin que se esté en posibilidad de una aplicación inadecuada del derecho vigente. Ello es un claro ejemplo de que el pensamiento y la conciencia del hombre a través de la adquisición sistemática de conocimientos y de su aplicación cotidiana, en bien de su propio desarrollo y del grupo social en que se desenvuelve, deben ser los elementos que dirijan la actividad jurídica en nuestra sociedad. Menciono esto con el fin de mostrar que el derecho es una de las manifestaciones de la cultura del hombre en que se puede observar con claridad la necesidad que existe de un cambio; es urgente la integración de valores que garanticen la satisfacción de esa necesidad y con ello impulsar nuestro desarrollo social. En lo que a derecho se refiere, uno de sus agentes potenciales más fuertes para intervenir directamente en la legislación vigente, lo es sin duda alguna el conjunto de costumbres adheridas a nuestra forma de vida de una manera u otra, ello hace posible un aprovechamiento de él lo que a su vez conduce a un equilibrio en las relaciones humanas, y el aspecto humano es el que inicial y finalmente debe interesar más al propio hombre.

5. - DERECHO NATURAL Y LA COSTUMBRE

El concepto de derecho natural guarda en sí la idea de la existencia de un derecho en el cual prevalezca un orden esencialmente justo, para todo tiempo y para todo lugar, universal y necesario. Es un derecho racionalmente establecido; carente de creación histórica; el aspecto histórico del derecho natural son las doctrinas. Toda forma de jusnatura-

lismo tiene idea de su absoluta y definitiva validez. El jusnaturalismo es la concepción o pensamiento y sostenimiento, de que lo determinante y el último fundamento de la vida jurídica es precisamente el derecho natural. La existencia del derecho natural imperecedera y omnipresente, sus preceptos son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos, sin embargo, a diferencia del derecho positivo, necesita de justificar sus postulados.

El aspecto jurídico del derecho natural no consiste en la coacción; aspira a ser lo justo permanente, la justicia ideal y que inspira uno u otros derechos naturales; lo justo natural es lo mismo que derecho natural. El derecho natural tiene por objeto la creación de normas justas, absolutas y permanentes que sirvan de criterio y de modelo para la aplicación o establecimiento del derecho positivo.

En nombre de ese derecho ideal contesta Antígona contra la privación de sepultura de su hermano como se lee en el siguiente fragmento:

Kreón: "Tu que inclinas al suelo la cabeza, confiesas o niegas haber sepultado a Polínice?"

Antígona: "Lo confieso, no niego haberle dado sepultura".

Kreón: "Conocías el edicto que prohibía hacer eso?"

Antígona: "Lo conocía ... lo conocen todos"

Kreón: "¿Y has osado violar las leyes?"

Antígona: "Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la justicia que - -

tiene su trono en medio de los Dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los Dioses, puesto que tu eres solo un simple mortal. Inmutables son no de ayer ni de hoy; y eternamente poderosas; y nadie sabe cuando nacieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino. Ya sabía que un día debo morir -¿cómo ignorarlo?- aun sin tu voluntad; y si muero prematuramente, oh será para mí una gran fortuna. Para los que como yo, viven entre miserias innumerables, la muerte es un bien..." (33)

Y en nombre de ese derecho también es condenada la actitud de Sexto Tarquino, aunque no existiese ley escrita que prohibiese el adulterio, el violar a Lucrecia, hija del Tripicitnio, porque "existía ya razón perfecta emanada de la naturaleza de las cosas, que impulsa al bien y retrae del delito" (34)

Kelsen nos proporciona una idea de la preocupación que causa el problema del derecho natural; expresándose así: "Desde que el hombre reflexiona sobre sus relaciones recíprocas, desde que la sociedad como tal se ha hecho problema -y este problema es más viejo que cual -

(33) Ibidem, págs. 41-42.

(34) Enciclopedia Jurídica Umeba. Editorial Umeba. Tomo I. Buenos Aires, pág. 716

quier otro-, objeto de conocimiento, incluso que el denominado "Naturaleza", no ha cesado de preocupar la cuestión de un ordenamiento justo de las relaciones humanas. Y a pesar que esa cuestión ha ocupado como apenas ningún otro, tanto que nuestro pensamiento como nuestros sentimientos y voluntad hasta lo más profundo; ha pesar de que se han afanado por ella las mejores cabezas, los corazones más apasionados, los puños más fuertes, a pesar de que toda la Historia, toda la historia de sufrimientos de la humanidad, puede ser interpretada como un intento único, siempre renovado bajo los más sangrientos y horribles sacrificios, por dar respuesta a esta cuestión, permanece hoy para nosotros tan falta de ella como en el instante en que por primera vez relampagueó en un alma humana, la del primer hombre, este terrible secreto de la justicia". (35)

En mi opinión es un tanto extrema la posición de Kelsen respecto al problema del Derecho Natural; pienso que no es del todo absurda la idea de la creación de un sistema esencialmente justo; es cierto que desde el punto de vista real no es posible lograrlo, al menos por el momento, sin embargo, la idea es noble y tiene sus atractivos; incluso es un perfecto modelo del cual extraer los proyectos factibles de aplicar en nuestro sistema jurídico.

En cuanto a su relación con el derecho consuetudinario, se presenta en alguna forma del jusnaturalismo, mejor dicho en muchas de

(35) Ibidem, pág. 717

las formas de él de manera particular. Podemos citar el fragmento anterior nuevamente; en él se observará que la idea de derecho natural está íntimamente ligada a la convicción religiosa de Antígona. Esto, como lo vimos en el primer capítulo, es una manifestación del consuetudo; es característico de muchas de las civilizaciones de la antigüedad coordinar su sistema de vida cotidiana con el aspecto místico-religioso.

Obviamente por tener un carácter divino y supremo el derecho natural no tiene su origen en las costumbres, incluso se afirma que se desconoce el tiempo y forma de su creación. En este caso son los elementos y sistemas que el derecho natural involucra los que harán posible el surgimiento de hábitos y costumbres en la conciencia del pueblo, y que quizá alguna de las costumbres jurídicas vigentes en la actualidad en algún lugar de la tierra haya sido su origen el derecho natural. Como es posible observar, en apariencia la relación existente entre costumbre y derecho natural es débil y vaga, no obstante es solo aparentemente; una revisión a los sistemas jurídicos actuales y de sus fuentes, nos revelará que tal relación es fuerte y profundamente cimentada. Por otro lado, si se acepta, como ya ha sucedido en ciertas élites, la tesis de la creación de dioses y mitos por parte del hombre, lo cual es relativamente evidente y sencillo, el derecho natural debe su origen pues, a estructuras que han sido edificadas sobre las costumbres de creación, propias del hombre ante la necesidad de encontrar respuesta a interrogantes que surgen de la observación y/o el razonamiento ante un fenómeno dado, inexplicable, al menos

inmediatamente y que inquiete la mente siempre curiosa del hombre.

El derecho natural tiene sus aspectos positivos y que son potencialmente aprovechables desde el punto de vista jurídico. Contiene - dentro de sí, sistemas semiológicos que encierran un profundo conoci - miento de la naturaleza capaz de aplicarse a nuestra realidad gregaria. El hombre, incluso el que se desenvuelve en sociedades económicamente po - derosas, lo que implica una formación educativa un poco más alejada de - las costumbres religiosas y más tienden a lo material, siempre va a guar - dar en su interior, en sus deseos y en sus pensamientos cierto respeto - por la naturaleza, de alguna manera u otra; esto es precisamente un fac - tor que crea circunstancias propicias para la aceptación de preceptos que en un momento dado presenten cierta dificultad de penetración en el pue - blo, lo cual ya da oportunidad a fricciones entre quienes demandan su ob - servancia y los que deben acatarla, lo que a su vez conduce al riesgo de - un colapso social. El derecho natural aporta modelos, cuyos preceptos - pretenden poseer cierta universalidad, lo cual en cierta forma es discuti - ble, sin que sea necesario o implique su desecho. Esos modelos ofrecen, - quizá sin pretenderlo, la oportunidad de analizarlos concienzudamente, es - cudriñando desprejuiciadamente sus orígenes, su contenido y su posible -- adaptación a los sistemas actuales; ello nuevamente, con el correspondien - te beneficio del órgano legislativo y de la sociedad en general.

En conclusión, podemos afirmar lo siguiente del derecho - natural:

- a) El principal problema del derecho natural, consiste en crear un orden universal y permanente y forzoso frente al orden histórico, contingente y concreto, del derecho positivo; lo cual si no es posible, no deja de ser explotable.
- b) El concepto de derecho natural que tradicionalmente se ha aceptado, es aquél que afirma que es el derecho que contiene una validez universal necesaria para todo lugar y toda época.
Es cierto que no podría implantarse un sistema jurídico de tales características, aunque si existen ciertas reglas justas y totalmente adaptables a toda época y todo lugar; tal es el caso de ciertos derechos humanos, de los que ya se ha hablado tanto.
- c) Al requerir justificación la presencia y existencia de, o postulación del derecho natural, se encuentra la raíz de su valuación en la significación misma de las palabras o de los conceptos que implica su denominación; lo jurídico dentro de su sistema, es lo justo y no lo impositivo.

CAPITULO TERCERO
LA COSTUMBRE COMO FUENTE
DEL DERECHO

1. - CONCEPTO DE FUENTE DE DERECHO

Todo conocimiento es una relación que se establece entre dos entes; el sujeto conocedor y el objeto conocido. Todo conocimiento tiene obviamente un origen u orígenes de diversa índole; esto es lo que se denomina fuente del conocimiento.

Nuestra estructura cultural moderna, se desarrolla en función de sus causas prístina e inmediatas, en todos sus factores y el derecho no es la excepción; ha nacido como producto de la acción de elementos varios que se han venido fusionando a lo largo del tiempo y que su intervención ha sido de trascendental importancia. Más adelante explicaremos cada una de ellas, antes veamos un aspecto general de la denominada fuente del conocimiento.

El conocimiento puede proceder de elementos vulgares y en este caso se le denominará primario; es posible también que tenga un carácter racional también llamado reflexivo, éste puede ser empírico, científico y filosófico; a su vez el científico se divide en genético y sistemático; por su arte el empírico es de tipo técnico.

La clasificación de las fuentes del conocimiento se puede establecer de la manera siguiente:

- I - Por rigor lógico.
- II - Para la certeza exhaustiva de cada investigación.

- III - Para la evaluación de testimonios antinómicos.
- IV - Para la individualización explícita y sistema de las fuentes al entregar los resultados de la investigación.

Para la realización de la anterior clasificación se han involucrado tres criterios principales:

- 1) Según la relación entre los contenidos:

Directas o principales

Indirectas o secundarias

- 2) Según la presencia o ausencia de un intermediario:

Mediatas

Inmediatas

- 3) Según la relación cronológica:

Originarias

Derivadas

- Las fuentes directas o principales proporcionan en plenitud, por medio de los sentidos, los datos concretos sobre el objeto de su conocimiento.

- Las fuentes indirectas son aquellas cuyo centro de interés o cuya extensión no coinciden con lo que se ha propuesto el investigador.

- Mediatas son aquellas que en la sucesión del tiempo se hallan más lejanas y llegan a nosotros a través de los medios de comuni-

cación de las generaciones o por documentos.

- Originarias, fuentes que han dado realidad al conocimiento de manera esencial, es decir es la primera y principal causa de un conocimiento.

- Las derivadas, como su nombre lo indica, son fuentes cuya realidad tiene su fuente originaria.

Así pues en el Libro de los Jueces se lee que la Ley es - fons de disciplina (L. 1 Tit. 29 112), expresión que el fuero juzgo traduce de la siguiente manera:

- La ley es para demostrar las cosas de Dios, e que demuestra bien vivir y es fuente de disciplina, e que muestra el derecho e que faze, e que ordena las buenas costumbres, e que gobierna la ciudad e ama justicia y es muestra de virtudes e vida de todo el pueblo.

En esencia, le llamamos fuente del derecho a todo origen, histórico o social que han hecho posible el surgimiento del derecho.

Ahora bien, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿Cuál es o en que consisten las fuentes del derecho? Si consideramos al derecho general como anterior a todos los casos se le llama derecho positivo. El derecho positivo tiene su realidad en el pueblo.

Del Vecchio define al derecho positivo como "sistema de normas jurídicas que regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico. Esta regulación se debe a la existencia de una fuerza histórica suficiente o voluntad social predominante. Los mo --

dos de satisfacción de esta voluntad social predominante se les llama fuentes del derecho".

Existe una fuente de la fuente; el espíritu humano, reconocido como causa primera de los sistemas culturales del hombre.

Bajo el criterio sociológico concreto se plantea la teoría pluralista a base de jerarquías de fuentes. Esta teoría distingue entre fuentes primarias y secundarias. Estas son todo procedimiento técnico de comprobación del derecho; la ley y la costumbre.

Fuente primaria es el fundamento de la fuerza de obligar del derecho en vigor, fundamento que reside en los hechos norma.

Una clasificación más de fuentes del derecho nos la dan J. Brethe y Marcel Laborde Lacoste y es la siguiente:

Actos:

- El derecho corporativo
- El acto jurídico individual
- El acto jurisdiccional

Otras fuentes:

- La costumbre
- Los principios generales del derecho
- La doctrina

Abelardo Torr e por su parte las ha dividido de la forma expuesta a continuación:

Fuentes formales o modalidades de derecho positivo

Generales

- Leyes Generales
- Jurisprudencia uniforme
- Costumbre Jurídica

Particulares

- Leyes particulares
- Voluntad
- Sentencia Aislada

Kelsen, opina que el derecho sea tal, aún el que ha nacido del consuetudo, debe ser considerado forzosamente como voluntad del Estado, ya que son sus órganos quienes deberán aplicarlo. Esto, sin embargo no significa que toda norma jurídica haya sido elaborada en forma concreta por el Estado. Indica tan solo que para una norma sea considerada como derecho vigente, precisa que pueda ser encajada dentro del sistema unitario del orden jurídico y referida a un punto común de validez a todas las normas, es decir referida a la voluntad del Estado. Fuente unitaria formal del derecho positivo es dicha voluntad estatal.

La voz "fuente" posee una ambigüedad y una heterogeneidad de gran magnitud lo que ha hecho necesario que los autores tracen y mantengan una distinción entre fuentes formales y fuentes materiales.

Las fuentes son susceptibles de ser conceptuadas desde

dos puntos de vista fundamentales: uno, en cuanto fuentes del derecho positivo, y otro en cuanto fuentes del conocimiento científico jurídico. Obviamente, por regla general las fuentes del derecho positivo, sean formales, materiales o reales -históricas o vigentes- son a la vez fuentes del conocimiento jurídico.

Existe además un sector de fuentes que siendo normalmente fuentes del conocimiento jurídico, por imperativo de la voluntad del Estado o de la conciencia colectiva adquieren eficacia en determinadas épocas históricas o determinados espacios geográficos, de verdaderas fuentes formales de lo jurídico. A estas fuentes se les debería definir como mixtas o eventuales y entre las cuales se encuentran, según la opinión de algunos autores, la doctrina de los tratadistas o jurisprudencia teórica, la jurisprudencia de los tribunales o aplicada o fuente jurisdiccional, los principios generales del derecho y la equidad natural.

En fin, desde la óptica de consideración del derecho positivo en sí, como sistema vigente de la regulación de la conducta humana, nos referimos a las fuentes del derecho. Desde la perspectiva del trabajo de investigación, de la elaboración de las ciencias jurídicas, se refiere a las fuentes del conocimiento científico, sean ellas esencialmente jurídicas, sea que den noticia o testimonio de un acto, una norma o un concepto jurídico sin serlo. Las fuentes mixtas o eventuales dan un carácter singular a aquellas fuentes de conocimiento jurídico que en períodos históricos o en pueblos determinados advienen fuentes jurídicas formales

o positivas.

Analizaremos en seguida, brevemente, las fuentes del conocimiento científico, para pasar a tratar posteriormente las fuentes del derecho.

Principiemos por hablar del conocimiento científico del derecho positivo. "Si se analizan las circunstancias especiales históricas de la sociología del saber que han hecho posible el surgimiento de la ciencia del derecho positivo, inevitablemente se encontrará subordinada a estas dos condiciones: la distinción gnoseológica entre moral y derecho que fue sostenida por Kant y la ontologización del derecho positivo llevada a cabo por Savigny. Lo primero provocó la separación de las dos áreas de investigación sin que existiera interferencia en alguna por parte de la otra, aún cuando muchos de los elementos involucrados en el tratamiento de una provinieran en parte de la otra. Lo segundo ocasionó la investigación, debido a que el pensamiento se vuelve a los hechos, en cuanto se concluye que no hay otro derecho que el derecho positivo, de esta forma el problema real es la captación del mismo tal cual es, ya que el derecho en su ser se da totalmente en la esfera de la experiencia jurídica y es la única fuente de donde se le puede tomar. La ciencia del derecho que así empieza a configurarse, es pues una ciencia empírica, es decir ciencia del derecho positivo, porque se trabaja sobre el derecho en cuanto es fenómeno efectivo en actitud neutra a toda estimación sobre su intrínseca justicia y moralidad". (36)

De la forma como el jusnaturalismo poseía una ambición filosófica y no científica, la Escuela de historia del derecho se autocalifica de científica y filosófica. Esta escuela distinguía dos grupos principales de concepciones y métodos jurídicos; el no histórico o filosófico que predominaba en la época y el histórico científico, que dicha escuela propugnara por hacer del derecho objeto de una investigación y no de una especulación racional. La dirección del pensamiento jurídico tomada entonces, obtuvo muchos progresos metodológicamente hablando, en la línea empírico-inductiva. Sin embargo, se sabe perfectamente que Savigny se mantuvo muy ligado al método deductivo, con carácter matemático, en sus construcciones. La aportación de la escuela histórica tuvo una decisión más significativa en el trabajo de campo y en las técnicas heurísticas. La heurística tiene por objetivo dar a conocer las fuentes y las ciencias auxiliares que han de abrir al historiador el sentido de esas fuentes.

A pesar del escepticismo de un pensamiento científico como el de Kirchmann, el siglo XIX no ve sólo objetos y métodos que se encuentran inscritos en otras ciencias, que al extenderse al campo jurídico se proveen de la modalidad metodológica que a éste es propia, por ejemplo; Historia del Derecho, Sociología Jurídica, Antropología Jurídica, Literatura Jurídica, entre otras.

Si aplicamos lo que se explicó anteriormente acerca del-

(36) Carlos Cosío. "La Valoración Jurídica de la Ciencia del Derecho". Editorial Arayú, 1954. Buenos Aires, pág. 39.

origen del conocimiento científico, al área del saber jurídico, obtendríamos un resultado como el siguiente:

Vulgar o primario		Derecho usual
	Empírico técnico Técnicas jurídicas	Científico Legislativo Jurisdiccional Profesional
Racional o Reflexivo	Genético: Científico: Filosófico:	Historia del Derecho Sistemático conocimiento del Derecho Positivo Filosofía del Derecho

Las fuentes del conocimiento jurídico son un sector de las fuentes del conocimiento científico. Aquel que contiene testimonios de juridicidad. Juridicidad en los bienes, en las normas y en los conceptos o ideas, juridicidad que parte ahincándose, del estrato prejurídico, para remontarse poco a poco a lo protojurídico, lo antijurídico, lo jurídico, hasta lo metajurídico.

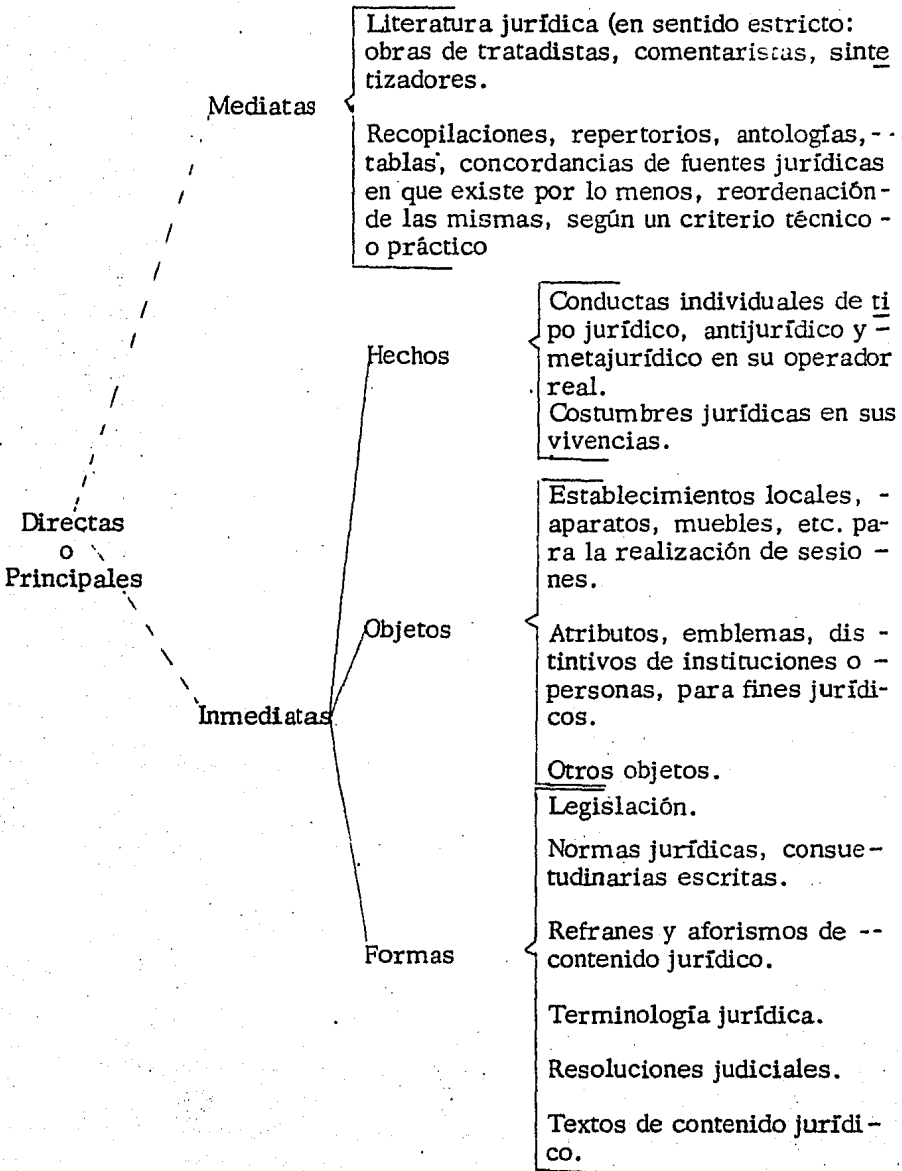
Las fuentes del conocimiento jurídico estarán prontas - - para testificar, cuando esto sea requerido.

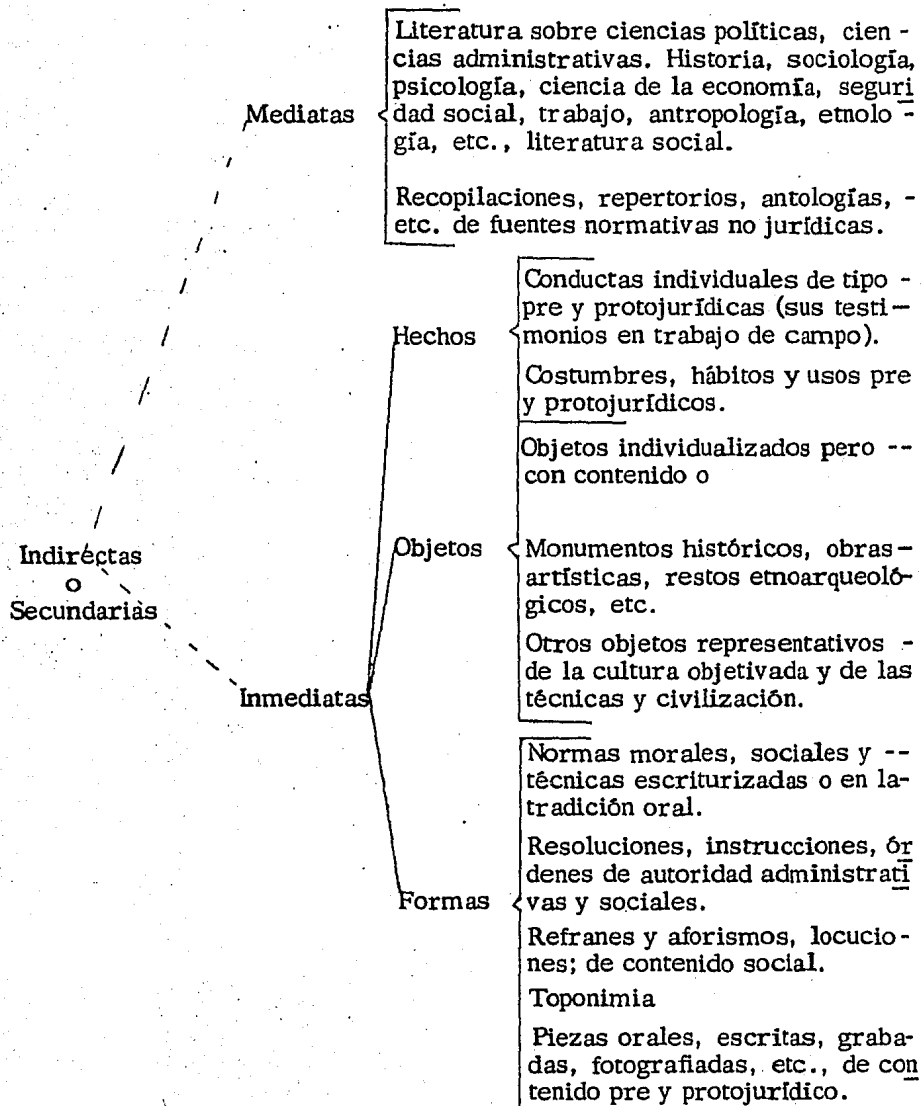
Vistas como un conjunto, las fuentes del conocimiento jurídico, es posible agruparlas y sub-agruparlas a través de la aplicación de los tres criterios (relación de contenido, de intermediario y relación de tiempo.)

Siempre en una visión panorámica, las fuentes del conocimiento científico, es posible calificarlas como directas o principales, en

función de que proporcionen noticia o testimonio de un determinado sistema jurídico positivo y de su vivencia en la realidad (aquí lo antijurídico) y el pensamiento (aquí lo metajurídico). Es posible, desde la misma perspectiva, calificarlas de fuentes indirectas o secundarias aquellas que informan sobre los estratos pre y protojurídicos, sobre los que descansa la estructura jurídica conocida por las fuentes principales o directas. Fuentes inmediatas son aquellas que nos dan a conocer el objeto que deseamos, parcial o totalmente sin que él experimente una refracción por efecto de un investigador precedente; fuente mediata será aquella que se encuentre en la posición contraria. Por último, se considera fuente jurídica originaria a aquella que surge sin solución de continuidad en el tiempo con respecto del hecho, objeto, norma o concepto en ellos reflejado; y lo son remotas o derivadas si tal irrupción existió, cualquiera que sea su origen.

Un esquema general, sobre la base de las grandes áreas, ya mencionadas antes, es posible representarlo de la manera siguiente:





En resumen se entiende por fuente del conocimiento jurídico, todo fenómeno, toda cosa y todo acto susceptible de ser percibido -

por los sentidos del sujeto cognocente y que por tal intermedio proporciona a éste datos técnicamente registrables e intelectivamente aprehensibles como testimonio directo o indirecto, inmediato o mediato, originario o derivado, de un sistema jurídico, ya sea formal, real o ideal, determinado o determinable, presente o pretérito, cuya conciente posesión es el fin próximo del investigador.

En otras palabras, la fuente de conocimiento jurídico es la testificación de la juridicidad del objeto ante el sujeto activo de un saber racional.

En conclusión; y de todo lo expuesto anteriormente se deriva lo siguiente: las fuentes del derecho serán fuentes del conocimiento jurídico, en tanto sirvan en algún grado a la investigación científica. Para el caso de las fuentes mixtas o fuentes eventuales, su normal calidad es la de servir como fuentes del conocimiento jurídico, lo cual no es un obstáculo para que la voluntad estatal o el consenso social las investa o pueda invertirlas del carácter de fuentes del derecho positivo.

Es necesario hacer notar con mayor énfasis la diferencia, desde el punto de vista de los sujetos. Para el sujeto jurídico, y sólo para él, la o las fuentes del derecho positivo, sin que le sea posible apelar a la ignorancia que sobre ella o ellas tiene, le fijan específicamente el sistema normativo de su conducta y las consecuencias imputables a su acatamiento o a su transgresión. De esta manera es suficiente y bastante que el sujeto posea el saber vulgar o primario, que puede ser representado -

por el derecho usual y muy rara vez necesita de la asesoría del juriscónsultor. Para el sujeto de la investigación científico-jurídica, todos y cada uno de los sujetos jurídicos articulan, no obstante las eventuales variantes de las situaciones jurídicas, que gozan o soportan, en un complicado sistema u ordenamiento normativo jerarquizado en que las instituciones jurídicas representan conjuntos cuyos núcleos unitarios atraen o repelen armoniosamente las situaciones jurídicas, individuales o colectivas.

Para el investigador científico del derecho no es suficiente saber cuál es la norma vigente, deberá investigar además cuál es el sistema a que pertenece, la forma en que éste ha devenido, que es derecho, para qué es el derecho y la forma en que éste debería desarrollarse, determinar los elementos, principios y presupuestos que informan e integran el orden jurídico.

Así, la investigación científico-jurídica jamás dejará de partir o de regresar a la experiencia vivida y vívida a la vez; las fuentes de conocimiento sirven de medio o instrumento para que fluyan y sean adquiridos los elementos que lo constituyen, en bien y progreso de la humanidad.

Ahora, en los puntos subsiguientes, trataremos con mayor detenimiento las fuentes del derecho.

2. - FUENTES REALES

El problema de las fuentes del derecho ha sido planteado

y resuelto recurriendo a las fuentes tradicionalmente aceptadas por el -- sistema jurídico; las formales y de las que hablaremos en un punto posterior de este capítulo. El problema de las fuentes del derecho es posible plantearlo bajo diferentes ópticas. Una de ellas, la más común, es determinar cuáles han sido las fuentes del derecho que históricamente han predominado y de esta explicación se encarga el Derecho Civil y la Introducción al Derecho. Todo sistema jurídico debe su nacimiento a factores y elementos, es decir las situaciones o acontecimientos dentro de la sociedad que en un momento dado obligan al establecimiento de leyes que regulen la actividad de esos acontecimientos. Por ejemplo, la desaparición de la clase media rural, relacionado con el crecimiento del proletariado, - constituyó la fuente real de la legislación agraria de los Gracos, dentro del Derecho Romano.

De lo anterior se deduce que el fundamento lógico permanente de la generación de todo sistema jurídico es el derecho mismo, el orden jurídico mismo. Toda situación jurídica y toda norma tiene que ser jurídicamente creada, lo cual es la respuesta a necesidades o acontecimientos sucedidos dentro del sistema social.

3.- FUENTES HISTORICAS

Este tipo de fuente se encuentra dentro de las denominadas fuentes materiales del derecho y entre las cuales, se encuentran las vigentes Fuentes de Voluntad Social.

En particular las fuentes históricas del derecho son los documentos, tales como las inscripciones, los papiros, los códices, etc., en los cuales se encuentra contenido el texto de una o una serie de leyes determinadas.

Por ejemplo, las fuentes históricas del Derecho Romano son: el Corpus iuris civilis, las Instituciones de Justiniano, en el cual es tán contenidos algunos elementos de las Instituciones de Gayo. Las reglas falsamente atribuidas a Ulpiano, la vétris iuris consulti consulatio, los fragmenta vaticana, la collatio, etc.

En la Nueva España rigieron ciertos sistemas, los cuales han llegado a nuestros días y son: el fuero juzgo, las siete partidas, la legislación creada por el Consejo de Indias, etc.

4. - FUENTES FORMALES

Se entiende por fuentes formales aquellas que se encuentran dotadas de fuerza de obligar por mandato de un determinado ordenamiento, constitucional-legislativo. Eduardo García Maynez nos da la siguiente definición: "Por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas... la idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos". (37)

(37) Eduardo García Maynez. Ob. cit. pág. 52.

Bajo la modalidad de fuentes formales se encuentra una serie de fuentes que incluye a las fuentes de validez, las fuentes órganos, las fuentes potestades y las fuentes de expresión y concreción del derecho. Estas se encuentran incluidas dentro de tres grupos generales o principales y son: la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. Este conjunto, determina la validez de las normas que tienen su origen en los elementos mencionados.

a) Legislación

La legislación representa, en la mayoría de los países en que se cuenta con un sistema de derecho escriturado, la más rica e importante fuente, desde el punto de vista formal. La legislación puede ser considerada "como el proceso por el cual uno o varios órganos del estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes". (38)

La ley no representa en si una fuente del derecho, es más bien un producto de la legislación; esta aclaración se realiza debido a que muchos autores, al referirse a las fuentes formales del derecho mencionan en primer término a la ley.

El proceso legislativo tiene, relativamente, una creación reciente. Es en épocas recientes en que aparecieron los primeros órganos legislativos escritos.

"La historia -escribe Du Pasquier - (en palabras de García May-

(38) Ibidem.

nez), revela un constante impulso hacia el derecho escrito. En la Edad Media, las aspiraciones a la fijeza del derecho manifestábanse, sea en la redacción de cartas que establecían los derechos respectivos del señor y los súbditos, sea en la redacción de costumbres, primeramente a iniciativa privada, más tarde a título oficial. Por otra parte, el Derecho Romano, reunido en las recopilaciones de Justiniano (Digesto, institutas, etc.), ocupa el sitio de honor entre los juristas: denominábasele el derecho escrito; las regiones meridionales de Francia en donde su influencia era preponderante, eran llamadas pays de droit écrit, en oposición al pays de coutumes (Norte de Francia). En Alemania este vasto fenómeno, ocurrido principalmente en los siglos XIV y XV, ha recibido en la historia el nombre de recepción del Derecho Romano.

"Bajo Luis XIV y Luis XV, las Grandes Ordenanzas señalaron una importante ofensiva del derecho legislado contra el consuetudinario. En el siglo XVIII diversos estados de la América del Norte formularon las primeras constituciones escritas. En la misma época, los códigos prusiano y bávaro abrieron la era de las codificaciones, cuya floración más rica se extendió bajo Napoleón". (39)

La formulación del derecho corresponde casi en exclusiva a la obra del legislador, en muchos de los Estados Modernos, a excepción de Inglaterra y de otros países en que la costumbre es quien predomina, siguiendo los lineamientos del sistema anglosajón.

(39) *Ibidem*, pág. 53

Esa inclinación, cada vez mayor hacia el derecho escrito, es en respuesta a la necesidad de seguridad jurídica existente.

El derecho consuetudinario, dadas sus características de cierta ambigüedad, es decir la carencia de precisión en su formulación, dificulta en gran medida su aplicación práctica y el análisis constante que necesariamente debe realizarse a todo sistema de derecho. Contrario al legislado, el cual puede ser revisado y modificado con mayor rapidez, además de poseer una mayor precisión y un carácter sistemático, por otro lado es más fácilmente adaptado al sistema social contemporáneo, que en última instancia, hoy es lo más importante.

En nuestro país, se sigue un proceso legislativo que consta de -- seis diversas etapas las cuales se exponen a continuación:

- a) Iniciativa
- b) Discusión
- c) Aprobación
- d) Sanción
- e) Publicación
- f) Iniciación de la vigencia

La primera etapa es el acto, por el cual, ciertos órganos del Estado proponen un proyecto de ley y es turnada al Congreso. Según el artículo 71 de la Constitución Federal, tienen el derecho de iniciar leyes o decretos:

- I. El Presidente de la República
- II. Los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión
- III. Las legislaturas de los Estados

Las iniciativas presentadas pasarán a comisión, si quién las presenta es el Presidente de la República o la Legislatura de algún Estado. En caso de ser los diputados o los senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.

La etapa de discusión consiste en la deliberación acerca de las -- iniciativas por parte de las Cámaras, para determinar su aprobación o su rechazo.

La aprobación es la aceptación por parte de las Cámaras de un - proyecto de ley.

Sanción es la aceptación de una iniciativa por el poder ejecutivo. Esta debe ser posterior a la aprobación del proyecto por las Cámaras.

La publicación consiste en dar a conocer la nueva ley, ya aprobada y sancionada, a los que en lo sucesivo deberán cumplir.

Iniciación de la vigencia; en el derecho mexicano existen dos sistemas de iniciación de vigencia que resumidos son lo que en terminología-jurídica se le denomina *vacatio legis* y que es "el término durante el cual-racionalmente se supone que los destinatarios del precepto estarán en condiciones de conocerlo y por ende, de cumplirlo". (40).

(40) *Ibidem*, pág. 57.

b) Costumbre

En opinión de García Maynez y tomando como base dos definiciones de derecho consuetudinario y cuyos autores son: Du Pasquier, Francois Gény y que son las siguientes: "La costumbre es el uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente". (41) Y, "un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo" (42), sacan a flote dos características del mencionado derecho: la primera de ellas es que lo integran diversas reglas sociales, originadas por el uso que se les ha dado durante un lapso considerable; y la segunda es la transformación de dichas reglas en derecho positivo, cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad.

Asimismo, la costumbre, cuenta con dos elementos, según la teoría denominada "romano-canónica" el uno subjetivo y que consiste en la afirmación de que el uso tratado, es jurídicamente obligatorio y en consecuencia, debe aplicarse; objetivo el otro, en la práctica lo suficientemente frecuente y prolongada de tal o cual acción. Es precisamente el carácter obligatorio que surge del acuerdo común, lo que hace posible que el poder público la aplique, aun de una manera coactiva.

(41) Du Pasquier. "Introduction a la Théorie Générale et a la Philosophie du Droit", pág. 36.

Citado por García Maynez. Ob. cit., pág. 61.

(42) Francois Gény. "Méthode de Interprétation", 2eme Edition. I, pág. 223.

Citado por García Maynez. Ob. cit., pág. 61.

García Maynez cita la teoría de Jorge Jellinek acerca de la fuerza normativa de los hechos, "los hechos tienen cierta fuerza normativa. Cuando un hábito social se prolonga, acaba por producir, en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio. De esta suerte, lo normal, lo acostumbrado, transfórmase en lo debido, y lo que en un principio fue simple uso, es visto más tarde como manifestación -- del respeto a un deber. O como dice Ehrlich: "la costumbre del pasado se convierte en la norma del futuro". (43)

Estas tesis vienen a explicar el proloquio que dice que la costumbre es ley.

También es posible encontrar un error grave en alto grado; éste se deriva de la afirmación que la simple repetición de un acto engendra, a la postre, normas de conducta, esto es falso dado que de los hechos no es correcto desprender conclusiones normativas. Existen actos de tipo obligatorio que no se repiten y aun así no pierden su carácter de obligatoriedad. Algunos otros aunque sean repetidos con mucha frecuencia no pueden ser considerados como cumplimiento de una norma. La distinción que -- existe entre el valor formal y el intrínseco además de aplicarse al derecho escrito, es aplicable también a las reglas que han nacido del consuetudo.

Ciertos autores sostienen que una costumbre no puede considerarse

(43) Eugen Ehrlich. "Fundamental Principles of Sociology of Law". Harvard University Press. Cambridge Mass, 1936; pág. 88. Citado por García Maynez. Ob. Cit., pág. 62.

se como regla del derecho, mientras el poder público no la declare como obligatoria; el reconocimiento de la costumbre por parte del poder público se puede realizar de dos maneras distintas, a saber: de forma expresa o tácita; el reconocimiento expreso se lleva a cabo a través de la promulgación de leyes; el tácito es la aplicación de una costumbre en la resolución de casos particulares.

El problema que exige solución es determinar si la costumbre, - aun cuando no exista un reconocimiento legal que le de la categoría de obligatoria, surgir como tal en forma independientemente de la opinión y decisión de los jueces; la mayoría de los juristas, entre los que hay que citar a Kelsen, Mircea, Djuvara y Marcel Planiol, no lo afirman.

Kelsen opina que una regla de conducta, es obligatoria cuando la voluntad del Estado así lo manifiesta; de acuerdo con esto, el derecho consuetudinario sólo nace de la acción de los órganos jurisdiccionales. Djuvara afirma: "la costumbre no podría ser fuente del derecho positivo si no - fuese aplicada por los órganos estatales a los casos concretos (especial - mente por los jueces, en materia de derecho privado). Es la jurisprudencia la que da vida a la costumbre como fuente del derecho, aplicarla a los casos individuales". (44)

Y Planiol opina: "no creo que sea posible crear al margen de la - jurisprudencia, reglas consuetudinarias jurídicamente obligatorias". (45)

(44) García Maynez. Ob. cit., pág. 63.

(45) *Ibidem*.

Para Francois Gény, la afirmación de Planiol es falsa. El opina - que la costumbre jurídica no tiene su origen en la práctica de los tribuna - les, no obstante reconoce que su aplicación por parte de los jueces es -- una manifestación innegable de la opinio necessitatis. Cuando los tribuna - les aplican la costumbre, es debido a que realmente corresponde a una re - gla de derecho, en otras palabras es una norma que ha nacido del consue - tido y su aparición es previa a las decisiones que han determinado su va - lidez. La aplicación de una regla sólo está confirmando su validez, pero - en ningún momento se le está creando.

Para Heinrich, existen, entre el derecho consuetudinario y el le - gislado, relaciones que al analizarlas se podrá distinguir tres formas di - ferentes de derecho consuetudinario y son:

- a) el delegante,
- b) el delegado y
- c) el derogatorio.

El primer caso sucede cuando a través de una norma jurídica no - escrita, se da autorización a cierta instancia para crear derecho escrito. La costumbre jurídica tiene una posición supraordinada respecto a la ley.

El segundo caso sucede cuando la ley remite a las costumbres en la resolución de ciertas controversias y faltas de acuerdo. En este caso - la costumbre se encuentra subordinada a la ley escrita y Somlo llama a -- aquella, "costumbre jurídica secundaria".

El tercer caso, se da cuando la costumbre se desarrolla en sen -

tido contrario al que marcan los textos legales. Existe la posibilidad de - que ésta se forme aun cuando el legislador le niegue expresamente alguna validez.

En relación al derecho mexicano, la costumbre desempeña un pa pel muy secundario, por lo que es considerada como una fuente mediata - o supletoria del orden positivo.

En el capítulo quinto analizaremos a la costumbre en relación al código y al derecho civil mexicano. También se hace mención de ella en - el derecho laboral y el código penal no mantiene ningún nexo con la cos - tumbre.

c) Jurisprudencia

Generalmente se le reconocen dos acepciones principales a esta palabra: en una se le atribuyen equivalencias con el derecho como cien - cia o bien teoría del orden jurídico positivo. La segunda acepción se utili - za para la designación del sistema de principios y doctrinas que contienen las decisiones de los tribunales.

En ocasiones la ley da a las propuestas expuestas por algunas au toridades judiciales, la característica de obligatoriedad, relativamente a otras inferiores en rango. Tal es el caso que se presenta en nuestro país: la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia obliga a la Corte misma y a los tribunales unitarios y Colegiados del Circuito, Juzgado de Distrito, Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distri - to Federal y Tribunales Administrativos y del trabajo, locales y Federa--

les.

En el derecho de nuestro país es posible hablar de jurisprudencia obligatoria y no obligatoria.

A continuación se citan tres disposiciones legales y en las que el sentido de la palabra es un poco más restringido que el que se le da en un principio: "Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros" (artículo 192 de la Ley de Amparo, párrafo segundo).

"La jurisprudencia que establezcan los tribunales Colegiados de Circuito, en materia de su competencia exclusiva, es obligatoria para los mismos tribunales, así como para los juzgados de distrito, tribunales judiciales del fuero común, Tribunales administrativos y del trabajo que funcionen dentro de su jurisdicción territorial.

"Las ejecutorias de los tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran", (Artículo 193 bis, Ley de Amparo)..

En forma relativa a las autoridades mencionadas, en los preceptos, las tesis jurisprudenciales cuentan con igual fuerza normativa de un texto legal. Estas tesis pueden ser de dos formas; interpretativas de las-

leyes a que hacen alusión o integradoras de sus lagunas.

- La Doctrina.

Es el nombre que reciben los estudios científicos que llevan a cabo los juristas, sobre el derecho; sea con el fin netamente teórico de ordenación de sus preceptos o con el objeto de dar a sus normas una interpretación y señalar las reglas de su aplicación. Dado que la doctrina representa el producto de una actividad de especulación de los particulares, no cuentan sus resultados finales con fuerza obligatoria.

No obstante, la doctrina puede convertirse en una fuente formal del derecho, si surge alguna disposición legal que le de esa característica.

CAPITULO CUARTO

LA COSTUMBRE EN OTRAS LEGISLACIONES

1. - LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el tiempo de los descubrimientos realizados por Cristóbal Colón, en España no existía una unidad nacional; cada provincia conservaba características políticas propias y sus instituciones tradicionales.

El derecho que viene a influir directamente en América Latina es el Derecho Castellano.

Las leyes más importantes del Derecho Español que tuvieron en las Indias Occidentales una vigencia positiva, aunque fuera como derecho supletorio, durante el período de la dominación española son: las partidas, las leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación.

Ya la primera partida en su título II (segundo) nos habla de la costumbre de la siguiente manera: "Del vso, e de la costumbre, e del fuero. Embargar no puede ninguna cosa las leyes que no ayan la fuerza y el poder que avemos dicho, sino tres cosas. La primera vso. La segunda, costumbre. La tercera, fuero. Estas nascen vnas de otras, e an derecho natural en si segun en aqueste libro se muestra çá bien como de las letras nasce verbo, e de los verbos, parte, e de la parte, razón; así nasce del tiempo, vso: y del vso, costumbre: e de la costumbre: fuero" - (46).

(46) Códigos Antiguos de España. Alcubilla. Madrid, 1885.
Cit. Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 20.

Este código fue promulgado bajo el reinado de Alfonso X, el sabio. Representa la obra más importante del Derecho Castellano y una de las que alcanzaron más difusión, en todos los demás países europeos.

En la ley IV del título II de la I Partida se dice: "que cosa es costumbre e cuantas maneras son della. Costumbre es derecho o fuero que non es scripto: el qual han vsado los omes luengo tiempo, ayudándose de el en las cosas, en las razones, sobre que lo vsaron. E son tres maneras de costumbre. La primera es aquella que es sobre alguna cosa señaladamente assi como en logar o en persona cierta. La segunda sobre todo también en personas, como en logares. La tercera sobre otros fechos señalados que facen los omes de que se hallan bien en que están firmes."

En la Ley V del título II de la misma partida, se refiere a quienes están encargados de "poner costumbre, e en que manera. Pueblo tanto quiere dezir, como ayuntamiento de gentes de todas maneras de aquella tierra do se allegan. E desto no sale ome ni muger, ni clérigo ni lego. E tal pueblo como este, o la mayor partida del, si vsaren diez o veinte años a fazer alguna cosa, como en manera de costumbre sabiéndolo el señor de la tierra, e no lo contradiziendo, o teniéndolo por bien, puédenla fazer, o deve ser tenida, e guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concegeramente dos jycios, por ella, de omes sabidores e entendidos de juzgar. E no aviendo quien gellas contralle, eso mismo seria, cuando contra tal costumbre en el tiempo sobredicho, alguno pusiese en demanda, o su querella: o dixese, que non era costumbre, que -

deuiese valer. E el juzgador, ante quien acaeciese tal contienda, oydas - las razones de ambas las partes juzgasse, que era costumbre de todo - todo, no cabiendo las razones de aquellos que lo contradixessen. E otrosi dezzimos, que la costumbre que el pueblo quiere poner, e vsar de ella, - deue ser con derecha razón e non contra la ley de Diós, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra de lo - gar do se faze, e deuenla poner con gran consejo, e non por yerro ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueua, sino derecho e razón e - pro, çá si de otra guisa la pusieren non seria buena costumbre mas dañamiento dellos e de toda justicia". (47)

Le ley VI nos habla de la fuerza que ha de tener la cos - tumbre para valer.

La novísima recopilación, hace referencia a la costum -- bre al legislar los modos de probar que los bienes son de mayorazgo. En esta legislación al igual que en la ley del Toro ya no se le presta tanta -- atención como en las partidas. En el libro X, título XVII, ley I (ley 41 de Toro) establece en lo fundamental que el mayorazgo se puede probar por -- la escritura de la institución de él. Y asimismo por costumbre inmemo -- rial probada con las calidades que concluyan los pasados haber tenido y -- poseido aquellos bienes por mayorazgo.

En el libro VII, título III, donde trata de las ordenanzas -- para el buen gobierno de los pueblos establece en la ley primera: "ordena -- mos y mandamos que todas las ciudades villas y lugares de nuestros Rey -

nos, sean gobernados según las ordenanzas y costumbres que los consejos cerca desto tuvieren". (48)

Actualmente el Derecho vigente Español, da a la costumbre la importancia que ésta merece, ya que a lo largo de la historia del Derecho Español, el término costumbre adquiere gran variedad de significados; los juristas se enfrentan con la imprecisión terminológica.

Bajo el nombre en plural, de consuetudines, costumbres o customs, y en ocasiones también el de mores, se designa al conjunto de normas concretas. Haciendo remembranza de una denominación post-clásica, se considera, al consuetudo, un derecho no escrito, entendido en el sentido de que la formulación de los preceptos no se ha hecho por documento oficial; no en el que no conste por escrito. Por costumbre se designa también cada norma concreta que se induce de la repetición de actos.

Esta reiteración de actos se designa también, como costumbre, pero con más frecuencia se habla de "uso".

De acuerdo con esto y como se expone en las partidas, de la repetición de actos en el tiempo nace el uso o la práctica y del uso nace la costumbre o norma.

El uso y su antigüedad son exigidos en el derecho del siglo XVIII. Sin embargo, los juristas en su caso de precisar, con vistas a la prueba de la existencia de una costumbre, vuelven aún más confusa la cuestión.

(48) Ibidem.

Respecto al número de actos coincidentes que han de testimoniarse para dar a la costumbre como existente, hubo ciertos autores que establecieron que dos son suficientes; otros dejan esto a la apreciación del juez; no hubo ausencia de la opinión de que uno sólo era bastante para crear una situación permanente.

Por lo que se refiere al tiempo o antigüedad, los textos dicen que la costumbre ha de ser longa o inveterata. Algunos equiparan el nacimiento de la costumbre con la prescripción, y dependiendo del caso de que se trate, consideran necesario el mantenimiento del uso durante diez, veinte, cuarenta o cien años, calificándole en este caso de inmemorial.

Algunos exigían que la costumbre haya sido antes aplicada y alegada en juicio por algún tribunal, a esto se produjo la reacción de rechazo por otros autores que consideraron esto como inconsistente.

La prueba de la costumbre ofrece mucha inseguridad en juicio. Con el fin de evitar estas complicaciones, se dispuso en cierta vez que se haga simplemente por testigos sin forma de pleito. Para el mismo efecto se redacta en un documento.

Incluso, estas redacciones valen para probar la existencia de las costumbres recogidas en ellas.

Siguiendo la doctrina de la edad media, en las épocas posteriores, la costumbre ha de reunir cierto número de requisitos internos. En ningún momento debe ser contraria a la ley de Dios, al derecho Natu -

ral o a la razón y ha de dirigirse al bien común.

Cuando la costumbre cumple con todos los requisitos, es cuando alcanza plena autoridad, según la expresión habitual, fuerza de ley.

Los juristas de la época distinguen varias clases de costumbre: la que se ajusta a la ley, o *secundum legem*, que sólo se limita a ratificar la autoridad de ella; la que regula materias de las que la ley no se ocupa, o *praeter legem*; y la costumbre que regula cierta cuestión de manera distinta a la ley o *contra legem*. En este último caso los juristas se inclinan a preferir de estas dos normas contradictorias la que sea posterior. Pero aun determinado lo anterior, los juristas hacen mención que si ha derogado expresamente la costumbre anterior o si la ley derogatoria es general y la costumbre especial. La ley deroga la costumbre anterior pero aquella ley puede ser derogada por una costumbre posterior. Algunos juristas opinan que si la ley no es aceptada o seguida por el pueblo, no llega a derogar a la costumbre.

El absolutismo político de los reyes o del estado liberal y el racionalismo filosófico y jurídico, manifiestan desde el siglo XVIII hasta la época actual del Derecho Español, una actitud totalmente contraria a la costumbre, por escapar a la labor directiva del Estado y no ser el producto de la madura deliberación de miembros más capacitados por su experiencia y sus conocimientos.

Los conceptos de costumbre y de uso, así como los requi

sitos, que su establecimiento han implicado, siguen siendo los mismos. Es reconocida la vigencia de la costumbre secundum y praeter legem, pero se niega todo valor a la que es contra legem.

El código civil español establece que las leyes sólo se derogán por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso ni la costumbre o la práctica en contrario.

2. - LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CANONICO

El Derecho Canónico permitió la promulgación de normas jurídicas de origen consuetudinario; al respecto se refieren los cánones 5 y del 22 al 30. A continuación citamos algunos:

Canon 25 "La costumbre obtiene en la iglesia fuerza de ley únicamente -- por el consentimiento del superior eclesiástico competente".

Canon 26 "La comunidad que es capaz al menos de recibir una ley eclesiástica puede introducir una costumbre que obtenga fuerza de ley".

Canon 27 " 1. - Ninguna costumbre puede derogar en manera alguna el -- derecho divino o positivo; como tampoco prejuzga el derecho -- eclesiástico, a no ser que fuere razonable y hubiere legítimamente prescrito por espacio de cuarenta años continuos y completos.

2. - La costumbre que expresamente se reprueba en el derecho no es razonable".

Según los cánones 28 y 29 la costumbre puede estar contra la ley y puede estar conforme a la ley, también está considerada la costumbre que se desarrolla al margen de la ley.

Para el Derecho Canónico, la costumbre supone dos elementos; uno material y uno formal, como es posible apreciarlo en los cánones 25 y 26. El primero consiste en determinada práctica mantenida por el tiempo y el segundo que necesita del consentimiento del superior eclesiástico autorizado.

La costumbre *contra legem* (c. 27) es la que contradice una norma jurídica. Y si se trata de una ley natural o de origen divino, la costumbre está destinada a desaparecer y si la costumbre es irracional no es posible que dé origen a cierto tipo de derecho. La irracionalidad se presenta cuando la costumbre lesiona los preceptos básicos del orden jurídico canónico.

La costumbre *praeter legem*, tratada en el canon 28, es la que actúa al margen de la ley. Es decir, actúa sobre zonas vacías de legislación; y mientras sea una práctica racional es posible que sea considerada como una norma jurídica, con el requisito de que debe practicarse por cuarenta años continuos.

La costumbre *secundum legem*, canon 29, es la que actúa de acuerdo con la ley, confirmándola y robusteciéndola; esta costumbre era prescrita a los diez años, en la antigua disciplina, posteriormente se le impusieron también cuarenta años de práctica. El propio canon 29 afirm

ma que la costumbre es el mejor intérprete del derecho ya que precisamente por los usos del pueblo y autoridades cristianas pueden declararse y precisarse los alcances del derecho escrito.

Una costumbre deja de tener validez en el momento que se introduce otra en sentido contrario. También es posible cesarla por la acción de una ley posterior que esté en contradicción con ella. Esto sólo puede suceder si se trata de una costumbre ordinaria, pues si es una costumbre centenaria o inmemorial es necesario que surja otra ley en donde se disponga en forma expresa la revocación. De la misma forma es necesaria la explícita mención legislativa, para que una costumbre particular sea revocada por una ley general; en contraste una ley particular deroga de suyo la costumbre particular contraria, lo que no es posible cuando la ley se origina en una autoridad inferior, ni tampoco cuando la dicta el sumo Pontífice, ya que él no toma en consideración las costumbres particulares, a no ser que se le mencione expresamente. Esto está contenido en el canon 30.

3. - LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

El sistema jurídico actual de Inglaterra, es el resultado de muchos siglos de evolución y desarrollo. No apareció fortuitamente, aunque tampoco es posible afirmar que los creadores de la Constitución tenían en mente un plan por el cual lucharon concientemente, no obstante sí hubo un conjunto de principios orientadores durante el período de formación.

Las circunstancias históricas y geográficas proporcionaron a los pobladores de la isla de una rara sagacidad política. En el tron-

co de los primeros habitantes se injertaron por efecto de las numerosas - invasiones y conquistas, las diversas cualidades de pueblos como los - - anglios, sajones, jutlandeses y normandos. Los normandos en particular, eran un pueblo con una especial genialidad, ya que tenían como costumbre asimilar y tomar para sí lo mejor de la vida, las instituciones y los sistemas consuetudinarios de sus conquistados. Como veremos en el punto siguiente de este capítulo, los normandos fueron los iniciadores del sistema jurídico denominado Common Law, vigente actualmente en Gran Bretaña; este sistema tiene en una buena parte sus orígenes en el derecho que imperó en Inglaterra antes de la conquista de los normandos.

Muchas de las leyes actuales del país no fueron establecidas por el parlamento y su origen se halla en gran parte en las viejas costumbres que han existido desde tiempo inmemorial.

A las antiguas costumbres de los primeros pueblos habitantes de la isla, se agregaron las costumbres teutónicas de los conquistadores anglios, sajones y jutlandeses, y posteriormente, las costumbres de los daneses. Muchas de esas costumbres fueron recopiladas y fijadas en documentos como los estatutos (dooms) u ordenanzas, entre las que se pueden citar los estatutos de Atalberto de Kent del año 600, o las ordenanzas de Alfredo, del año 900, que se trocaban en leyes, pues en esos días el rey era la única autoridad legisladora.

Un estatuto de Atalberto de Ken decía: "Si alguno matase a un hombre libre, pagará 50 chelines al Rey, como compensación a su -

autoridad" y una ley de Alfredo ordenaba: "Si alguno conspirase contra el Rey, responderá con su vida y con todo lo que posee".

A pesar de que el rey era la máxima autoridad, desde los tiempos más antiguos existió la costumbre de que ellos (los reyes) consultaran con sus consejeros todos los negocios importantes de gobierno, y - antes de la conquista normanda los reyes anglosajones discutían las leyes, los impuestos y otros negocios de suma importancia para el Estado con - el consejo de sabios, compuestos generalmente de obispos, abades, condes, altos oficiales de la casa del rey y otros personajes. Esta asamblea no era muy numerosa y el rey tenía el derecho de convocar a quien desea ra, de tal manera que nunca era el mismo grupo.

Al conquistar los normandos el país, trajeron un sistema relativamente más perfecto de derecho feudal, sin embargo, dieron muestras de gran sabiduría al permitir que los sajones conservaran una buena parte de su sistema consuetudinario.

Guillermo El Conquistador, concedió una carta a la City de Londres en la que decía: "Yo, Guillermo rey, saludo a Guillermo obispo, y a todos los habitantes de Londres; y quiero que todos sepan mi deseo de que conservéis todas las leyes por las que eraís gobernados en -- tiempos del rey Eduardo". Aun en el reinado de Enrique II subsistían en Inglaterra cuatro sistemas diferentes de derecho: el de Wessex, el merciano, el derecho danés y el derecho del Tribunal del Rey; éstos se fundieron posteriormente en uno y dieron origen a lo que conocemos hoy por

Common Law.

4. - ESTADOS UNIDOS Y EL COMMON LAW

Posteriormente al establecimiento definitivo de los normandos en las islas británicas, el poder público y sobre todo el de la administración de la justicia se concentró en el rey totalmente, del cual surgía toda autoridad a través de cuatro instituciones históricas y jurídicas en la estructura política de Gran Bretaña:

- 1) The king's Council o Consejo del Rey.
- 2) The king's writ, mandamiento o decreto del rey.
- 3) The king's Inquest, Inquisición del rey.
- 4) The doctrine of the King's Peace, la Doctrina de Paz del Rey.

Esto representa la base para la formación del sistema -- llamado Common Law (derecho común) y rige actualmente en Inglaterra, Irlanda, Gales, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, India, Gibraltar, Estados Unidos (excepto el estado de Louisiana, Puerto Rico, Zona del Canal de Panamá y Hawaii).

Ya es sabido que el sistema jurídico romano y los que de él derivan, la ley escrita es la principal fuente de las normas jurídicas, el legislador es el creador del derecho y los textos legales son esencialmente la legislación codificada en donde están promulgados los preceptos vigentes; en contraste en el common law, el juez es principalmente el au

tor del derecho, las decisiones judiciales son la fuente primordial de los principios jurídicos y los repertorios de las ejecutorias, los textos formales en los que aparecen publicadas las normas que están en vigor.

En los países que practican el sistema del common law el derecho se encuentra capitalmente en las sentencias de los tribunales, sea por falta de ley escrita o como interpretación autorizada de los textos legales vigentes; la ley positiva no significa mucho en la práctica sino hasta que la jurisprudencia define su sentido jurídico y la desenvuelve. La doctrina formada por la opinión de los tratadistas prácticamente no existe, puesto que la labor de los escritores de derecho se limita a la exposición solamente, en forma ordenada y científica, de los principios jurídicos sustentados por las sentencias o decisiones dadas por la autoridad judicial.

Por lo expuesto hasta aquí se deduce que dentro de este sistema de organización social, el derecho consuetudinario creación íntegra del juez, tiene una mayor importancia que el derecho escrito, proveniente del legislador, y que los libros en que se publican las decisiones y sentencias de los tribunales son la fuente primordial de toda la literatura jurídica.

En los Estados Unidos, los libros principales en que está publicada la denominada ley no escrita son: repertorio de las decisiones de los tribunales, digestos, libros de citas, diccionarios, tratados de derecho y enciclopedias.

CAPITULO QUINTO

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

1. - CONCEPTO DE DERECHO CIVIL

Desde el punto de vista legislativo es el que está contenido dentro del código civil. Este concepto es muy impreciso, debido a la falta de homogeneidad en la materia, lo que a su vez se debe a razones de tipo histórico.

Para el Derecho Romano, el derecho civil era el conjunto de reglas que gobernaban las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí o con las autoridades públicas y de las que estaban excluidos los extranjeros. En consecuencia entre los romanos existían al respecto dos derechos, el civil para los ciudadanos nacionales y el derecho de gentes para los extranjeros.

Ulpiano afirma que el *jus civile* es el que ni se separa del todo del natural o de gentes ni se somete a él totalmente, pues se elabora derecho propio, es decir, civil, adicionando o destruyendo algo de derecho común. (D. eod., 6)

Gayo nos dice: "todos los pueblos que se rigen por leyes o costumbres usan un derecho en parte peculiar suyo y en parte común a todos los hombres. Pues bien, el que cada pueblo establece el mismo para sí, es peculiar de la misma civitas y se llama *jus civile*, como derecho privativo de la civitas misma en cambio el que la razón natural estatuye entre todos los hombres es guardado igualmente por todos los hombres y

se le llama *jus gentium*, como derecho que por todos los pueblos es usado" (D. eod. 9)

En la actualidad, el concepto romano viene a constituir el derecho nacional en la edad moderna.

Para Clemente de Diego, es "el conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de derechos y patrimonio, y como miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del conjunto social". (49)

Para Josserand, el derecho civil y el derecho privado tienen caracteres similares y el primero da en cierta forma, origen al segundo. Esta deducción es hecha de las disciplinas que recabaron su autonomía en los últimos siglos. Es la rama del derecho que rige las relaciones privadas pero solamente, en tanto nada tienen de específicamente comerciales, industriales y rurales y habida consideración de las reglas de forma, de realización práctica del derecho.

Gil Hernández nos da el siguiente concepto: "El derecho privado general que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le correspondan como tal y en relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la comunidad". (50)

(49) Clemente de Diego. "Instituciones de Derecho Civil". Madrid, 1957. Pág. 25.

(50) Gil Hernández. "El Concepto de Derecho Civil". Madrid, 1943. Pág. 173.

El derecho civil puede considerarse como una rama de la legislación o como una rama del derecho científico. En el primer caso, es el conjunto de normas referentes a las relaciones entre las personas en el campo estrictamente particular.

Como rama de la ciencia del derecho, el derecho civil se encarga del estudio de las instituciones civiles desde los puntos de vista filosófico, legal e histórico.

2. - ARTICULO 10 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

Artículo 10.

"Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".

Este artículo puede ser analizado desde diferentes puntos de vista.

En primer lugar, resulta muy radical su precepto, exigiendo por sobre todas las cosas el cumplimiento de la ley. La costumbre en el Derecho Civil Mexicano no tiene la capacidad para derogar una ley; es decir, la derogación, si la hubiere, sería (desde una óptica de la ley positiva) de hecho únicamente.

En este caso la derogación de una ley por la costumbre se encuentra prohibida por la propia Ley.

Esto, garantiza en cierta medida el cumplimiento adecuado

do de la ley; sin embargo las necesidades de la sociedad actual, en cuanto a la administración de justicia se refiere, demandan de una mayor flexibilidad de ciertas disposiciones rígidas en exceso. Para el caso de lo dispuesto en el artículo 10 ya mencionado, no cabe la mínima posibilidad de que alguna circunstancia específica justifique de alguna manera la falta de observancia de la ley. Esta disposición no prevé absolutamente, desde ningún punto de vista el hecho de que existen dentro de nuestro territorio grupos autóctonos con un sistema jurídico que difiere en algunos puntos, de manera parcial o total del vigente en nuestra sociedad, y que quizá puedan estar no acatando o incumpliendo una ley sin que dentro de su forma de vida ello signifique delito alguno.

Ello constituye ya, un posible obstáculo para el alcance del objetivo del derecho, que es lograr la justicia; es por eso, en mi opinión, necesario analizar detenidamente el artículo y establecer algún complemento que le diera un carácter más flexible, sin que se descuide su esencia, que es el cumplimiento de la ley; corresponde a los encargados de aplicar la ley, sobre la práctica, determinar las circunstancias en que un acto contra la ley se ha realizado, el análisis minucioso de las causas y el sentido humanístico de la justicia por parte del juez ayudarán enormemente a lograr las metas que el derecho se ha propuesto alcanzar.

La ideología de nuestra sociedad nacional es en gran medida heterogénea, así como diversos han sido sus orígenes, ésta es una situación que no debe pasarse por alto en el proceso de aplicación del de-

recho; es cierto que es difícil y quizá imposible el establecimiento de una ley para cada caso más no es imposible, sin que se aleje lo mínimo de lo establecido por la ley, dar cabida a ciertas modificaciones que las necesidades prácticas vayan requiriendo.

Este carácter impositivo y rígido del artículo 10 contrasta en cierta forma con las características de ciertos artículos del propio código y los cuales se transcriben a continuación.

3. - OPOSICION AL ARTICULO 10 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

LIBRO SEGUNDO

De los bienes

Título Quinto

Del usufructo del uso y de la habitación

Capítulo II

De los derechos del usufructuario

Artículo 997

"Si el monte fuere talar o de madera de construcción podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que hará el dueño, acomodándose en el modo, porción o época, a las leyes especiales o a las costumbres del lugar".

Artículo 999

"El usufructuario podrá utilizar los viveros sin perjuicio de su con -

servación y según las costumbres del lugar y lo dispuesto en las leyes respectivas".

LIBRO CUARTO

De las obligaciones

Primera Parte

De las obligaciones en general

Título Primero

Fuentes de las obligaciones

Capítulo I

Contratos

Artículo 1796

"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto por aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fé al uso o a la ley".

Interpretación

Artículo 1856

"El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos".

Segunda Parte

De las diversas especies de contratos

Capítulo V

Del arrendamiento de las fincas rústicas

Título VI

Del arrendamiento

Artículo 2457

"El permiso a que se refiere el artículo que precede no será obligatorio sino en el período y por el tiempo, rigurosamente indispensable, conforme a las costumbres locales salvo convenio en contrario".

(El artículo a que hace alusión el transcrito anteriormente es el siguiente: Artículo 2456: "En el arrendamiento de predios rústicos por plazo determinado debe el arrendatario en el último año que permanezca en el fundo, permitir a su sucesor o al dueño, en su caso, el barbecho de las tierras que tenga desocupadas y en las que él no pueda verificar la nueva siembra, así como el uso de edificios y demás medios que fueren necesarios para los factores preparatorios del año siguiente")

Artículo 2496

"En los casos de expropiación y ejecución judicial, se observará lo dispuesto en los Artículos 2456, 2457 y 2458".

Título VIII

Del depósito y del secuestro

Capítulo I

Del depósito

Artículo 2517

"Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato, y, en su defecto, a los usos del lugar en que se constituya el depósito".

Título X

Del contrato de prestación de servicios

Capítulo II

De la prestación de servicios profesionales

Artículo 2607

"Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán -- atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por el arancel, éste servirá -- de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados".

Capítulo III

Del contrato de obras a precio alzado

Artículo 2619

"Si no hay plano, diseño o presupuesto para la ejecución de la obra y surgen dificultades entre el dueño y el empresario, serán resueltas - teniendo en cuenta la naturaleza de la obra, el precio de ella y la costumbre del lugar, oyéndose el dictamen de peritos".

Capítulo IV

De los porteadores y alquiladores

Artículo 2661

"Menciona que a falta de convenio expreso, se observará la costumbre del lugar, ya sobre el importe del precio y de los gastos, ya sobre el tiempo en que haya de hacerse el pago.

Título XI

De la asociación y de las sociedades

Capítulo VII

De la aparcería rural

Artículo 2741

"Tiene lugar la aparcería agrícola cuando una persona da a otra un -- predio rústico para que lo cultive a bien de repartirse los frutos en la forma que convengan o a falta de convenio, conforme a las costumbres del lugar, en el concepto de que al aparcerero nunca podrá correspon - derle por solo su trabajo menos del cuarenta por ciento de la cosecha"

Artículo 2754

"Las condiciones de este contrato se regularán por la voluntad de los interesados; pero a falta del convenio se observará la costumbre del lugar salvo las siguientes disposiciones".

Artículo 2760

"La aparcería de ganado dura el tiempo convenido y a falta de convenio, el tiempo que fuere costumbre del lugar".

En el caso del Artículo 997 del código civil, transcrito en párrafos anteriores, la ley otorga a la costumbre la facultad de auxiliarla para la solución y decisión de la época propicia, el modo y la porción de terreno que deberá ser talada. Se está hablando en esta situación de un de recho consuetudinario delegado.

El contenido de este Artículo se opone en cierta manera a lo dispuesto en el Artículo 10 del propio código civil, sin embargo, esa -- oposición no es definitiva ni total; en él la costumbre no está siendo autorizada para oponerse a ninguna ley, simplemente se le está otorgando facilidad para intervenir en la defensa de los derechos del usufructuario.

El Artículo 999 hace mención de la costumbre y le concede cierta delegación para hacer cumplir las leyes que existen para el uso adecuado de los viveros y de su conservación. La situación nuevamente - en este caso, no es de oposición a la ley, sino de contribuir en su cumplimiento. Es conveniente hacer notar aquí que el contenido del Artículo ha-

ce hincapié en que además de las costumbres del lugar existentes para el uso y conservación de los viveros, es necesario observar y cumplir las -- leyes establecidas al respecto.

En el Artículo 1796 se da cierta facilidad a los interesa - dos en establecer las reglas del contrato celebrado, con excepción de al - gún caso especificado por la ley. Al establecerse dicho contrato, se obli - ga a los participantes directos al cumplimiento del mismo, previendo ade - más las consecuencias, las cuales están acordes con los usos del lugar, - además de estarlo con la ley; en este caso el precepto no remite a la cos - tumbre o al uso para la solución del caso, sólo lo menciona como un agen - te secundario al lado de la buena fé y ambas subordinadas a la ley estable - cida para el caso. Nuevamente se observa, que la ley utiliza también a la costumbre como un elemento adicional para corroborar su cumplimiento.

Para el caso del Artículo 1856 la costumbre tiene una fun - ción de mayor importancia puesto que se le está dando prioridad en la in - terpretación adecuada de las ambigüedades de un contrato. Podría conside - rarse aquí a la costumbre como un caso de supraordinada o delegante, -- puesto que se le está autorizando, a una ley no escrita, para la decisión - de ciertos casos en los que se den algunas diferencias.

En lo establecido por el Artículo 2457, la costumbre al - igual que en otros Artículos ya mencionados anteriormente, sólo es un -- factor de referencia, el cual, además no resulta determinante, puesto - que el propio precepto prevé la posible existencia de algún convenio, pre -

viamente establecido por ambas partes para la determinación del período en que el nuevo arrendatario o el dueño, tomará posesión del terreno para prepararlo.

El Artículo 2496 nos remite, en el caso especial que menciona los Artículos 2456, 2457 y 2458; en los que la costumbre funge como un útil auxiliar para la solución de los casos.

El Artículo 2517 menciona la retribución a que el depositario tiene todo el derecho de exigir, lo cual es posible realizarlo de acuerdo a lo establecido en el posible contrato existente, el cual si no existe o no es suficiente para la solución del caso, permite a que el uso del lugar en que se esté verificando el hecho, intervenga decisivamente para darle al caso una solución real. En este caso, la costumbre, tendrá una importancia relevante para hacer cumplir adecuadamente lo establecido por la ley.

El Artículo 2607, al tratar lo relativo al pago de honorarios profesionales, concede a las costumbres del lugar en que se realicen las acciones, facultad para intervenir en la regulación de aquellos, conjuntamente con otros agentes ya mencionados en la transcripción del Artículo correspondiente. Nuevamente, en este caso, la costumbre es sólo un agente entre los que cae la delegación, como ya se ha verificado de la misma manera en otros Artículos anteriormente.

Además de que la costumbre interviene activamente en la toma de una decisión para lograr el acuerdo entre el empresario y el due-

ño de la obra, que se mencionan en el Artículo 2619, es necesario el dictamen de un perito especializado; así pues, nuevamente aquí la costumbre es considerada como un agente secundario en la solución del caso y nuevamente es utilizada para el cumplimiento de la ley.

El Artículo 2661 menciona que a falta de convenio expreso la cuantificación ha de hacerse, conforme a la costumbre del lugar. Aquí se refiere en el caso de porteadores y alquiladores de los cuales alguno se obliga a transportar bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, por tierra, por agua o por aire, a personas, animales, mercaderías o cualesquiera otros objetos. Como se vuelve a apreciar la costumbre vuelve a surgir en forma auxiliar a la ley ya que le es otorgada esa facultad.

La costumbre se toma en cuenta de una manera secundaria y en el caso de que no exista un convenio que determine las condiciones en que se han de llevar a cabo las reparticiones de los frutos cosechados, caso del que habla el Artículo 2741 del Código Civil, mencionando una proporción límite, obligatoria, que le deberá corresponder al aparcerero por su trabajo.

Dentro del capítulo que trata de la aparcería rural, el Artículo 2754 concede, salvo situaciones específicas, facultad a la costumbre para, que en caso de no existir convenio alguno, se tome como parámetro y en base a ella se establezcan los acuerdos. Aquí, aunque en forma parcial y no definitiva, la costumbre cuenta con autoridad mayor en la

solución de las posibles diferencias, surgidas como consecuencia de la inexistencia de un contrato regulador.

Lo mismo que en el caso anterior, a excepción de que no menciona situaciones específicas en que la costumbre quede sin ninguna autoridad, el Artículo 2760, le otorga delegación para la determinación del tiempo que deberá la aparcería de ganado.

Podemos observar en todos los artículos transcritos anteriormente y brevemente comentados, que existe un común denominador en ellos; la costumbre como un agente en ocasiones de una importancia relevante, secundaria en otras; que ayuda para la solución de situaciones ambiguas o complejas, sin embargo esa importancia nunca llega a ser tal que pueda en un momento dado derogar alguna ley, ni siquiera puede colocarse por encima de ella; puesto que el Artículo 10 así lo establece, la costumbre jamás llega a oponerse a la ley, sino por el contrario siempre se apela a ella con el fin de que se haga cumplir aquella.

No obstante, el carácter imperativo del Artículo 10 hace pensar en una posible contradicción con lo establecido por los artículos mencionados, lo cual no es del todo improbable; ello exige una modificación o una especificación más amplia en la que se de la posibilidad de que la costumbre intervenga positivamente para hacer cumplir la ley; supongamos que se de el caso en que las costumbres de cierto lugar o grupo social en el que se esté dando una situación como las que se mencionan en los artículos transcritos, esté totalmente opuesta a la ley, necesariamente se

estaría desconociendo en gran medida lo establecido en el Artículo 10, si tuación que no está prevista en ninguna parte del citado Artículo, cuya rigidez podría llevarla implicada, caso en el cual los artículos correspondientes deberían especificar que la costumbre se tomará en cuenta para solucionar ciertos casos, siempre y cuando aquella no se oponga a lo establecido en el Artículo 10 del Código Civil.

CONCLUSIONES

1. La idea intuitiva acerca de la costumbre como fenómeno sico-sociológico, tiene en la actualidad una corroboración en los trabajos de investigación científica, por parte de los especialistas correspondientes, que se han llevado a efecto en torno al origen de los hábitos de conducta que el hombre va adquiriendo, a lo largo de su vida y que vienen a constituir posteriormente todo un sistema consuetudinario, capaz de servir de base a cualquier sistema jurídico positivo. La génesis de las costumbres en las formas de vida humana, han sido la respuesta a necesidades primarias que exigían una solución frecuente; posteriormente entraron en relación otros factores que determinaron la complejidad actual del fenómeno.
2. Los pueblos primitivos, hayan alcanzado un alto nivel cultural o no, han fundamentado gran parte de sus formas de vida en las costumbres heredadas de sus antepasados, agregándoles las adquiridas por el momento de su historia que estuviesen viviendo. Toda civilización guarda un respeto tácito por ciertas tradiciones, portadoras de ancestrales costumbres. Ello influía enormemente en la integración cultural que caracterizó a los pueblos del pasado. Esto aún es posible observarlo en los diferentes grupos étnicos aislados que sobreviven en to

dos los rumbos del orbe.

3. Aún cuando el derecho romano no adoptó a la costumbre como un elemento fundamental de primer orden, en su manifestación escrita, ella jugó un papel de suma importancia en la aplicación real y cotidiana del derecho. Su fuerza es evidente en la vida social y política de Roma. El derecho consuetudinario alcanzó relevante participación en la conducta del ciudadano romano, al ser aceptado por el pueblo.
4. Derecho y costumbre son dos factores que de una manera u otra van a relacionarse continuamente, tanto teórica como prácticamente. Aún con la diversidad en los conceptos del derecho expuestos a lo largo de la historia, lo que hace posible en algún caso una ruptura entre ambos o un nexo casi nulo, aún con todo ello existirá una correspondencia intrínseca, y sin reconocimiento legal la costumbre seguirá siendo determinante en el desarrollo del aspecto jurídico de la sociedad. Como prueba de ello se han expuesto ya los vínculos que el consuetudinario mantiene con el derecho en sus diferentes manifestaciones prácticas, científicas y filosóficas. Por lo tanto es necesario el surgimiento de una conciencia integradora que haga factible la unión y la fusión de los elementos positivos (jurídicamente hablando) de ambos factores, en beneficio del contenido del orden jurídico, lo que definitivamente redundará, como se mencionó en el interior del trabajo, en la adecuada aplicación del derecho, alcanzando una mejor administración de la

justicia que en última instancia y aún con la diversidad de conceptos e ideas acerca del derecho, es lo que éste siempre quiere alcanzar. La costumbre y el derecho son dos agentes culturales creados totalmente por el hombre, así, están sujetos, como él a cambios evolutivos, necesarios para su supervivencia y desarrollo, por lo que es necesaria una constante retroalimentación entre los sistemas de derecho y los de costumbres, es decir, el establecimiento de un mecanismo o mecanismos que permitan aprovechar al máximo los aspectos susceptibles de ello.

5. La costumbre vista como una fuente de derecho, también demuestra su dinámica participación en el proceso evolutivo de la sociedad. Su influencia se extiende en muchas de las facetas que conforman el derecho; esa influencia se da en forma independiente a lo establecido en el derecho escriturado, lo cual de ninguna manera lo sitúa al margen de él en la realidad social, se ha movido siempre en un plano diferente en el que actúa el derecho vigente, sin embargo su presencia es notoria y su participación e influencia son decisivas en la vida social y jurídica de nuestro pueblo.
6. Diferentes sistemas jurídicos a lo largo del desarrollo histórico de la humanidad y en diferentes lugares del mundo, siempre han respetado la costumbre del pueblo y la han tomado en cuenta otorgándole gran importancia en la conformación de sus legislaciones. Tomamos cua -

tro ejemplos de ello, en los que puede observarse la influencia que - la costumbre ha ejercido en dichas legislaciones. Ello nos conduce a pensar que en la actualidad es necesario, vuelvo a insistir en ello, - analizar más detalladamente la relación existente entre el derecho vi gente y el sistema consuetudinario, lo que sin duda redituará en bien de la sociedad en general.

7. La costumbre, dentro del derecho civil mexicano, está considerada - como fuente secundaria. Ello no se deriva de la Constitución Federal sino del propio Código Civil. Este mismo admite supletoriamente la - costumbre fuera de la ley, como se vió en el capítulo quinto. Recha- za expresamente la costumbre fuera de la ley, a través del Artículo- 10 del mencionado código. En síntesis, la posición de la costumbre - en relación con la ley es de subordinación y supletoriedad. Lo cual - resulta obvio dados los principios de la Constitución Federal.

Sin embargo, el código admite la costumbre como fuente formal del de recho, en calidad de norma supletoria.

8. Al analizar la relación existente entre el Artículo 10 y los otros men- cionados en el capítulo quinto, concluimos que sí existe cierta contra- dicción en el precepto de aquél y los de estos últimos, aunque, es cler to no totalmente, sin embargo es necesario efectuar una revisión y un análisis más profundo en los contenidos de esos artículos con el finde hacer desaparecer de ellos cualquier factor de contradicción.

BIBLIOGRAFIA

Derecho e Instituciones en Gran Bretaña.
Maurice W. Thomas
Ediciones Minerva, 1945.
México, D. F.

Diccionario de Derecho Romano.
Gonzalo González de León.
Editorial Sea, 1962.
Buenos Aires, Argentina.

Las Costumbres y el Derecho.
José Castillo Farreras
Sep-setentas, 1973.
México, D. F.

La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho.
Carlos Cosío.
Editorial Arayú, 1954.
Buenos Aires, Argentina.

Filosofía del Derecho.
Juan Manuel Terán
Porrúa, Hnos. 1974.
México, D. F.

Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano.
José María Ots.
Biblioteca Jurídica Aguilar, 1969.
Madrid, España.

Introducción a la Ciencia del Derecho.
Theodor Sterberg
Editora Nacional, 1947.
México, D. F.

Derecho Romano.
Sabino Ventura
Porrúa Hnos. 1966
México, D. F.

Elementos de Derecho.
Efraín Moto Salazar
1955
México, D. F.

Principios de Derecho Positivo.
Enrique Ceballos Alcántara
Porrúa Hnos. 1972
México, D. F.

Elementos de Derecho Civil Mexicano.
Rafael De Rina
Porrúa Hnos. 1956
México, D. F.

Conceptos Elementales de Derecho.
Carlos Ríos Estrada
Ediciones Omega, 1969.
Barcelona, España.

Historia del Derecho
Alberto Rosas B.
Edición de la Universidad de Guadalajara, 1968.
Guadalajara, Jal.

La Vida en Sociedad.
Alexandra Witenberg
Editorial Pegaso, 1975.
Buenos Aires, Argentina.

Derecho Angloamericano.
Oscar Rabasa
Fondo de Cultura Económica, 1944.
México, D. F.

Derecho, Economía y Sociedad.
Howard Perth
Publicaciones Jurídicas Marín, 1970.
Bilbao, España.

Introducción al Psicoanálisis.
Sigmund Freud.
Editorial Biblioteca Nueva.
Madrid, España.

La Sociedad.
Ely Chinoy
Fondo de Cultura Económica.
México, D. F.

Alfred Adler, Apostol de la Libertad.
Phillis Botome.
Editorial Luis Miracles.

Instituciones de Derecho Canónico.
Dr. D. Juan P. Morales y Alonso
Tomo Primero. 1903
Madrid, España.

Historia de los Tres Derechos
Miguel García de la Madrid
Imprenta Pedro Sanz, 1831.
Madrid, España.

El Código de Derecho Canónico
Dr. Francisco Blanco Nájera
Tomo Primero.
Cádiz, España.

Introducción a la Filosofía del Derecho.
P. Vinogradoff
Fondo de Cultura Económica
México, D. F.