

27

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
CAMPUS ARAGÓN**



**REGLAMENTACIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL  
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL,  
COMO FUENTE SUPLETORIA.**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

**LICENCIADO EN DERECHO**

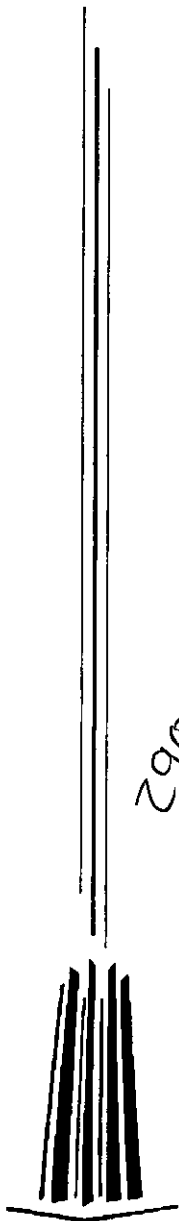
**P R E S E N T A :**

**GUILLERMO ORLANDO ARIAS RUEDA.**

702062

**ASESOR:**

**LIC. JORGE HORACIO CHÁVEZ MARTÍNEZ.**





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.

**REGLAMENTACIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL CODIGO CIVIL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL, COMO FUENTE SUPLETORIA**

**ASESOR: LIC. JORGE HORACIO CHAVEZ MARTINEZ**

**TESISTA: GUILLERMO ORLANDO ARIAS RUEDA**

La presente investigación, fue realizada en el Seminario de Derecho Civil y Procesal, de la Carrera de Derecho en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Aragón", Universidad Nacional Autónoma de México, siendo Titular la Lic. GLORIA CLEMENTINA ZARATE DIAZ, en reconocimiento a su loable labor por el esmero de proyectar al Seminario, como el mejor en la Carrera, así como mostrar la preocupación de su parte, para que los tesisas puedan llegar a titularse, contando con todos los elementos humanos y materiales necesarios, para lograr el principal objetivo.

De mi parte, mi más sincero agradecimiento y respeto al Lic. JORGE HORACIO CHAVEZ MARTINEZ, por el asesoramiento de la presente Tesis, toda vez que demostró interés, y lo más importante, profesionalismo, desde el inicio hasta la culminación de este trabajo.

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"**

## **A MIS PADRES**

En agradecimiento, por el apoyo incondicional, que siempre me brindaron, mi mas profunda admiración y respeto para ellos, GUILLERMINA RUEDA IBÁÑEZ Y GLORIO ARIAS ALCANTARA, que, aparte de ser mis padres, son mis mejores amigos, gracias por el eterno amor y la confianza que recibo.

## **A MIS HERMANOS**

Porque ellos, a través de sus ejemplos, supieron señalarme el camino hacia distintos valores de la vida, tales como la justicia, la honestidad y el respeto entre otros, siempre sin esperar nada a cambio, Maria Guadalupe, Rosa María, María Elena, María del Rocío, Carlos Isaac, Ismael, Víctor, Humberto y Miguel Ángel, gracias por el cariño que me dan.

Para el Magistrado, Lic. **JORGE VALENTIN VAZQUEZ CASTELLANOS**, que con su sabiduría, siempre me conduce con verdad, infinitamente agradecido por el gran apoyo brindado en el desarrollo de la presente investigación. Mi mas profundo respeto y admiración hacia su persona.

**GRACIAS " DIOS".**

INDICE GENERAL

## INDICE GENERAL

Págs.

INTRODUCCIÓN.....!

### CAPITULO PRIMERO LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

1.1.	Definición .....	2
1.2.	Diferenciación entre usos, prácticas y costumbres .....	6
1.3.	La Doctrina.....	10

### CAPITULO SEGUNDO ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

2.1.	La costumbre en Roma.....	16
2.2.	El Derecho Consuetudinario .....	25
2.3.	Diferentes teorías.....	34



**CAPITULO TERCERO  
LA COSTUMBRE EN LA LEGISLACION MEXICANA**

3.1.	El derecho positivo vigente . . . . .	40
3.2.	La costumbre constitucional . . . . .	52
3.3.	Articulo 10° del Código Civil para el Distrito Federal. . . . .	60

**CAPITULO CUARTO  
REGULACION DE LA COSTUMBRE EN LOS DIVERSOS SISTEMAS**

4.1.	Comparación entre el derecho románico y anglosajón . . . . .	76
4.2.	Cuando existen causas de justificación. . . . .	94
4.3.	La costumbre supletoria de la ley. . . . .	101
CONCLUSIONES. . . . .		105
BIBLIOGRAFIA. . . . .		108

## I N T R O D U C C I O N

La Ley, tan importante para la sociedad y para cada uno de los individuos que la formamos, necesita una mayor comprensión por parte de nuestros legisladores para poder regular las conductas humanas de una forma precisa y clara, es entendido que contra la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario, pero sin embargo al encontramos lagunas dentro de ella, estamos frente a un problema verdaderamente serio, nuestro campo de derecho es tan vasto que a través de sus fuentes, se logra la interpretación de éstas, hablamos pues de la Doctrina, la Jurisprudencia, los Principios Generales del Derecho, así como la Costumbre. De aquí partimos para desarrollar la presente investigación.

La costumbre como término común conlleva a la realización de actos y conductas que se dan dentro de una colectividad, este es un antecedente claro para poder llegar a definir lo que llamaremos Costumbre Jurídica, a través de la historia veremos el desarrollo y la importancia que obtuvo ésta desde los primeros pueblos hasta nuestros días, ha sido tal la importancia que se le denominó Fuente del Derecho y era considerada con fuerza de Ley, posteriormente se le llamó Derecho Consuetudinario y aclarando que éste es un derecho no escrito; perdió fuerza con la aparición de nuevas fuentes, claro tan importantes como la costumbre en su tiempo, sin embargo algunos países que se rigen con el denominado "Common Law " o sea el derecho Consuetudinario, es un claro ejemplo que la costumbre nos da para darnos cuenta que, le ley puede derivarse de la Costumbre.

Ahora bien, en México es aplicable solo en algunas ramas del Derecho y que en este estudio definiremos la manera de cómo debe llevarse a cabo tan importante fuente, concretamente en nuestro Código Civil para el Distrito federal.

Veremos como la costumbre, término tan mencionado, juega un papel aún muy importante dentro de nuestras leyes y Códigos, pasaremos por la historia de Roma en sus distintas etapas, el derecho consuetudinario como tal, así como la costumbre constitucional, haciendo un paréntesis, el artículo, 4° Constitucional hace mención de ésta refiriéndose a la materia agraria y a los pueblos indígenas y en su artículo 14° en materia civil solo serán aplicados los Principios Generales del Derecho a falta de ley expresa.

También se observará la trascendencia que ha tenido en nuestro Derecho Positivo así como en el Derecho Vigente, diferencia que haré ver en el capítulo correspondiente. La comparación entre los dos grandes sistemas de Derecho hablamos del Common Law y el Derecho Romano nos llevará a una mejor comprensión de nuestro Sistema Jurídico, aunque el nuestro adoptó las Fuentes del Derecho Romano.

La justificación se hace valer dentro de nuestro Código Civil, cuando se refiere a los usos y costumbres del lugar, y que por lo tanto, le da un carácter de obligatoriedad. Por lo antes expuesto, la finalidad de la presente, es darle un valor jurídico a la Costumbre pero con el carácter y la Fuerza de ley.

Finalmente, esperando aportar una tesis que haga valer aun mas la Fuente mas importante que tuvo el Derecho en la antigüedad "La Costumbre", elevándola a Ley, estipulándose en nuestras leyes como supletoria de ésta.

**C A P I T U L O   P R I M E R O**  
**LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO**

# CAPITULO I

## LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

### 1.1 DEFINICIÓN

Costumbre. Se define como hábito, uso o práctica que ha adquirido fuerza de ley. Conjunto de cualidades, inclinaciones y usos que forman el fondo del carácter de un país.<sup>1</sup> por otro lado encontramos que los sinónimos de la costumbre son: hábito, práctica y uso.<sup>2</sup>

Sin embargo, la definición que a nuestro estudio interesa, es aquella que se conceptualiza en el término "Costumbre Jurídica", de la cual, en adelante llevaremos acabo la recopilación de todos los datos a través de la historia hasta nuestros días para poder comprender la importancia de ésta en la regulación del Derecho a través del tiempo.

Por lo cual tenemos que, este concepto deriva del latín *consuetudo*, después se formó el latín vulgar *consetudine* y del castellano *costume*.<sup>3</sup> según diferentes autores definen a la costumbre como la forma espontánea de creación de conductas, se entiende el procedimiento consuetudinario de creación del derecho, pero como bien acentúa el maestro Jesús Orozco Enriquez, sería conveniente que al hecho productor de derecho se le llame procedimiento consuetudinario y a la forma jurídica resultante se le denomine norma consuetudinaria <sup>4</sup>.

1. Ramón García Pelayo y Gross, *Pequeño Larousse. ediciones Larousse, México 1977, Pág.1663*

2. *Diccionario de sinónimos e ideas afines, Julio de la Canal, editorial continental, México, España, Argentina, Chile, 1960, Pág. 346*

3. *Ignacio de Casso y Romeo, Francisco Cervera Jiménez Alfaro, diccionario de derecho privado, tomo I, México, Pág. 2012.*

4. *Jesús Orozco Henríquez, la costumbre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.*

Cabe destacar que la costumbre es equivalente a normas jurídicas, ya que los canonistas distinguieron tres clases de costumbres jurídicas y que por lo tanto haciendo una semblanza, se refieren a las siguientes: a) *praeter legem*, la b) *secundum legem* y c) *contra legem*.

a) La primera, *praeter legem*, se dice, que pasa la ley, es propiamente la que introduce un nuevo derecho; obliga en el derecho civil, ya que esta formada por la elección libre de los que se someten a ella.

b) La *secundum legem*, es la formulación legislativa de una costumbre.

c) La *contra legem*, es la contraria a la ley, o sea la costumbre derogatoria. 5

Por otro lado tenemos la firme convicción de establecer a la costumbre como el hábito, modo habitual de proceder o conducirse; práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de proyecto, también encontramos la clasificación de este concepto en tres categorías, *contra ley*, *fuera de ley* y *según ley*, según en derecho positivo mexicano, la primera de ellas *contra ley*, es aquella a la que se opone a ella y sin embargo, se ha considerado eficaz en ciertas épocas y legislaciones; la segunda *fuera de ley* entendemos como la establecida en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por la ley; en la tercera clasificación *según ley*, tenemos la que corrobora los preceptos de la misma. 6

5. Varios autores coordinador J. Alfredo Medina Riestra, teoría del derecho civil, segunda edición, editorial Porrúa, Universidad de Guadalajara, México 1999, Pág. 330

6. Juan Palomar de Miguel, diccionario para juristas, mayo ediciones, S. de R.L. México D.F. 1981, Pág. 1439

Cabe destacar la similitud que existe entre ambas teorías civilistas ya que ambas tienen tres figuras las cuales en su aplicación contemplan sus diferentes aspectos pero en su aplicación serían de un modo comparado, de lo cual nuestro Derecho estaría en el supuesto; *praeter legem* o fuera de ley, porque así no se estaría violando ninguna disposición legal.

Por lo anteriormente expuesto deducimos a la costumbre como la mas antigua de las fuentes formales del derecho. Es fuente toda vez que en ella encuentra el intérprete (juez) lo que necesita para afirmar la objetividad de su interpretación del caso: la existencia, en los hechos exteriores repetidos, el sentido genérico, en ese núcleo común que constituye lo repetido en los actos diversos, la aceptación colectiva, en fin, en que dados dichos hechos como interferencia intersubjetiva de conductas, la comunidad ha permitido, y por lo tanto autorizado, que ocurriesen las interferencias con dicho sentido.

Encarada la costumbre a la luz de la clasificación de las fuentes formales y materiales, cabe afirmar que es una fuente formal. Pero también corresponde admitir que la costumbre es también fuente material (o sea expresión de una valoración vigente) en cuanto la definición positiva de un perfil sensible de conducta, importa siempre, una valoración. <sup>7</sup>

Como bien hemos definido a la costumbre, ahora como fuente del derecho ya sea formal o material, ésta siempre requiere de una valoración para constituir lo que llamaremos el derecho consuetudinario, determinado por la colectividad que así lo permita, y que como fuente, la autoridad requiere para así poder resolver las situaciones que se le presenten según los hechos exteriores repetidos.

7. Enrique R. Aftalión José Vilanova, *introducción al derecho, segunda edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, pag 506*

Partimos ahora de las fuentes del derecho ya que se entiende por fuentes del derecho , las diferentes formas por medio de las cuales se establecen las reglas jurídicas; el derecho tiene dos fuentes principales, de las cuales las otras no son sino variantes: a) la costumbre, b) la ley , de esto se entiende que el derecho que deriva de la costumbre se llama consuetudinario y el que deriva de la ley es derecho escrito, estas dos fuentes del derecho se encuentran en todas partes y en todos los tiempos, pero, por lo general tienen una importancia diferente; la costumbre es primero mas abundante; en las sociedades poco adelantadas es la fuente principal, sobre todo, del derecho privado.

En los periodos de fuerza y de nueva organización, existe un poder que vela por los intereses generales, celoso del orden y de la administración y que para reinar dicta leyes y las mantiene. En consecuencia, las dos fuentes del derecho son productivas en razón inversa, una de otra, según el tiempo y lugar. 8

Así pues, entendemos, como las fuentes principales del derecho son la base mas importante de cualquier sistema jurídico ya que siendo de carácter escrito por un lado y por el otro no escrito es decir consuetudinario siempre estarán vigentes en cualquier tiempo y lugar.

8. Marcel Planiol, Georges Ripert, *derecho civil, editorial pedagógica iberoamericana, México, pag. 1563*



## 1.2 DIFERENCIACIÓN ENTRE USOS, PRÁCTICAS Y COSTUMBRES

Comentando Gregorio López en la Glosa respectiva de las partidas observa: "El uso difiere de la costumbre en cuanto que el uso se refiere al hecho y la costumbre al derecho. pero también existe una distinción entre usos sociales y convencionales como a continuación estudiaremos:

### USOS SOCIALES Y CONVENCIONALES

a)usos sociales: son prácticas mas o menos constantes y generales en los distintos órdenes de la actividad humana, costumbres del pueblo, las prácticas morales y religiosas.

Naturaleza: Constituye la materia de la verdadera costumbre jurídica, se distingue, no obstante, de ella en que no envuelve idea alguna coercitiva, no trata de organizar una relación de vida con carácter necesario, le falta el carácter jurídico, por lo que son llamados también usos de hecho. Tienen de común con la costumbre el uso en la convivencia social; pero quedan en eso, en mera repetición de actos uniformes, no van presididos por convicción jurídica alguna.

b)Usos convencionales, son ciertas prácticas relativas a la formación de actos jurídicos, especialmente contratos, que, por ser muy constantes y generales, sirven para interpretar o completar la voluntad de las partes.

Naturaleza: Se ha discutido si los usos convencionales constituyen verdadero derecho consuetudinario, se encuentra la distinción en doble sentido primero.- teórico, conceptualmente, se dice, es visible la diferencia entre uso convencional y

derecho consuetudinario, pues si bien ambos exigen el elemento material, la repetición de actos, en el uso, no hay como en la costumbre el sentimiento de sumisión, el reconocimiento del carácter imperativo de lo que se hace, el respeto y adhesión a una sanción. segundo.- no menos visible y trascendental es la distinción en la práctica, diferentes en cuanto a su entidad y constitución interna, es natural que su eficacia y su valor vinculativo sean también distintos. Si valen los usos es porque son queridos, la costumbre jurídica propiamente dicha tiene validez incondicional.<sup>9</sup>

El uso convencional, por su propia naturaleza, tiene el oficio de suplir, mas que el defecto de voluntad de las partes, el defecto de su expresión. La costumbre vale por sí igualmente que la ley, constituyendo verdaderamente fuente del derecho. Los usos convencionales se mueven solamente dentro del campo de la autonomía privada, la costumbre solo tiene por límite el impuesto por la ley general. Sin embargo, y a pesar de todas las distinciones señaladas, se ha de reconocer que siendo tan mudable y controvertible, por decirlo así, la naturaleza respectiva de los usos y de la costumbre, algunas de las distinciones apenas si tienen trascendencia práctica, de aquí las tendencias de equiparación entre ellos formuladas recientemente por algunos civilistas patrios.<sup>10</sup>

Por supuesto que la distinción entre ambos usos, es particularmente diferenciar la contribución que tienen hacia con la costumbre, ya que tanto uno como el otro son parte de ella en lo que respecta a la repetición de hechos, pero solo que con la falta del elemento jurídico, es por ello la gran diferencia de estos usos con la costumbre jurídica

9. Enrique R. Aftalión José Vilanova, *Ob.cit*, pág. 259

10. *Diccionario de derecho privado*, D. Ignacio de Casso y Romero, D. Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, tomo II, editorial Labor S.A. , 1950, Pág. 4073

De acuerdo a la teoría romano-canónica, la costumbre tiene dos elementos , subjetivo uno, objetivo el otro. El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse; el segundo, es la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder.

En opinión de Rafael de Pina la distinción entre costumbre y uso, carece de justificación suficiente, cita al jurista español del siglo pasado - Benito Gutiérrez – quien escribió que el uso repetido hace la costumbre y que el primero es la causa y la segunda el efecto.<sup>11</sup> Sobre el particular, debemos agregar que el uso, precisamente por faltarle el aludido elemento subjetivo de la convicción de su obligatoriedad, no es fuente del derecho.

También encontramos a el uso como forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio en algunas leyes escritas .

Ahora bien, para definir a la práctica de estos elementos ya comprendidos, debemos tener en cuenta las siguientes definiciones para el esclarecimiento completo de las diferencias que existen entre estos tres términos en cuestión, es por ello la necesidad de plantear de manera inequívoca las siguientes disposiciones:

La práctica. Se define como la ciencia de instruir un proceso y de seguir los procedimientos convenientes, según el orden judicial y en la forma prescrita por las leyes y los usos de los tribunales, la costumbre jurídica, el uso continuado, el estilo de proceder.<sup>12</sup>

11. Ricardo Sánchez Márquez , *derecho civil, editorial porrua, México 1998, pag. 559*

12. *Diccionario de derecho procesal civil, Eduardo Pallares, vigésima edición, editorial porrua, México 1991, pag. 901*

Por otro lado se dice que la Práctica es el ejercicio conforme a sus reglas, de cualquier arte o facultad, destreza que se adquiere con el ejercicio, so continuado, costumbre o estilo de una cosa. Método o modo que particularmente observa uno en sus operaciones. Es la aplicación de una idea o doctrina, contraste experimental de una teoría.<sup>13</sup>

Por lo que hace a las distintas características que tiene cada uno de los términos referidos, entendemos que la Costumbre jurídica así definida, tiene los elementos necesarios para producir un determinado Derecho Consuetudinario, nos referimos a los usos y prácticas que comprendidos ampliamente en cada una de sus acepciones, tenemos que los usos constantemente repetidos son conforme a la práctica, la aplicación de hechos que nos conducen a una costumbre de consecuencias jurídicas.

La importancia de esta distinción es, para que en adelante, al referimos a estos supuestos tengamos en conocimiento el significado que cada uno tiene y en qué se diferencia uno del otro, también es importante recalcar que como sinónimos los reconozcamos como quedó establecido en el primer párrafo de este estudio, pero esto será solo en un lenguaje común y no jurídico es por ello la gran importancia de establecer el orden de jerarquía que cada precepto tiene al hablar de Derecho en cualquiera de sus materias que en este caso aplicaremos en materia civil.

13. Juan Palomar de Miguel, *Ob.cit*, Pág. 259

### 1.3 LA DOCTRINA

#### LA DOCTRINA COMO FUENTE

No es posible desconocer a la doctrina el carácter de fuente, puesto que es efectivamente invocada por los jueces para fundar en ella la fuerza de convicción objetiva de sus fallos. Tampoco puede desconocerse que los autores -viva voz de la doctrina- suelen precisar los perfiles externos de conductas, delineando verdaderos géneros entre ellas o especies subordinadas a los géneros legales. Según esto, la doctrina funciona normalmente como fuente formal. No obstante el mencionado carácter, debe admitirse que la doctrina carece de la obligatoriedad propia de la ley y la costumbre y en la que participa también, en cierta medida, la jurisprudencia.

En aquellas fuentes el sentido general que goza de acatamiento comunitario está directamente dado en la comunidad (costumbre) o en sus órganos (ley y jurisprudencia), a los que respalda el apoyo comunitario. En cambio, los doctrinarios no pueden invocar el carácter de portavoces oficiales de la comunidad. El juez suele acudir voluntariamente a la doctrina para encontrar el sentido objetivo del caso y señala en ella la Intersubjetividad necesaria, pero no se encuentra constreñido a ello por la comunidad ni directa ni indirectamente.<sup>14</sup>

Así entendemos que, la aplicación de la doctrina en el campo del derecho vigente en México, se da pero solo de una manera de consulta para enriquecer así los conocimientos de la autoridad y que pueda determinar de que manera resolver las controversias, pero sin que tenga el carácter de obligatoria ya que la ley lo

14. Enrique R. Afalión Jose Vilanova, *Ibidem*.

prohíbe en todos los sentidos, es por ello que las doctrinas que de manera gradual daremos a continuación son para poder entender los criterios de aplicación de las mismas en el campo del derecho, cito a:

**El racionalismo** ; las costumbres se conciben como válidas solo porque lo quiere el legislador y la medida en que éste las admite. Al menos este fue el punto de vista de las concepciones racionalistas y contractualistas del derecho, que únicamente reconocían valor al derecho consuetudinario. La decadencia efectiva de la costumbre culminó a principios del siglo XIX, cuando se inicia casi en todos los países europeos continentales una era de codificaciones, con la pretensión de abarcar en códigos cerrados y completos todo el derecho. En los códigos debería buscarse la solución de todos los problemas.

Este es un antecedente claro de cómo el derecho consuetudinario daba vida a las leyes de ese tiempo, de acuerdo al racionalismo la existencia pura del derecho estaba contemplada a través de las costumbres ya que el legislador les daba ese valor extraordinario para poder llevar a cabo la regulación de las conductas y así llegara a la obligatoriedad, por lo tanto tenemos a un procedimiento consuetudinario que el legislador retoma para poder así manifestar la voluntad de los demás y convertirse en legislación, propiamente dicho.

**La escuela histórica**, Savigny, combatió vehementemente la opinión generalizada según la cual todo el derecho era emanación del Estado y hallaba su única explicación en la ley, según Savigny el derecho no es creación del legislador, sino que antes de alcanzar consagración legislativa se manifiesta en forma directa en la costumbre que, a su vez, es fiel reflejo de la conciencia jurídica popular, del espíritu del pueblo.

El derecho es un producto de la historia, de la vida social y no de la razón, nace de las mismas relaciones sociales como fruto de las necesidades y de las aspiraciones de cada época.

Cabe hacer la distinción que aquí se menciona del derecho y la costumbre jurídica, ya que como bien lo dice, la conciencia jurídica de las personas es la que lleva acabo a la costumbre y por ende a priori el derecho es la creación de las relaciones sociales a través de la historia, y que por lo tanto entendemos a la costumbre como la forma de crear derecho según esta teoría, y ya que posteriormente la ley es la consecuencia jurídica del procedimiento consuetudinario .

***El positivismo legalista:*** Sostiene que es el derecho estatal, manifestado primordialmente por la ley, el objeto del conocimiento jurídico. El derecho se identifica en términos generales con la ley – considerada especialmente en sus aspectos formales – y la costumbre pasa a registrar en un lugar muy secundario, ya sea para regular materias que todavía no han sido objeto de regulación legal, ya sea, en fin, solamente cuando la ley se refiere expresamente a ella.

De ello se manifiesta claramente la regulación de la costumbre en el derecho que se establece, porque al referirse a la ley le da a ésta la mayor jerarquía en el campo del derecho a través de su teoría de que dice ser el derecho el conocimiento jurídico, y así se entiende, ya que el derecho en términos generales se le denomina ciencia, y respecto a la costumbre, si le da un valor, aunque sea secundario, pero se observa que para poder llegar al conocimiento a que hace referencia es necesario primeramente regular las materias a través de la costumbre como así lo reconoce expresamente o que la misma ley lo disponga.

**Estado actual del problema** Ya hemos señalado que los autores contemporáneos se colocan usualmente en la situación de un derecho legislado y aceptan dogmáticamente la autoridad estatal. Desde ese punto de partida, en caso de conflicto entre la ley y la costumbre se pronuncian a favor de la primera. Pero en una consideración semejante no se plantea el problema en toda su amplitud y dejan de considerarse fenómenos decisivos.<sup>15</sup>

Este problema no tiene porqué llevarnos a una controversia entre las distintas fuentes del derecho (ya comprendidas), ya que ambas tienen la consecuencia jurídica de resolver los problemas entre los individuos, pero haciendo énfasis en la creación de un derecho legislado estamos de acuerdo con esta teoría pero también tomemos en cuenta que el procedimiento consuetudinario a la vez se convierte en un derecho escrito y que si al momento de haber algún conflicto entre ambas, entonces estaremos a lo dispuesto por el último que referimos ya que es la consecuencia de lo primero y que por lo tanto gozará de mayor fuerza en su aplicación.

En nuestro derecho, es una fuente indirecta, cuando el juzgador la toma en cuenta para emitir su resolución, tanto el actor, como el demandado, la pueden hacer valer para que sea la autoridad judicial la que norme su criterio y pueda resolver una controversia. García Máynez dice que da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación. La doctrina está constituida por las investigaciones, las obras de derecho y las interpretaciones que los juristas realizan sobre las leyes.<sup>16</sup>

15. Enrique R. Aftalión Jose Vilanova, *Ibidem*. Pág. 230

16. Ricardo Sánchez Márquez, *Ob.cit*. Pág. 310



Indudablemente, en los días que vivimos, tales estudios, por mas autorizada que sea la opinión y merecido el prestigio del autor, no pueden tener el carácter de fuente formal del derecho, dado que, como en el caso del uso o la costumbre, carecen de fuerza obligatoria. La ciencia jurídica posee, igualmente, un valor decisivo en la determinación de los principios generales del derecho, los cuales, en gran numero, serán precisamente, aquellos principios de la ciencia jurídica que es posible aplicar, a falta de norma escrita o consuetudinaria, al caso controvertido.<sup>17</sup>

17. J. Alfredo medina Riestra, *Ob.cit.* Pág. 129

**C A P I T U L O   S E G U N D O**  
**A N T E C E D E N T E S   Y   G E N E R A L I D A D E S**

## CAPITULO SEGUNDO

### ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

#### 2.1 LA COSTUMBRE EN ROMA

Dentro de un amplio esquema de la evolución de las instituciones jurídicas romanas, en general sus historiadores distinguen tres grandes épocas: la del *ius civile*, la del *ius gentium* y la del derecho bizantino, de las cuales nos encargaremos solo del estudio de la primera para el desarrollo de la presente investigación.

La época del *ius civile* arranca del año 754 a.C., año de la finalización de la segunda guerra púnica, se integra con reglas formalistas elementales, de gran rigidez y de carácter consuetudinario. La Ley de las XII tablas es un estatuto verdaderamente excepcional, como tal, la actividad del derecho es esencialmente jurisprudencial, a base de la interpretación de los pontífices primero, y luego de los jurisconsultos.

Las *mores*, *mores maiorum*, costumbres de los antiguos, son el gran fundamento del *ius civile* primitivo, lo que hace ver su apoyo en las tradiciones. Es así la gran relevancia que tiene la costumbre en las relaciones jurídicas de las personas de ese tiempo, como vemos es el antecedente principal de un sistema jurídico de derecho para la regulación de las conductas y como bien menciona sus bases las encontramos tanto en sus tradiciones como en la jurisprudencia.

La jurisprudencia es la fuerza de su desarrollo y constante actuación y origina el *ius ex non scripto*, derecho que proviene de lo no escrito, lo cual no se refiere tanto a la costumbre sino a la *interpretatio prudentium*, interpretación de los prudentes.

Solo en la última época del derecho se hará la distinción entre la costumbre como fuente específica y la *constitutio principis*, constitución del príncipe, con carácter legal a aquellos, que solo es supletoria de esta. No obstante existen referencias a la fuerza jurídica de la costumbre, *consensus omnium*, concenso de todos, *inveterata consuetudo*, costumbre antigua y larga. Por lo que respecta al derecho no escrito en ese tiempo se definió como una interpretación de los hechos, es de vital importancia la trascendencia que ha obtenido ese derecho no escrito a través de la historia ya que en nuestros días se le denomina al derecho no escrito como derecho consuetudinario, entendemos también como, la supletoriedad ya se daba desde entonces, esto quiere decir que se había desarrollado el carácter jurídico de aquella época y que por lo tanto la costumbre era vista como una fuente supletoria de algunas disposiciones del príncipe. 18

En un principio las leyes apenas amenazaron la hegemonía de las *mores maiorum* –costumbres de los antepasados- desconocidas por la mayoría de la plebe y cuya aplicación por los magistrados, patricios en su totalidad, se hacía por esto mismo sospechosa de parcialidad. La ley fue de este modo un instrumento, sino de igualdad –que se conseguiría solo al cabo de cinco siglos- sí de la fijeza de las relaciones entre patricios y plebeyos, Esto fue el origen de la famosa Ley de las XII tablas, la ley por antonomasia, que rigió, con sucesivas ampliaciones y desarrollos, la vida de Roma por varios siglos.

Como bien observamos la ley anteriormente solo era tomada como mero instrumento para regular las relaciones de las distintas clases sociales de esa época pero nunca por encima de las costumbres ya establecidas, no es sino a través de varios siglos que la ley va adquiriendo fuerza hasta llegar a establecerse en la ya mencionada ley de las XII tablas.

**18. Carlos J. Medellín, Carlos Medellín F., lecciones de derecho romano, décima tercera edición, editorial Temis, Colombia 1997, Pág. 275**

Pero sin embargo tomemos en cuenta que, en cuanto se establece la ley como tal, el antecedente principal de ésta es la costumbre, que durante el paso del tiempo y a través de prácticas es cuando las interpretaciones de los magistrados se convierten en leyes y que se plasman en el documento de, la Ley de las XII tablas.

La obra de Justiniano –que subió al trono en el año 527- fue monumental, él sistematizó el contenido de plebiscitos, senadoconsultos, edictos de los magistrados, obras de los jurisconsultos y constituciones imperiales que, en muchos casos, se remontaban a siglos anteriores. Ellas fueron agrupadas sistemáticamente en el Código, el Digesto, las Institutas y las Novelas, conjunto que posteriormente recibió la denominación clásica de Corpus Iuris Civilis.

La aparición de esas fuentes objetivas del derecho y el estudio de las mismas, dio lugar al desarrollo de una verdadera ciencia jurídica, que se constituyó sobre el modelo y el método desarrollado por los griegos. Gracias a la recopilación de todos esos documentos vemos como se desarrolla mas allá de la costumbre y la ley, una ciencia jurídica, la cual a través del tiempo se manifiesta en mas de la mitad de los sistemas jurídicos del mundo.

#### LA ESCUELA DE LOS GLOSADORES Y POSGLOSADORES:

El estudio del derecho romano, si bien es cierto que fue prácticamente abandonado al promediar la Edad Media, revivió a partir del siglo XII con la fundación de la Universidad de Bolonia, la escuela de los glosadores, porque encabezaban con notas o con glosas marginales o interlineales el Corpus Iuris Civilis romano, fruto de esta escuela fue la publicación de una compilación.

-La Glosa grande redactada por Acursio-, la que al eliminar el estudio directo de las fuentes, inició un momento de decadencia. Merece destacar, sin embargo, en plena Edad Media, la escuela de los posglosadores, quienes, bajo el manto del derecho romano, elaboraron en realidad un derecho nuevo, pese al abuso de los métodos escolásticos, y prolongaron su influencia en toda Europa hasta los albores del renacimiento.<sup>19</sup>

Cabe destacar la trascendencia que obtuvo el derecho romano en la elaboración de nuevos sistemas jurídicos ya que éste fue su principal fuente de inspiración y que por consiguiente digamos que el derecho romano está vigente, claro, con las modificaciones hechas para atender las necesidades de cada nuevo sistema.

Algunas de las materias tratadas en las XII Tablas son: el procedimiento civil y de la enajenación forzosa; el derecho de familia y las sucesiones; los delitos privados y los daños ocasionados a las personas y a las cosas; los derechos de vecindad y de deslinde.

Los principios del derecho creados por los pretores, en el ejercicio de su jurisdicción, se llaman derecho honorario o pretoriano, y, en contraposición, se llama derecho civil a las normas que tienen como fuente la costumbre o la ley.

Estrictamente el magistrado romano no puede crear derecho; a él solamente le corresponde extraer de cada norma legal su significación práctica. Pero a medida que el magistrado resuelve las cuestiones jurídicas en determinada forma, esa forma se va afianzando dentro del uso constante, y, dentro de la comunidad,

19. Enrique R. Aftalión José Vilanova, *Ibidem*. Pág. 430

se llega a la convicción de que esos preceptos del magistrado también son derecho, es pensamiento de Cicerón, cuando afirma que el edicto del pretor es una *lex annua*.

Sin duda las resoluciones hechas por los magistrados en cierta forma adquieren la figura jurídica, "Derecho" ya que tienen el carácter de obligatoriedad para los individuos y mas aún cuando constantemente esas disposiciones se repiten, en nuestro derecho positivo vigente vemos, como las resoluciones de los magistrados crean jurisprudencia, la cual es considerada con fuerza de ley, aún sin tener el procedimiento legislativo.

De esta manera, la teoría jurídica de la época imperial distingue, en el derecho, dos grupos, oponiendo el derecho que tiene como fuente la costumbre y la ley (*ius civile*), al derecho que tiene como fuente la libre creación del magistrado (*ius honorarium*). El *ius civile* y el *ius honorarium* tienen esferas equivalentes, pero diversas, y, de esta manera, muchas relaciones de la vida jurídica quedan duplicadas.<sup>20</sup>

Por lo que respecta a las fuentes del Derecho, propiamente en Roma, tendremos que atender a cada época histórica, a efecto de señalar, particularmente en su caso, cada una de ellas y de esta manera tenemos:

20. *Derecho Romano*, Lucrecio Jaramillo Velez, Señal Editorial 1989, pág. 298.

## **FUENTES DEL DERECHO EN ROMA MONARQUICA**

### **A) LA COSTUMBRE**

Entendiéndose por ésta, un uso reiterado, practicado en un mismo sentido por un período largo de tiempo y que al final se traduce en norma jurídica. En atención a lo anterior es la costumbre la única fuente de importancia en esta etapa histórica.

## **FUENTES DEL DERECHO EN LA ROMA REPUBLICANA.**

En la época republicana, podemos agrupar las siguientes fuentes del Derecho Romano:

### **A) LA COSTUMBRE**

Continúa siendo la fuente por excelencia del Derecho, agrupándose a ella los usos reiterados de la clase plebeya y los del patriciado, desapareciendo esta circunstancia cuando se funcionan ambas clases, surgiendo de esta manera la figura del ciudadano romano.

### **B) PLEBISCITOS**

Las resoluciones emanadas de los concilia plebis, que en sí son las decisiones tomadas en estas asambleas plebeyas, constituyeron los plebiscitos. *Tal es el caso de los países sajones, como Inglaterra los que conforman una serie de leyes superpuestas, por la fuerza de la costumbre.*



## C) LEY DE LAS XII TABLAS

Desde la fundación de la Roma en el año 753 a.C. al 451 a.C. no existía una ley escrita, un cuerpo legal que sancionara la conducta, tanto de los patricios como de los plebeyos; cuando se presentaba un conflicto de intereses entre ambas clases, es de pensarse que lo aplicable al caso era la costumbre, pero la costumbre Patricia, solamente.

Los plebeyos, por conducto de sus Tribunos, se vieron obligados a luchar 10 años, buscando codificar de alguna forma el Derecho Romano. Los patricios se resistían a la redacción de leyes escritas, pues aquello les favorecía notablemente, sin embargo cederían, y, es así como, tanto el Tribunado, a la par con el Senado, se ponen de acuerdo en la redacción. Se comisiona a un cuerpo de 10 magistrados (todos patricios), mismos que después de viajes se ilustran para la confección y elaboración de diez tablas; añadiendo otras dos tablas, a efecto de conformar el complemento de las anteriores.

## D) SENADOCONSULTOS

Con el devenir histórico fue tomándose cada vez más legislativa la labor del Senado en la República; el Senado deja de ser el verdadero poder, para convertirse en la justificación de los actos realizados por el juez, pues éstas dependían en cierto modo de las facultades de aquél. El juez, de ninguna manera tenía investidura de Magistrado.

Con el devenir histórico fue tornándose cada vez más legislativa la labor del Senado en la República; el Senado deja de ser el verdadero poder, para convertirse en la justificación de los actos realizados por el Poder Ejecutivo.

## **E) EDICTOS Y RESOLUCIONES DEL PRETOR.**

Las funciones del pretor eran más importantes que las realizadas por el juez, pues éstas dependían en cierto modo de las facultades de aquél. Es Juez, de ninguna manera tenía investidura de Magistrado.

La gran cantidad de Edictos y resoluciones dictadas por el magistrado constituyen una fuente maravillosa del Derecho Romano. Algunas veces como Ciencia de Derecho, o bien, Doctrinas expuestas por consumados juristas.

Como ya hemos analizado anteriormente, los primeros concedores de la ciencia jurídica fueron los pontífices; sin embargo, al ocurrir la secularización del Derecho, es decir al separarse este último de la religión, trae como consecuencia inmediata la aparición de la ciencia del Derecho y de ahí, la importancia en su interpretación por los jurisconsultos.

## **FUENTES DEL DERECHO EN LA ROMA IMPERIAL**

### **A) LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES**

Son la principal fuente de Derecho Romano, en esta época. Constitución deriva de "Constitutio", cuyo significado es: "Aquella disposición, en categoría de Norma Jurídica, que emanaba del Emperador tal como utiliza la aceptación el Romanista Margadant; es decir, la plena voluntad del Ejecutivo hecha una ley; situación constante con el significado actual de Constitución de un Estado-Nación.

## LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES, SEGÚN EL CASO, FUERON:

*EDICTA.* Comunicación o noticia al pueblo.

*DECRETA.* Sentencias o controversias judiciales, sometidas a la competencia del Emperador, como magistrado de un juicio.

*MANDATA.* Disposiciones emanadas del Emperador, para ser acatadas por el gobernador de provincia o legatarios.

*RESCRIPTA.* Contestaciones del Emperador o controversias jurídicas entre particulares.

Observemos, como las fuentes del derecho fueron aumentando a través de las distintas épocas, como tal, en la época monárquica solamente existió la denominada fuente jurídica "costumbre", pero que a través de los usos y prácticas constantes de estos, finalmente se convertía en norma jurídica, luego entonces en la época republicana, todavía era considerada como la fuente por excelencia, pero ya que los conflictos entre las clases sociales de esa época eran demasiado controvertidos, se tenía que implantar nuevas formas de regular las conductas, es así como surgen nuevas fuentes de las cuales algunas originan lo que se llama el derecho escrito, pero que al fin y al cabo como su precedente era la costumbre, ésta era su principal sustento jurídico. Y por último en la época Imperial, ya no figura la costumbre como fuente del derecho, se habla de las disposiciones que emanaban del emperador y que éstas eran elevadas a normas jurídicas, sin embargo el Derecho Romano, siempre se rigió a través de su principal fuente "La costumbre", y si bien es cierto, el derecho consuetudinario con todos sus elementos llamados, usos, prácticas, hábitos o costumbres, traen como consecuencia la emanación de normas jurídicas, en este caso no escritas, o por el mismo procedimiento pero que se lleve conjuntamente con el legislativo o jurisprudencial para poder traducirse como derecho escrito.

## 2.2 EL DERECHO CONSUECUDINARIO

### DERECHO PREHISPÁNICO

Al estudiar la historia del Derecho Mexicano, se ha manifestado con relativa frecuencia, una posición controvertida que, consiste en suponer que sólo se puede hablar con propiedad de la existencia del derecho a partir de la conquista española, y de ninguna manera los usos de las diversas culturas prehispánicas deben ser elevados a tal rango por distar mucho de la estructura, técnica y perfección que ya alcanzaba el derecho en Europa en esa misma época; quienes así se expresan hacen sospechar que desconocen la historia antigua de México, igual que ignoran los contenidos propios del orden jurídico.

Es así como damos cuenta de la existencia de una organización de las primeras comunidades que aparecieron y que implementaron un sistema de organización, a través de los hechos que ocurrían entre ellos y su alrededor, y que éstos pasaron mas tarde a formar una repetición de actos por los cuales los usos se transformarían en costumbres, un factor importante es la comparación que se hace con el Derecho Europeo el cual no tendría que ser así, ya que cada sistema se desarrolló en forma y tiempos distintos y por si fuera poco cada cultura siempre tendrá su propia autonomía para regirse con el sistema que de ella emane o adoptase.

Recordemos que la clásica definición del derecho, considera a este como un conjunto de normas impero-atributivas que regulan la conducta social del individuo; a su vez el concepto de norma como una regla de conducta, nos lleva a considerar que en toda sociedad organizada debe existir un mínimo de normas que precisamente determinen las directrices de esa organización; por lo mismo, afirmaba el

destacado maestro Don Rafael Rojina Villegas, no existe sociedad sin derecho, aún cuando el mismo en sus orígenes más rústicos aparezca confundido con elementos místicos y religiosos.

Cabe hacer mención, que las normas de conducta creadas para la regulación de la sociedad son en primer término de carácter consuetudinario; y así poder crear el derecho a que se refiere el autor citado.

En términos generales podemos afirmar que ya estamos en presencia del derecho cuando encontramos los siguientes elementos:

- 1.- Un conglomerado humano organizado a manera de un cuerpo social.
- 2.- Una entidad de poder que tenga la capacidad de mando y la estructura orgánica suficiente para hacer exigibles sus decisiones sobre ese cuerpo social.
- 3.- La manifestación de tales decisiones en forma de normas impero-atributivas dotadas de sanción política.

Esto quiere decir, entonces que el derecho se confirma en cuanto estamos en presencia de un grupo de individuos organizados para llevar a cabo sus propias normas y reglas de conducta y que serán acatadas dependiendo de la forma de organización que los rija, ya sea de modo consuetudinario o por disposiciones expresas de sus gobernantes.

El Derecho es un producto social, esto es, algo que surge, como una respuesta que se origina frente a la problemática social, por lo mismo, cada orden jurídico presenta sus propias características; de tal manera que el derecho prehispánico creado y nutrido de una realidad distinta a la europea, contiene necesariamente notas peculiares.

Tal vez esto sea lo que ha motivado la creencia errónea de que estos pueblos no tuvieron un auténtico orden coercitivo.

Al margen de lo anterior, resulta interesante notar como el hombre, sin influencias ni antecedentes, responde en forma parecida cuando se enfrenta a la misma necesidad social; así, en aspectos como familia, homicidio, tributación, etc., encontramos muchas semejanzas entre un sistema y otro, pero seguramente sucedería lo mismo si comparamos a ambos con otros sistemas ajenos como por ejemplo el de los pueblos asiáticos de la antigüedad.

Es claro que en cualquier época, lugar o circunstancias el derecho se manifiesta a través del comportamiento de los grupos sociales es decir nace de la vida social y siempre partirá de su fuente mas importante "La costumbre", y a través de ésta se desarrollará un sistema jurídico mas perfeccionado, sea escrito o no.

Es importante tomar conciencia de que la descripción de las instituciones del derecho prehispánico nos llegan en calidad de fuente directa principalmente a través de los cronistas europeos de los tiempos de la conquista o inmediatos a esta, de aquí que dichos historiadores interpreten ese orden jurídico de acuerdo con los esquemas que a su vez ellos tenían y que eran fruto del desarrollo cultural de occidente.

La época prehispánica queda comprendida entre 12,000 años AC. cuando aparecieron los primeros pobladores nómadas de nuestro país, y 1517 DC. fecha del descubrimiento de playas mexicanas por Don Francisco Hernández de Córdova.

- a) Horizonte prehistórico (12,000 A.C. a 5,000 A.C. aprox.) corresponde a la época de los cazadores y recolectores.

- b) Horizonte arcaico (5,000 AC. a 1,800 AC. aprox.) iniciaron la agricultura y la cerámica, se sedentarizan y tienen una importante organización social.
- c) Horizonte preclásico (1800 AC. a 100 AC. aprox.) cuando nacen las culturas formativas que se concentran en poblaciones cada vez más grandes a manera de centros ceremoniales de mayor importancia.
- d) Horizonte clásico (100 AC. a 850 DC.) en el florecen las grandes culturas controladas por una teocracia absolutista, hasta que se inician los fuertes conflictos políticos entre los distintos sectores sociales.
- e) Horizonte posclásico (850 a 1250 aprox.), tiempo en el cual las sociedades teocráticas se convierten en militaristas. En este horizonte encontramos ya auténticas fuentes históricas.
- f) Horizonte histórico (1250 aprox. a 1517), cuando las sociedades militaristas, forman verdaderos estados. Es la gran época de los llamados Imperio Azteca y Nuevo Imperio Maya.

Dentro de esta cronología cultural, haremos notar que nuestros estudios sobre historial del derecho mexicano deben partir desde el horizonte preclásico, dado que en ese tiempo (1800 AC. a 100 AC. aprox.), ya encontramos suficientes elementos arqueológicos para confirmar, la existencia de sociedades organizadas en forma tan estructurada, que contaron con un sistema jurídico, por rudimentario que fuera este.

Todos los grupos prehispánicos anteriormente enumerados se asentaron dentro de la zona denominada Mesoamérica, nombre con el que designa hoy la etnología, al círculo cultural indígena, antiguo que comprende; México en sus porciones centro y sur) Guatemala, Belice, la parte occidental de El Salvador y Honduras, también una parte de Nicaragua y de Costa Rica.

## AHORA BIEN DEFINIREMOS A LA COSTUMBRE EN SU ASPECTO PRIMITIVO:

Generalmente, el derecho de los pueblos primitivos es consuetudinario. La vida no tiene demasiada complicación y unas pocas reglas sencillas bastan para resolver los problemas que se presenten. Por otra parte, en estos estudios primitivos, el Estado no ha asumido todavía el monopolio del derecho, y las familias y los grupos hacen triunfar la costumbre pacíficamente, por medio de árbitros, y, en el peor de los casos también por la fuerza.<sup>21</sup>

### EL DERECHO PRIMITIVO

En todos los pueblos conocidos la primera fase de control social ha sido la costumbre. Esta costumbre tiene un fundamento de naturaleza religiosa o mítica, de ello resulta que todas las normas de costumbre primitiva se fundamentan en que la sanción emana de dichos seres sobrenaturales, de la propia divinidad, que la aplicará en este mundo y en esta vida. Esta costumbre de múltiples dimensiones (religiosa, moral, jurídica) aun no diferenciadas, ha constituido la primera autoridad con imperio sobre los seres humanos, durante todo ese periodo primario que sociológicamente conocemos como la organización clánica, en que no habrá un poder individualizado sino que el poder total se encontraba difuso en el grupo. Aquí todavía no encontramos un sistema de gobierno definido, ya que el poder emanaba de la colectividad para establecer sus propios principios. El consenso colectivo y las sanciones atribuidas a la violación de la costumbre, daban a ésta un poder ilimitado sobre todos los miembros del grupo.

21. *Lucrecio Jaramillo Velez. Ob.cit. Pág. 157*



Fuerzas impersonales, difusas, inmanentes a todos los miembros del clan, daban a dicha costumbre general una autoridad enorme, capaz de ejercer una potente presión sobre los ánimos individuales.

Para comprender, como la costumbre, a pesar de la ausencia de un poder individualizado, ha podido ser una suprema fuerza reguladora, hay que tener presentes algunas características de la organización clánica, eran grupos cerrados, creaba entre sus integrantes una solidaridad fortísima, se puede afirmar que las sanciones que garantizaban la observancia de la costumbre primitiva comenzaron siendo del tipo de los que hoy llamaríamos penales, del mismo modo que la venganza-justicia, psicológicamente, la concepción mas simple y primitiva de la justicia.

La primitiva costumbre difusa e indiferenciada abarcaba no solo el precepto jurídico-religioso sino preceptos de carácter puramente moral. Se nota claramente como nace la organización a través de las costumbres y tradiciones a pesar de ser primitivas pero este antecedente nos hace pensar, que ya existía una manera de sancionar las conductas de los individuos ya sean de carácter moral, religioso o jurídico.

Las primeras normas éticas surgían en forma irreflexiva e inconsciente y eran acatadas tal como se presentaban. Ese tránsito de lo inconsciente a lo consciente en la elaboración del derecho puede decirse que se produce cuando empiezan a aparecer técnicos con poder (autoridad) para declarar, interpretar, fijar y por consiguiente aunque sea en forma gradual e imperceptible para modificar la costumbre, es decir cuando la primitiva descentralización en que todos son indiferencialmente órganos de la creación y aplicación del derecho se pasa a la centralización por la cual se delegan en ciertos órganos permanentes dichas funciones.

De ahí al sistema de legislación no hay mas que un paso, aunque las primeras leyes, normalmente, no son sino una recopilación y clarificación de la costumbre ya existente, su elaboración en todo caso, es ya una obra perfectamente reflexiva y consciente del órgano.<sup>22</sup>

Estamos de acuerdo con este paso al sistema legislativo, ya que se comienza a concentrar el poder en un órgano y de esta manera llevar a cabo un mejor desarrollo jurídico pero siempre con el antecedente de la costumbre, porque como fuente no podría quedar fuera del sistema, por lo cual coincidimos en que ésta se retoma para crear el régimen legislativo.

El derecho consuetudinario, es aquél que nunca ha sido objeto de una promulgación legislativa. Se compone de reglas tradicionales, establecidas poco a poco con el tiempo y, a menudo difíciles de comprobar. La naturaleza de la fuente o autoridad, de la cual deriva el derecho consuetudinario, es objeto de interminables controversias, unos pretenden hallar la fuente del derecho consuetudinario en su uso general y prolongado de los particulares, unidos a la creencia de que existe una sanción social, y niegan a la jurisprudencia toda función creadora de derecho, otros reservan un lugar a la jurisprudencia y le conceden un papel preponderante (y hasta único) en la elaboración del derecho consuetudinario.

No se cree en la posibilidad del establecimiento de reglas consuetudinarias, que tengan valor obligatorio, independientemente de la jurisprudencia; sin embargo, lo característico del derecho consuetudinario, representado por la jurisprudencia consiste en la posibilidad de ser modificado por una nueva decisión dictada en el sentido contrario.

22. Enrique R. Aftalión Jose Vilanova, *Ibidem*, Pág. 382

Por lo que observamos, entendemos que la jurisprudencia es creadora del derecho consuetudinario aunque existan autores que no lo vean así, es por ello que ciertamente este derecho aún está vigente de acuerdo a la teoría que dice que la jurisprudencia puede ser modificada por otra nueva, pero lo importante que hay que destacar que esa jurisprudencia abrogada queda como antecedente jurídico y por lo tanto es de derecho consuetudinario, que su flexibilidad así lo permite como explicaremos mas adelante.

Este Derecho tiene como ventaja, su flexibilidad, sujeto siempre a la adhesión de la autoridad judicial, puede modificarse cada día, para conformarse con las nuevas necesidades de la práctica, en tanto que la ley, una vez dictada, es inflexible: el juez no puede modificarla, aún la mas ligera modificación requiere de una reforma legislativa, con frecuencia difícil y siempre tardía.<sup>23</sup>

## FORMAS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

Según la costumbre jurídica en que aquél toma su origen. El profesor García Maynez señala las tres diversas formas de derecho consuetudinario a que se refiere Walter Heinrich, que son: delegante, delegado y derogatorio.

El derecho consuetudinario delegante se da, cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a determinada instancia para crear derecho escrito.

El derecho consuetudinario delegado, es aquél en que la ley expresamente remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias, la costumbre entonces se haya subordinada a la ley.

23. *Marcel Planiol, Georges Ripert, Ob.cit. Pág. 684*

Finalmente el derecho consuetudinario derogatorio, es derogatorio cuando, por virtud de una costumbre desenvuelta en sentido opuesto al de la ley, aquélla puede derogar a ésta.

En México no tenemos ni la costumbre delegante ni la derogatoria, sino solo la delegada, ya que frecuentemente en nuestra ley, se remite al destinatario de ella a las costumbres del lugar.

Así damos cuenta como el derecho consuetudinario está presente dentro de nuestro sistema jurídico positivo, porque al llevarse a la práctica quiere decir que está vigente como fuente supletoria.<sup>24</sup>

#### **CONCEPTO DE NORMA CONSUETIDINARIA.**

De conformidad con lo señalado precedentemente, entendemos por norma consuetudinaria. al resultado de aquél procedimiento jurídico de creación en que un conjunto de actos, considerados como repetidos por un órgano aplicador, se encuentran formando una disposición o pauta de conducta, en virtud de la decisión, más o menos consciente de dicho órgano de incorporar un caso específico dentro de esa repetición de actos, convirtiéndolos, así, en el derecho aplicable. Por lo antes expuesto diremos que a las normas surgidas de este derecho, se aplicarán de manera supletoria a los casos específicos que lo requieran.

24. J. Alfredo medina Riestra, *Ibidem*

## 2.3 DIFERENTES TEORÍAS

### LA TEORÍA TRADICIONAL Y AUN PREVALECIENTE SOBRE LA COSTUMBRE.

La teoría sobre la costumbre como fuente ha sido desarrollada en el campo del derecho. Esta teoría consiste básicamente en la exigencia de tres requisitos, a saber : a) conductas iguales repetidas en general en condiciones iguales, b) durante un tiempo suficientemente largo (inveterata en latín o inmemorial en inglés); c) la opinión generalizada sobre el carácter obligatorio de tales conductas (opinio iuris). Aunque esta teoría ha sido desarrollada para el derecho, ella podría extenderse a todo sistema normativo positivo.

Solamente que entonces se haría bastante claro que el tiempo suficiente no tiene porqué ser inmemorial o de antiguo arraigo (inveterata), ya que sistemas normativos como el de la moda, o aun la moral positiva, pueden cambiar mucho mas rápidamente de lo que pretende la teoría tradicional. Con lo cual también se haría claro que el subsistema Derecho, -que para ser efectivo, debe armonizar con los otros subsistemas del grupo sociocultural- se encuentra forzado a cambiar mas rápidamente de lo que supone la teoría tradicional.

La tesis tradicional afirma que la fuente material de la norma llamada consuetudinaria es un hecho reiterado. Uno debe acatar la obligación impuesta por una norma consuetudinaria, porque ésta tiene su fuente en el hecho real de que la sociedad se comporta de una cierta manera habitual. O en el caso de la facultad consuetudinaria, el hecho de que la sociedad no impide el ejercicio por el sujeto facultado de sus opciones posibles.

La teoría de Kelsen de alguna manera restringe el campo ontológico a que tales proposiciones pueden referirse, una limitación que no deriva de la naturaleza de los hechos mismos, sino que habría sido decretada a la luz de ciertas razones pragmáticas destinadas a promover el conocimiento teórico del derecho. Debe recalcar que la base lógica sobre la que se elabora la teoría de Kelsen no ha sido suficientemente desarrollada.<sup>25</sup>

Jorge Jellinek, es autor de una teoría que permite explicar la formación de la costumbre jurídica, queremos referirnos a la Doctrina de la fuerza normativa de los hechos, que expone en el tomo primero de su Teoría General del Estado. Los hechos tienen, cierta fuerza normativa. Cuando un hábito social se prolonga, acaba de producir, en la conciencia de los individuos que lo practica, la creencia de que es obligatorio. De esta suerte, lo normal, lo acostumbrado, transformase en lo debido, y lo que en un principio fue simple uso, es visto mas tarde como manifestación del respeto a un deber, o como dice Ehrlich "la costumbre del pasado se convierte en la norma del futuro."<sup>26</sup>

Kelsen, parte del principio de la estatalidad del derecho, y estima que una regla de conducta solo asume carácter obligatorio, cuando representa una manifestación de la voluntad del Estado. Consecuente con esta doctrina, se concluye que el derecho consuetudinario no puede nacer sino a través de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Colocándose en una posición semejante, el jurista Rumano Djuvara dice, que la costumbre no podría ser fuente del derecho positivo sino fuese aplicada por los órganos estatales a los casos concretos, (especialmente por los jueces, en materia de derecho privado). Es la jurisprudencia la que da vida ala costumbre como fuente del derecho, al aplicarla a los casos individuales.

**25. Roberto José Vernengo, Teoría General del Derecho, cuarta impresión, ediciones Depalma, Buenos Aires 1995, pag. 464.**

**26. Eugen Ehrlich, fundamental principles of the sociology of law, translated by Walter I. Moll. Harvard University Press. Cacbridge, Massachussets, 1936, pag 85.**

Planiol se expresa en forma parecida; " no creo que sea posible crear, al margen de la jurisprudencia, reglas consuetudinarias jurídicamente obligatorias".

Francois Géný, piensa que la costumbre jurídica no nace de la práctica de los tribunales, aun cuando reconoce que la aplicación de aquélla por los jueces es manifestación indudable de la opinio neccessitatis. Si los tribunales aplican la costumbre es precisamente porque en su concepto corresponde a una verdadera regla de derecho, es decir, a un precepto nacido consuetudinariamente, y anterior, por tanto, a las decisiones que le reconocen validez. La aplicación no constituye un acto de creación, sino de reconocimiento de la norma.<sup>27</sup>

Otra de las teorías fundamentales es la que promulgó, la escuela histórica de los juristas alemanes. Es un mérito de esta Escuela el no haber confundido la costumbre con la repetición constante de ciertos actos, comprendiendo que esta reiteración es solo un medio exterior para manifestar y, por ende, para ser reconocida la convicción jurídica, en la cual consiste esencialmente la costumbre. Pero la escuela histórica cometió el error de considerar esta convicción como una entidad misteriosa, descuidando por completo el análisis psicológico. La costumbre aun representando una persuasión colectiva, tiene ciertamente sus raíces en la productividad originaria de las conciencias individuales.<sup>28</sup>

Jorge Federico von Puchta, considera al espíritu popular como una fuerza que existe independientemente de las conciencias individuales. Lo compara, al alma del organismo, y afirma que esta entidad psíquica ideal constituye la primera causa del derecho.

<sup>27</sup> Eduardo García Maynez, *introducción al estudio del derecho*, 50 edición, editorial porrua, 1999, Pág. 444.

<sup>28</sup> Georgio Del Vecchio, *filosofía del derecho*, Bosch casa editorial S.S., Barcelona, Pág. 559.

“El derecho procede del espíritu popular como la planta de su semilla, su forma y evolución están fijadas de antemano; los individuos no son mas que los pasivos portadores de un derecho que ellos no han creado.

Puchta desarrolló sus concepciones en una célebre monografía del derecho consuetudinario (1828), donde es manifiesta la influencia de la Escuela Organicista. En este trabajo concibe al Estado como formado por la voluntad consciente de los individuos, pero afirma al mismo tiempo que tiene su raíz en una agrupación natural, el pueblo, que está dotada de un espíritu propio que crea espontáneamente las costumbres y, con ellas, el derecho consuetudinario. “Cuando el Estado da forma legislativa al derecho, no lo crea; solo ejerce sobre él una acción consciente y política, el Estado por tanto, es un comitente u órgano coactivo de la voluntad popular. Como tal, da realidad y cumplimiento al derecho, aunque su origen y desarrollo sean ajenos a su acción positiva y consciente”. En síntesis, para Puchta el espíritu popular constituye una fuerza distinta e independiente. No es el producto de la vida histórica del pueblo, sino que existe desde el origen de la evolución histórica y determina las costumbres y la historia del pueblo.<sup>29</sup>

## **FUERZA DE LA COSTUMBRE**

### **Derecho Natural**

Si en España la costumbre tenía fuerza de ley, mayormente la tenía en Indias, pues habría sido desatentado y anárquico querer innovar en un mundo desconocido, cuando, en general, la costumbre es la conducta que han adoptado los hombres como la forma más apropiada a su naturaleza de corresponder al medio en que viven. Pero tenía cuidado el legislador de definir lo que debía entenderse por costumbre, “no la que consiste en dos o tres actos solos, sino en muchos continuados sin interrupción ni orden de contrario”.

**29. Enrique R. Aftalión José Vilanova, *Ibidem*, Pág. 183**



Esto explica la originalidad y riqueza del derecho de Indias, y es de sentirse que, así como se procedió a recopilar las leyes emanadas de las autoridades, nadie que sepamos, haya cuidado de recoger metódicamente las costumbres de los pueblos indígenas, que serían sin duda, inspiración para legisladores que quisieran ser tan considerados para los aborígenes como lo fueron los coloniales.

**CAPITULO TERCERO**  
**LA COSTUMBRE EN LA LEGISLACION MEXICANA**

## **CAPITULO TERCERO**

### **LA COSTUMBRE EN LA LEGISLACION MEXICANA**

#### **3.1 EL DERECHO POSITIVO VIGENTE**

Para estudiar el derecho Mexicano tenemos que remontarnos a las fuentes históricas, ya que estas son necesarias para desentrañar el sentido exacto de las reglas de derecho o bien para reconocer el verdadero espíritu de las instituciones, la civilización aborígen fue destruida por la conquista española y sobre sus ruinas fue implantada la civilización europea. Se clasifica en a) periodo precolonial, b) periodo colonial y c) periodo independiente, de los cuales hablaremos a continuación:

##### **A) PERIODO PRECOLONIAL.**

No pecaríamos de exageración si dijéramos que a la llegada de los españoles a tierras de Anáhuac, la evolución en el ámbito de nuestra disciplina, si no se encontraba a la altura de las concepciones jurídicas europeas, regulaba con eficacia las relaciones entre hombres y entre el Estado y el ciudadano, bajo un sistema de subordinación clasista, tres pueden considerarse los grupos más avanzados en esta materia, por orden cronológico, los tolteca, los mayas y los aztecas.

Siendo indudablemente en todos ellos la influencia náhuatl, como que por ello este vocablo significa "gente que se expresa bien y habla claro", sin embargo el descubrimiento de que unas son antecedentes de las otras y de ahí que el examen de la más avanzada y depurada en cuanto al orden social y político, la de los

aztecas, nos sirva de ejemplo para comprender el grado de adelanto a que llegaron los pueblos pre-cortesianos en la práctica y aplicación de normas jurídicas.

Cabe hacer mención que dentro de sus elecciones existió la ley hereditaria establecida por los acolhuas a semejanza de los antiguos toltecas y continuó con la que podríamos llamar monarquía hereditaria. Por otro lado los aztecas formados bajo otro sistemas principalmente por dirigentes sacerdotes, inicialmente constituyeron gobiernos monárquicos también, esto llevó desde sus orígenes a establecer el predominio de una familia gobernante. Dentro de los órganos judiciales encontramos que estaba constituido a su vez por un Magistrado Supremo, que además de funciones propiamente jurisdiccionales ejercía funciones administrativas, podía fallar lo mismo en juicios que denominaríamos civiles para distinguirlos, de los penales y de revisión de actos de otras autoridades.

## B) PERIODO COLONAL:

La conquista trajo un cambio fundamental en el régimen político y jurídico no solo de los mexicanos, sino de todos los pueblos aliados de Cortés y de todos los pueblos sometidos por los aztecas, cabe aclarar que como dicen los historiadores, durante el siglo XVI se conservaron muchas de las instituciones establecidas, tanto por convivencia derivada de la colonización, como por habérseles encontrado eficaces e insustituibles. Es mas, recuérdese que las llamadas Leyes de Indias establecieron una evidente protección para el elemento indígena, al que consideraron como menor de edad para todos lo efectos juridicos, puede decirse así que existió una doble legislación durante la colonia; una para los españoles y causa en que los españoles estuvieren coludidos o bien en que los indígenas atacaran la vida o la persona de la población hispánica, otra para juzgar cuestiones de indios con exclusividad o causa en que estos sufrieran asimismo menoscabo en sus intereses o en su persona. Debe decirse con verdad , que por desgracia las autoridades del virreinato hicieron caso omiso de esta ultima legislación y en la

mayoría de los juicios pretendían aplicar o aplicaban su propia legislación, la española.

De nada valió la integración del Real Consejo de Indias, institución creada para dirigir desde el punto de vista político a las colonias, cuidando no resultasen afectados los intereses reales (de ahí su nombre), las denominadas Audiencias, eran verdaderos consejos virreinales que tenían tanto funciones legislativas como jurisdiccionales, o sea de tribunal de justicia, la única autoridad absoluta era el virrey, en él se encontraban reunidos todos los poderes coloniales y solo daba cuenta de sus actos al rey de España.

Otros tribunales existentes durante el periodo de que se informa lo fueron el Tribunal de la Santa Fe conocido comúnmente como Tribunal de Inquisición, que ventilaba asuntos contra la religión católica; así como El tribunal de Minería, el Tribunal Militar de La Acordada, indiscutiblemente estos tres tribunales tuvieron un carácter especial y de ahí que se hubiese buscado su disolución en cuanto México se hizo independiente. En realidad muchos de los antecedentes de nuestras instituciones y no digamos nuestro Derecho en sus orígenes como República Federal, arranca de este periodo y a él tendremos que recurrir con alguna frecuencia en la exposición de algunos otros temas, por ello es preciso aclarar, que independientemente de la legislación proveniente del Real Consejo de Indias, fue surgiendo otra legislación adicional en distintas materias, civil, penal y aún de trabajo, que se fue integrando con las reales cédulas que para casos concretos expedía el monarca español.

### C) PERIODO INDEPENDIENTE

Ya Morelos en su documento titulado "Sentimientos de la Nación", dio a conocer por primera vez en nuestro país, las ideas de soberanía, de representación

popular, de división de poderes y algunos derechos del hombre en torno al concepto de libertad.

Pero es indiscutible que a falta de una legislación propia y que pudiera resultar apta para nuestras necesidades como nación independiente a partir del 28 de septiembre de 1821, hubo de adoptarse la legislación colonial, con ligeras modificaciones y aplicándola a casos concretos en los que no pudiera darse una interpretación específica por parte de nuestros tribunales, oficialmente no fue sin embargo, hasta el año de 1837, que se ordenó se siguiera aplicando el Derecho Español en aquello que no se opusiera a la legislación nacional, que se fue integrando en las diversas ramas jurídicas. Por esta razón no es raro encontrar que inclusive nuestro máximo tribunal, La Suprema Corte de Justicia, aplicara con frecuencia las ordenanzas de Aranjuez, las de Burgos o de Castilla. La lucha que se planteó una vez surgidos a la vida independiente, entre liberales y conservadores, trajo a su vez el problema de contar con una legislación enteramente nacional.

El derecho positivo es el conjunto de normas jurídicas que forman las reglas que ha establecido el legislador, así como aquellas que han dejado de estar vigentes por haber sido abrogadas o derogadas, frecuentemente se suelen confundir los términos de derecho positivo y derecho vigente, tal confusión es indebida.

El Derecho vigente es aquél que realmente rige en un momento determinado al grupo social y que no ha sido derogado ni abrogado, es decir, que es un derecho actual. De lo anterior se afirma que no todo derecho positivo es vigente, en cambio todo el vigente es positivo.

Por otro lado, observemos que la costumbre es definida de igual manera tanto en el derecho positivo como en los anteriormente expuestos, de lo anterior se desprende que la costumbre es una forma arcaica de cómo se manifestó en Derecho

en la sociedad, las normas jurídicas que tienen su origen en la costumbre, reciben en su conjunto el nombre de Derecho Consuetudinario.

Ya en el derecho positivo encontramos también a la jurisprudencia, que se le ha utilizado tradicionalmente para designar la Ciencia del Derecho, además puede considerarse la jurisprudencia como la interpretación jurisdiccional del Derecho Positivo y está constituida por el conjunto de decisiones judiciales, y en ocasiones administrativas, dictadas sobre una misma cuestión en especies análogas.

También los principios Generales del Derecho, son un elemento importante para el Derecho Positivo, y se dice que son, "criterios o ideas fundamentales de un sistema jurídico determinado que se presentan en la forma concreta del aforismo y cuya eficacia como norma supletoria de la ley, depende del reconocimiento expreso del legislador, de lo anterior, podemos concretar que dichos principios son la materia, el contenido de que se vale el legislador para la elaboración de las leyes, según el maestro De Pina, estos principios aparecen como el complejo de ideas y creencias que forman el pensamiento jurídico de un pueblo en un momento determinado de su historia. De acuerdo con los lineamientos contenidos en el artículo 14 Constitucional en relación con el artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, los principios generales del Derecho son una fuente de Derecho, cuando un negocio no pueda resolverse por la interpretación de la ley.

La Doctrina no representa ningún valor jurídico, sino un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas. Los autores no tienen ninguna autoridad para elaborar el derecho, ellos no hacen mas que comprobar el estado de Derecho Positivo y ponerlo bajo una forma didáctica. Las leyes no siempre están redactadas de manera clara y no han podido prever todas las situaciones que se presentan en la práctica. De ahí resulta que hay para el jurista, muchos puntos oscuros controvertidos. Los autores tienen entonces por misión la de proponer

soluciones para esas dificultades, es una cuestión de confianza personal y el valor de la Doctrina es puramente moral.

Un simple texto legal destruye cualquier argumentación por sabia que pueda presentarse.<sup>30</sup>

Sin embargo para abundar mas acerca de los Principios Generales del Derecho, por parte del maestro Raúl Ortiz Urquidí, los describe de la siguiente manera: " Son aquellos principios rectores de un sistema jurídico determinado que, no estando expresamente consignados en él, se desprenden, sin embargo, de ese propio sistema, ya que, nada menos son su fuente de inspiración y, por ello mismo, su base de sustentación".

Otra de las definiciones es la del maestro Ignacio Burgoa: "Por principios generales del derecho, como fuente de colmación de las lagunas de la ley, o como supletoria de la falta de éste, para resolver los conflictos jurídicos en los términos del cuarto párrafo del artículo 14 Constitucional, deben entenderse las normas elaboradas por la mente investigadora mediante el analisis inductivo del sistema jurídico mexicano y de los sistemas culturales afines, con vista a establecer, en juicios lógicos en que deben traducirse tales principios, las notas uniformes que rigen a todas las instituciones integrantes de tales sistemas.

En el semanario Judicial de la Federación, órgano informativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación encontramos las siguientes definiciones:

Primeramente; se dice que por principios generales del Derecho no debe entenderse la tradición de los tribunales, que en último análisis no es sino un conjunto de prácticas o costumbre sin fuerza de ley, ni las doctrinas de los jurisconsultos, que tampoco tienen fuerza legal, ni las opiniones personales del juez, sino los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales no solo las que se hayan expedido después de la Constitución Federal del país, sino también las anteriores.

**30. Fernando Flores Gómez González, Gustavo Carvajal Moreno, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, trigésimo quinta edición, editorial Porrúa, México 1997, pág. 349.**



En segundo Término encontramos que; los Principios Generales del Derecho son verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la Ciencia del Derecho, de tal manera que el juez pueda dar la misma solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido si hubiera previsto el caso, siendo condición de los aludidos principios que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenar. 31

Cabe destacar que las definiciones anteriormente aludidas corresponden siempre a un conjunto de elementos o herramientas, llamémosles así, de los cuales en un tiempo determinado se traducen como principios, de los cuales a través de su desarrollo son causa de supletoriedad en los conflictos en donde hayan lagunas de la ley y que por lo tanto, como se percibe, son una fuente inmediata del derecho y que en nuestro derecho positivo vigente se fundamenta en el artículo 14° constitucional.

También se denomina así a las reglas jurídicas que están en vigor en un Estado, cualquiera su carácter particular. Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, costumbres, jurisprudencia. Estas reglas son positivas en el sentido de que constituyen un objeto de estudio concreto y cierto, son conocidas, tienen un texto, una fórmula fija y precisa, resultado de un conjunto de hechos y nociones de cuya existencia no puede dudarse.

Sin embargo, son prolijas las controversias sobre las soluciones de derecho positivo, lo que algunas veces hace de este concepto una irrisión, pero es necesario advertir de esta incertidumbre, que son dos; cuando se trata de un asunto de

31. J. Alfredo medina Riestra, *Ibidem*. Pág. 150

derecho antiguo, pueden faltarnos los documentos necesarios para resolver un problema histórico; y cuando se trata de un punto de derecho moderno, puede suceder que la ley aún, no contenga la solución definitiva, y que se discuta para establecerla. En primer caso, la regla jurídica ha existido, pero ha de ser conocida, en el segundo caso existirá. Pero aún no se ha elaborado. Incertidumbre debida a causas semejantes, no privan a las legislaciones de su carácter positivo, existe certidumbre respecto a incontables puntos sobre los cuales se han agotado las discusiones, y se hallan en efecto, definitivamente resueltos.<sup>32</sup>

La costumbre continúa ejerciendo una función importante aun en las fases ulteriores de la evolución social. En ella se reflejan los elementos psíquicos que pululan en la conciencia de un pueblo, las persuasiones y las necesidades fundamentales de su vida, la costumbre traduce en hechos las ideas que mas o menos conscientemente tienen los asociados en torno a las necesidades de su vida común, esto es, aquellas ideas que, aun no siendo propias de todos son sostenidas con la mayor eficacia y resultan, por ende, predominantes.

Debemos tener la seguridad de que el Derecho Positivo fue originariamente consuetudinario. Este precepto contradice la afirmación de que el Derecho fue creado, inventado por legisladores singulares, por los fundadores de la civilización.<sup>33</sup>

La base del derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo. Los actores exteriores de esa conciencia, son los usos, los hábitos, las costumbres; una serie de actos uniformes acusa un origen común:

**32.** *Marcel Planiol, Georges Ripert, Ibidem*

**33.** *Georgio del Vecchio, Ob.cit. Pág. 333*

la esencia del pueblo, lo mas contrario, precisamente a la arbitrariedad y al caso, así pues, la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se reconoce.<sup>34</sup>

#### POSITIVIDAD:

La positividad no constituye una nota específica del "sistema" de control social que denominamos "Derecho". Si coincidiéramos normas positivas a las vigentes, tendríamos que decir que son normas positivas todas las que son usadas efectivamente en un grupo sociocultural determinado para regular la conducta de sus miembros, vale decir, para conferirles los caracteres deónticos básicos de conducta obligatoria, prohibida o facultativa.

El acatamiento generalizado constituye en todos los casos la regla última que permite identificar un "sistema" de normas positivas, vale decir que, -con las salvedades que tendremos que hacer- la costumbre constituye la fuente de máxima jerarquía en todo orden normativo positivo-; lo cierto es que existe en todo grupo sociocultural una moral positiva en un todo semejante a los otros órdenes normativos positivos, su fuente básica es la costumbre; la misma palabra "moral" deriva de la latina *mos mores* que quiere decir costumbres.

Muy importante considerar esta observación que le da un lugar a la costumbre como jerárquico, de la cual hace mención de la moral como una traducción de ésta en latín, y como consecuencia de esta aseveración tenemos que la positividad de la que habla, es porque se refiere a las normas positivas vigentes, pero que tuvieron un precedente que las llevaron a convertirse en eso y ese precedente del que se habla es nada menos que la costumbre, de ello su carácter jerárquico tan importante para cualquier orden normativo.

34. Ricardo Sánchez Márquez, *Ibidem*

## DOCTRINAS DEL DERECHO POSITIVO

En la época moderna se han formulado diversas doctrinas para explicar la naturaleza del derecho y su contenido y alcance, siendo notable la de Hegel, para quien la historia y el derecho se confunden, porque son tan sólo el desenvolvimiento dialéctico del ser, a la vez en el mundo real y en el intelectual.

### DE SAVIGNY

Aun cuando la escuela histórica del derecho no acepta tal identidad, se funda en la creencia de que hay en cada pueblo un instinto, sustraído a la observación directa y a toda delimitación, que hace que en cada nación el pueblo responda a las manifestaciones de la vida social de modo distinto, que al mismo tiempo es el más adecuado para su propio bien.

### DE LOS POSITIVITAS

Todavía estas doctrinas suministran alguna base para juzgar de las disposiciones legislativas, según que ellas estén o no de acuerdo con aquella dialéctica, o con aquel sentimiento nacional de lo jurídico; pero una nueva escuela viene después a sostener que no hay más derecho que el que dimana de la ley positiva, que todo juicio que de ella se forme es extrajurídico y pertenece al dominio de la moral.

El derecho, así concebido no tiene contenido alguno, excepto su forma: que dimana de una autoridad, que se exteriorice por la publicidad y se sancione. Se objeta a esta doctrina que ella corta los campos del derecho y de la moral de manera arbitraria, en su intento de penetrar en la esencia de lo jurídico.

## DE KELSEN

Kelsen llega a mayor abstracción; para él lo jurídico es sólo aquella función mental que nos sirve para separar dos categorías fundamentales: la de *ser* y la del *deber ser*. A la categoría del *ser* pertenece la naturaleza física, espiritual y social, o de los *fenómenos*. A la segunda categoría corresponden las *normas*. Nada hay de común entre esos dos mundos. El espíritu, al concebir la *norma*, el *deber ser de lo que es, forma el derecho*. Este se encuentra así colocado en una región donde se confunde lo bueno y lo malo. Todo lo que es una *norma*, que se refiere al *deber ser* es derecho, y es extraño a éste todo juicio que se forme sobre la bondad de aquélla.

## DE STAMMLER

Stammler baja de esa abstracción; para él no basta saber qué es derecho, sino que hay que saber cómo debe ser el derecho para que satisfaga las exigencias de la justicia. El derecho es ciertamente una categoría especial de nuestro pensamiento, en la cual se coloca todo lo que asume el carácter de jurídico; la función mental que clasifica un hecho como jurídico o normativo nos da sólo la *forma*; las especialidades concretas, los preceptos normativos constituyen la *materia* del derecho; hay en ellos un *ser* acerca del cual puede juzgarse jurídicamente en su adaptación a la vida social, sin salir de lo jurídico. Los preceptos normativos de la producción, distribución y consumo de la riqueza, suponen ya un orden jurídico del cual son una parte, y no al contrario, como supone el marxismo.

## ARMONIZACIÓN

En cada una de estas doctrinas por divergentes que aparezcan, se encuentra parte de verdad, y tal vez las diferencias provengan del punto de vista especial de

cada autor, o del derecho que todos tenemos de circunscribir el campo de nuestra investigación según el plan que nos trazamos.

Es evidente que, como lo sostiene Kelsen, el derecho pertenece a la categoría del deber ser, puesto que establece normas sociales de conducta, y en este sentido podemos decir que todo lo que se refiere a tales normas es derecho; pero no puede invertirse la proposición y sostener que todo el derecho es lo que se refiere a las normas de conducta.

En otras palabras, el autor pudo muy bien limitar el campo de lo que él entiende por derecho al estudio de las normas, y definido así el derecho, sabemos ya que no se ocupará en él de otras materias.

Pero otros autores considerarán necesario ampliar su campo de investigación de modo de proporcionar un criterio para juzgar de la norma misma, ya que, una vez que ésta es, deja de pertenecer a la categoría abstracta del deber ser, y podemos opinar si ella es lo que debe ser, sin que nos salgamos de lo jurídico y entremos al campo de la moral, ya que siempre lo moral se refiere al sujeto mismo, a su íntima perfección, y lo jurídico es siempre lo moral se refiere al sujeto mismo, a su íntima perfección, y lo jurídico es siempre trascendente a los demás.

Cuando juzgamos de la norma, atendiendo al momento en que se ha dado, según los fines sociales que se propuso, no estamos invadiendo el campo de la moral, sino que nos hallamos estrictamente dentro de lo jurídico.<sup>35</sup>

**35 .Marco Antonio Perez de los Reyes, *Historia del derecho mexicano, UNAM, antología tomo I México 1994***

### 3.2 LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL

I.- La costumbre constitucional es una especie de la costumbre con valor o significado jurídicos; es la relacionada con la forma y sistema de gobierno, con los órganos del propio gobierno y con las garantías individuales y sociales. La costumbre constitucional se refiere a los fenómenos y procedimientos políticos que se enmarcan jurídicamente.

II.- El orden jurídico mexicano es primordialmente de carácter escrito, empero la costumbre es una fuente del derecho constitucional mexicano, aunque una costumbre constitucional no puede derogar un precepto de la Constitución o una tesis jurisprudencial.

En el derecho constitucional, la costumbre tiene todavía gran importancia. En esta materia, suele acontecer que los hechos preceden a las normas o, mas bien, que los mismos hechos adquieren carácter normativo. Razones de oportunidad, y la consideración de las condiciones específicas de los tiempos y de circunstancias particulares, inducen con frecuencia a los órganos de poder público, a no fijar formalmente una regla y a conceder al derecho una elasticidad que puede darse mejor en la elaboración consuetudinaria.

De este modo por ejemplo, se ha venido delineando en gran parte la constitución inglesa; la cual indirectamente, ha tenido una notable influencia sobre la italiana. En materia de derecho constitucional es tal la fuerza de la costumbre que puede vencer la de la ley. Ciertamente, la cuestión es asaz controvertida, mas prevalece la opinión citada, por la que se reconoce que muchas disposiciones estatutarias han sido modificadas o abrogadas por la costumbre.

El problema mas grave acerca de las relaciones entre la costumbre y la ley, se plantea en el campo del derecho civil, si bien en el sistema italiano y también en el español parece que queda resuelto de antemano por una disposición legal. No hay duda de que la costumbre vale también en derecho civil, mientras tanto que secunde la ley, o vaya mas allá de ésta sin contradecirla. Es frecuente el caso de que la ley misma se refiera o remita a los usos o a la costumbre.

La costumbre se halla en una condición inferior, no tanto porque así lo afirme la ley, cuanto por la imperiosa exigencia de una regulación fija, determinada en el contenido y en la duración, y válida igualmente en todos los Estados. La necesidad de uniformidad del sistema jurídico contribuye a otorgar la prevalencia a la ley; pues la costumbre es, no raras veces, incierta y elástica, o diversa de lugar a lugar; la ley en cambio es igualmente precisa, fija, segura.

La costumbre es por su propia naturaleza particularista, si en algún lugar ésta intentara formarse contra legem, será sofocada en sus albores, por el sólido y compacto volumen unitario que tiene el derecho legislado en el Estado de nuestros días. Y hay que tener además en cuenta, que en el Estado contemporáneo se da una continuidad de producción legislativa, que hace posible fácilmente a las nuevas aspiraciones jurídicas el convertirse en Derecho Positivo, a través de este camino, muchísimo más fácil que en el pasado, cuando la función legislativa tenía carácter intermitente, y se fundaba sobre el arbitrio de personas o de clases sociales muy restringidas. El mismo convencimiento jurídico popular, del cual podría derivar una costumbre, se traduce mucho más fácil y rápidamente en forma de ley.<sup>36</sup>

Gramaticalmente *constitución* proviene de *constituere*, acto de crear, biológicamente significa estructura de un ser.

<sup>36</sup> *Georgio del Vecchio, Ibidem*



Tal connotación es la que se admite y se usa en el campo jurídico que se habla que "El Derecho Constitucional está formado por el conjunto de normas jurídicas que rigen la organización y el funcionamiento del Estado y que fijan los límites del poder público frente a los particulares".

De tal manera que la Constitución es el Código Político, es la Ley suprema de un determinado pueblo, que organiza el Estado fijando la competencia de sus órganos así como el campo de acción de los particulares frente al cual debe abstenerse el poder público de intervenir. Puede decirse que es el Código fundamental o la Ley que comprende las bases esenciales del sistema regulador de gobierno.

La Ley constitucional presenta los caracteres legales al igual que cualquiera otra ley, pero las demás normas encuentran su origen en la constitución, es decir, ésta se presenta como condicionante de las demás, de manera que de remontamos al origen de cada ley, llegará indefectiblemente el momento en que nos hallaremos ante la Ley Suprema.

Como ya hemos visto antes, la Constitución es la ley fundamental de un Estado. Está compuesta por un conjunto de normas supremas que dirigen la estructura y las relaciones entre los poderes públicos y la situación de los individuos frente al Estado. Actualmente el Estado, no puede subsistir sin una Constitución, ya sea escrita o consuetudinaria, pues en ella descansa la estructura de su organización.

El pueblo que no tenga Constitución vivirá, si es que vive, en una anarquía constante.

La Constitución está integrada por dos partes, dogmática y orgánica; la parte dogmática trata de los derechos fundamentales del hombre, contiene las limitaciones de la actividad del Estado frente a los particulares.

La parte dogmática tiene por objeto organizar el poder público, estableciendo las facultades de sus órganos.

#### DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES, TENEMOS:

Las constituciones pueden ser clasificadas atendiendo a diversos puntos de vista tales como, su forma jurídica, sus reformas y su nacimiento, nosotros solo veremos como es en su forma jurídica con motivo de la presente investigación.

Por su forma jurídica las constituciones pueden ser: codificadas y dispersas:

- a) Las codificadas son aquellas que nacen en un momento determinado y están escritas en volumen o código. Un claro ejemplo es nuestra constitución.
- b) Las dispersas, son las que no se han originado en un momento determinado, encuentran sus génesis en la costumbre, son producto de una evolución social y política, están compuestas por una variedad de estatutos y decisiones jurídicas; esto es, las diversas normas que la integran no se encuentran plasmadas en un volumen o código, sino que están formadas por muchos textos. Como ejemplo podemos citar a la Constitución Inglesa.<sup>37</sup>

Las condiciones para establecer al derecho constitucional debemos tomar en cuenta las siguientes: Es una premisa de la justicia, la aplicación de ésta, a través del derecho, implica la instauración de un orden, indispensable para la instrumentalización de ésta; el derecho encarna el valor de la seguridad, el derecho constitucional tiene como finalidad específica la limitación de determinados poderes que corresponden a la conformación del Estado y a sus sujetos auxiliares., es la bilateralidad. Refleja una forma de vida, plasmada en un orden institucional.

<sup>37</sup> *Fernando Flores Gómez González, Gustavo Carvajal Moreno, Ob.cit. Pág. 242*

También tenemos como características de éste a la; Bilateralidad, generalidad, imperatividad y coercibilidad; estas cuatro características de derecho constitucional o derecho objetivo o derecho-norma, corresponden a los señalamientos anteriores, según afirma el jurista español Nicolás Pérez Serrano, "porque no se da dentro de la esfera personal o individual, sino que exige la alteridad característica de todo Derecho; porque no se preocupa de persona o situación concreta"; entes bien, atiende en formulación genérica, al curso ordinario de la vida y a las hipótesis que en ella suelen presentarse y deben preverse, porque tienen siempre el valor y rango de mandato u orden, no de consejo o recomendación, y tanto preceptúa como prohíbe, y aún en los casos de meras reglas permisivas o de todo dispositivo, existe un ineludible fondo de imperatividad, y finalmente, porque ese mismo carácter imperativo y la necesidad capital de asegurar y garantizar la convivencia, determinan como rango esencial la posibilidad de constreñir al cumplimiento del precepto cuando voluntariamente no se acata y sea cualquiera, según circunstancias y modalidades, la manera de imponer la ejecución de la norma.

La costumbre es Fuente del Derecho Constitucional, conocida también como derecho consuetudinario, no está excluida de las fuentes, pese a que el orden jurídico de México es fundamentalmente de carácter escrito. "Una costumbre constitucional no puede derogar un precepto de la ley fundamental porque éste solo puede ser alterado o abrogado a través del procedimiento que para su reforma señala la propia Constitución, esto es congruente con el precepto de supremacía constitucional. De esta, es valiosa la información para acercar al legislador al ámbito social en el que nos desempeñamos y en su caso adecuar la norma a esos usos y costumbres.

Puede entenderse por fuente formal todo antecedente constitucional o legal supremo que de una u otra manera haya contribuido a la formación de nuestras constituciones.

Las fuentes formales han informado y formado nuestras constituciones y en eso, es formalismo, se ha quedado todo nuestro constitucionalismo mexicano.

Las fuentes materiales son las causas sociológicas y psicológicas de una nación, la idiosincrasia popular con ideas y carencias que serán reguladas jurídicamente y de manera suprema, para lograr normativamente el orden social.<sup>38</sup>

Sin embargo, en nuestro país tenemos costumbres constitucionales que se convierten en un acto de gran relevancia apolítica a instancias del cumplimiento del artículo 69 de la Constitución, que dice: Artículo 69. A la apertura de sesiones ordinarias del Congreso asistirá el Presidente de la República y presentará un informe por escrito, en el que manifieste el estado general que guarde la administración pública del país...."Como es costumbre, tal cometido se cumple anualmente, el día primero de septiembre ..." con un informe que se convierte , en un acto político de especial importancia; se suspenden las labores en todo el país, la ceremonia se transmite por todos los canales de televisión y radio, el presidente llega al edificio de la cámara de diputados después de un recorrido por las calles repletas de gente, lee un documento durante varias horas, y el presidente de la cámara de diputados, le contesta en términos generales. Este Ritual, esta costumbre constitucional, se ha hecho parte del informe presidencial.<sup>39</sup>

Pero constitución es la norma o conjunto de normas en las que fundan su validez las normas generales. Ahora bien, ese conjunto de normas en las que se hacen compatibles todas las normas generales que rigen en una comunidad, no tiene porqué tener necesariamente una fuente legal; la constitución puede emanar de la fuente consuetudinaria.

**38. Juan Antonio Martínez de la Serna, *Derecho Constitucional Mexicano*, editorial Porrúa, México 1983, pag. 447**

**39. Feliciano Calzada Padrón, *Derecho Constitucional*, editorial Porrúa, México, pag. 559**

Según lo derivado de esto, la constitución admite, simultáneamente, una fuente legal y otra consuetudinaria y la efectiva norma constitucional vigente puede estar dada por ésta última a despecho de los textos que constituyen la primera. En nuestra Constitución es indudable que prevalece cuantitativamente, con mucho, la fuente legal sobre la consuetudinaria

#### ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL.

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas . La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbre, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley. (.....)

Es importante resaltar como este artículo se refiere a la costumbre jurídica, pero solamente en materia agraria y para los pueblos indígenas, sin embargo el artículo catorce Constitucional únicamente se refiere a los principios Generales Del Derecho como fuente supletoria en materia del orden civil. Ya en nuestras conclusiones determinaremos la manera que en éstos son llevados acabo según lo comprendido en el numeral anterior. Por lo tanto comprendamos un poco mas el artículo a que me refiero primeramente:

Nunca en toda la larga historia de nuestro constitucionalismo se había hecho el reconocimiento de los pueblo indígenas de México hasta el año de 1992, por decreto en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de enero del mencionado año.

El nuevo punto de vista de los derechos humanos, ha venido a poner el acento en la necesidad del disfrute y goce de éstos derechos para todos los miembros de la sociedad. La conformación de la población de la República Mexicana, es, ha sido y será pluriétnica, ya que los grupos indígenas son los que reflejan los más altos índices de natalidad. A lo largo y ancho del territorio nacional se encuentran asentados miembros de los 56 diferentes grupos étnicos que se han logrado identificar.

Con la sólida base constitucional en vigor, deberá dictarse una ley reglamentaria que precise y desarrolle los mandatos constitucionales, que aclare la competencia legislativa de la federación, de los Estados y municipios, que establezca las específicas formas de protección a las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y sus formas específicas de organización social de las comunidades indígenas, que clarifique los instrumentos con que se contará para que los indígenas accedan efectivamente a la jurisdicción del Estado.

### 3.3 ARTICULO 10° DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Antes de entrar de lleno a la materia, definiremos el Derecho Civil, desde sus orígenes hasta su constitución a través de la historia, como la principal rama del derecho, catalogada como la madre de todas las ramas, es así como siguiendo la siguiente trayectoria concluiremos analizando el mencionado artículo.

#### ANTECEDENTES

Primeramente definiremos al derecho civil, como la materia en cuestión para la aplicación de la Costumbre jurídica dentro de este Derecho.

El antecedente primero del Derecho Civil, lo encontramos en el derecho quirritario de la Roma real de los primeros tiempos. El *iure quirritum* era el derecho propio de los quirites, es decir, de los varones púberes portadores de armas. Con el tránsito político de la monarquía a la república el *cives* (ciudadano) reemplazó al quirites y el antiguo derecho quirritiano se convirtió en derecho civil.

El *ius civile*, era pues, en los primeros tiempos de la república, el *ius proprium civium romanorum*, es decir el derecho especialmente aplicable a los ciudadanos romanos, por oposición al *ius gentium*, común a los diversos pueblos, el derecho civil abarcaba así, en Roma, tanto las instituciones de derecho público como las de derecho privado; era pues amplio por su objeto pero delimitado por su sujeto: el ciudadano romano. La fuente propia del derecho civil era la Ley (*lex*) votada en los comicios compuestos, precisamente, por los varones púberes portadores de armas.

Primitivamente Roma fue un pueblo rural y militar, el derecho civil bastaba perfectamente para regir la vida simple de esa comunidad restringida, cualitativa y cuantitativamente.

Pero con el curso del tiempo, las progresivas conquistas fueron cambiando el aspecto de dicha comunidad y haciendo del Estado romano un imperio y de la ciudad una verdadera urbe, lo que mas asombra, precisamente, en la historia del derecho romano, es la flexibilidad de su evolución, cumplida paso a paso, paralelamente a una realidad de complejidad creciente. Los artífices de esta evolución fueron los magistrados pretores, que gozaban de una facultad llamada *ius edicendi* consistente en lo siguiente: al comienzo de su mandato, por medio de un edicto, estos magistrados formulaban las normas generales, complementarias del *ius civile*, a las cuales ajustarían su imperio. Algunas de estas normas se repetían en los edictos de los pretores sucesivos y, de este modo proliferó, junto al antiguo derecho civil, este *ius honorarium*.

Esta bipartición del derecho común (en derecho civil y derecho honorario), propia de la época clásica, perdió actualidad e interés cuando Caracalla concedió la ciudadanía a todos los súbditos del imperio. Desde entonces la expresión Derecho Civil fue sinónimo de derecho romano.

En la Edad Media, con la caída de Roma, el derecho romano continuó rigiendo, no obstante, como derecho común en todo aquello en que no se innovó especialmente. Esto último ocurrió en dos órdenes de cosas; en primer lugar en todo lo que podríamos denominar hoy derecho público pues, naturalmente, los vencedores impusieron sus propios criterios, estatutos y costumbres en lo atinente a la forma de gobierno. La situación de privilegio, en la que quedaban los vencedores se consolidó con el tiempo en el régimen feudal.

El derecho civil pasó de este modo, como derecho romano común subsistente, a equivaler a lo que denominaríamos derecho privado. Y aquí viene la segunda limitación que impuso el nuevo orden cosas: algunas instituciones pasaron a depender directamente de las autoridades eclesiásticas y a formar parte del derecho eclesiástico, ejemplo; el matrimonio.



El derecho civil, según lo visto, tiene ahora el contenido del derecho privado, con excepción de aquellas instituciones que, por motivos especiales, se excluyen de su órbita. Este es el concepto que, con un contenido cada vez mas limitado por dichas excepciones, cada vez mas numerosas, llega hasta nuestros días. A fines de la Edad Media, el impulso creciente que anima a la navegación y el florecimiento comercial, particularmente notable en algunas ciudades italianas, originan el desprendimiento del derecho comercial-marítimo, como un derecho especialmente aplicable a los comerciantes.

El proceso de desgajamiento no para en esto. Del tronco común del derecho civil, atendiendo a diversas circunstancias histórico contingentes, se han ido desprendiendo otros ramales y subramales. El derecho civil ha quedado así con el carácter de derecho común porque mientras en una relación jurídica no existan las circunstancias espaciales a que se ha hecho referencia (comercio, trabajo, etc.), corresponderá esa relación jurídica al derecho civil, esto trae dos consecuencias importantes, a) el derecho civil interesa y se aplica a todas las persona mientras que las ramas de él desprendidas no tienen, en principio, la misma generalidad; b) el derecho civil tiene carácter supletorio pues, en la medida en que no se han establecido normas especiales se entiende que, volviendo a lo común, son de aplicación las normas de derecho civil.

Los civilistas no coinciden en cuanto a la definición de su disciplina. Así algunos, para hacerse cargo de la dificultad antes referida aluden, precisamente, al carácter residual del derecho civil, "si un tema determinado no es propio del derecho público, ni concurren a su respecto los caracteres propios de la relación jurídica mercantil, ni se trata de reglas de actuación en los procesos, ni de minas ni de relaciones de trabajo, no de materia de otra rama alguna, el tema es simplemente de derecho o sea *ius civile*, es decir de derecho civil."

Otra vía seguida para la definición del derecho civil consiste en una enumeración dogmática de su contenido actual. Así dice por ejemplo Salvat: "reglamenta la familia, las obligaciones y contratos, la propiedad y los demás derechos reales y el derecho de sucesión". Otros autores incluyen en esta enumeración del contenido la teoría general de las personas, de las cosas, y de los actos; el patrimonio y la prescripción, la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio, etc, pero en rigor, éstos últimos temas trascienden el campo del derecho civil y pertenecen a una teoría general del derecho, común a todas las ramas.

La circunstancia de que tradicionalmente estos temas generales se traten en la disciplina del derecho civil o se les legisle dentro del código de la materia, constituye una tradición respetable, pero no es científicamente decisiva, atento al carácter general de las instituciones aludidas.

Precisamente en esta confusión entre derecho civil y teoría general del derecho descansa otro intento de definición según el cual el derecho civil tendrá un manifiesto carácter supletorio. Una relación jurídica podrá ser comercial pero en cuanto a sus sujetos rige el derecho civil, que es el que se refiere a las personas en tanto que tales. Otra relación será penal (ejemplo, un robo) pero la determinación del carácter de la cosa del objeto del robo será dada por el derecho civil. Este intento de definición es el menos satisfactorio, porque descansa en la confusión apuntada y olvida que, sin perjuicio de su carácter supletorio, hay algunas materias específicamente difíciles por Ej. Las sucesiones o la familia.

Otra vía para definir el derecho civil es la que lo define como el derecho que considera al hombre en su carácter de tal, en sus relaciones de carácter simplemente humano. Aráuz Castex, adhiere a este criterio, explicando: Derecho civil alude al obrar del hombre de su casa, de su familia; al que nace, se cría, se casa, hipoteca,

hereda, entre otros, en suma, al hombre cuando se conduce simplemente como tal con relación a otros que se comportan en igual carácter, sin clasificación ni particularidad.

Esta definición de derecho civil parece admisible, en la medida en que con ella no se deja de lado el carácter residual tratada, sin que se le formule de manera mas comprensiva y coherente, haciendo alusión a la conducta misma en cuestión y no solamente a la rama de derecho desprendida.

La nota de residual, en efecto, nos parece ineliminable pues está determinada, como hemos visto, por la historia misma del derecho civil y este factor histórico-contingente es irreductible, dado el fundamento mismo de la distinción del derecho civil respecto de sus ramales, en otros términos con las frases: "relaciones de carácter humano" o "el hombre en su carácter de tal" no se caracteriza positivamente sino negativamente o sea residualmente las relaciones propias del derecho civil. Relaciones de carácter humano es decir, no comerciales, no laborales, no mineras, etc.

En resumen, podemos decir que el derecho civil, como rama de la ciencia jurídica propia de los países de tradición romanista, es la rama de dicha ciencia que se refiere a aquellas relaciones jurídicas sustanciales (por oposición a procesales) en que las personas actúan como sujetos de derecho privado, siempre que no medie ninguna de las razones dogmático valorativas que han originado, en la mayoría de los países la paulatina separación de las demás ramas de derecho privado.

En términos de eliminación, podría decirse que derecho civil es, actualmente, lo que ha quedado del derecho privado después de consumada la segregación de las otras ramas del mismo.

En otros términos, derecho civil, como rama o parte del derecho (no ya de la ciencia jurídica), podemos definirlo como el núcleo residual (después del conocido desprendimiento de las subramas) del derecho privado nacional sustancial; es decir, el conjunto de relaciones jurídicas de fondo, de derecho privado y sin calificación especial.<sup>40</sup>

Ahora bien recordemos la evolución que ha tenido la costumbre en nuestro Código civil a través de sus distintas etapas. Nuestro Código Civil en su artículo 17 constituyó el punto de referencia necesario al tratar el tema del valor de la costumbre en esta rama del derecho ya que dicha disposición legal trató de excluir, originariamente, ese valor, decía la anterior redacción del artículo 17, Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos.

Con razón se ha sostenido que la primera ley que la costumbre deroga es aquella que pretende impedir que la costumbre derogue o modifique las leyes. La realidad jurídica se venga así de la pretensión racionalista del legislador: tanto así que en esa realidad fue modificado el artículo 17 por la ley 17.711, de 1968, que introdujo como nuevo texto el siguiente:

Los usos y costumbre no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

Pero aún durante la vigencia del dogma legal que prohibía a la costumbre jugar un papel creador en materia civil, debe advertirse que como son numerosos los textos legales que se refieren a ella, su valor no era despreciable, pero como ya lo advertimos, en esta materia no es suficiente considerar el texto legal, sino que es necesario considerar la experiencia jurídica real para pronunciarse sobre el tema.

<sup>40</sup> Enrique R. Aftalión José Vilanova, *Ibidem*, Pág. 207

La realidad mostró que, si bien no fueron abundantes con exceso, no faltaron, por cierto, instituciones civiles que pese a la pretendida prohibición que pretendía el artículo 17 fueron y son reguladas por la costumbre.

Hoy que esa prohibición legal no existe, la costumbre seguirá naturalmente, rigiendo muchas instituciones, inclusive puede pensarse que así como no respetó la prohibición que imponía el artículo 17, tampoco se ha de respetar la limitación que el nuevo texto mantiene, al restringir su papel a los casos silenciados por las leyes (costumbre *praeter legem*).

## EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

La evolución que el pensamiento filosófico mundial ha ido experimentando en las última épocas, se plasmó en algunas de sus corrientes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, y pasaron a formar parte de un Código Civil, que las incorporó como las principales entonces, de orientación e ideología distintas a las pilares del Código civil de 84.

Una comisión integrada por los señores licenciados Francisco H. Ruiz, Ignacio García Téllez, y Rafael García Peña, elaboraron y presentaron el proyecto de Código Civil que fue publicado el 26 de mayo de 1928, después de haber sido objeto de una serie considerable de observaciones y por una cacaio legis por demás prolongada, inició su vigencia el primero de octubre de 1932. Reemplazó en toda la materia civil al Código Civil de 84 y a la Ley sobre Relaciones Familiares; como lo dispone su artículo primero, es aplicable en materia común en el Distrito Federal y en toda la República en materia Federal.

Las cuestiones que el Código Civil actual plantea, principian desde su mismísimo artículo primero señalado; pues lo dispuesto en dicho precepto invita a consideraciones y análisis especiales. Como veremos, la materia civil está reservada a la legislatura de cada entidad federativa. Por ello, si se pretende que éste ordenamiento no sea tildado de anticonstitucional, debe fundamentarse la existencia de un Código Civil con fuerza obligatoria en toda la República en el orden federal, sin contrariar disposición legal alguna.

En el caso del artículo 73 de la Constitución, dispositivo legal que enumera aquellas materias en las que el Congreso de la Unión puede legislar, atribuye a ésta dictar leyes, entre otras materias, sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, servicios de banca y crédito, comercio etc., sin alusión alguna a lo civil.

En esa condiciones, ¿como puede explicarse que el código civil sea el ordenamiento de la materia civil federal? No debe existir en principio, por disposición constitucional, mas materia civil que la local.

La aceptación del Código Civil para el Distrito Federal como un ordenamiento aplicable en toda la República en asuntos del orden federal, se funda en que este cuerpo legal tiene disposiciones que por su contenido, no obstante estar relacionadas con alguna figura comprendida en el Derecho Civil, su aplicación solo puede ser en toda la República por ser aquella de carácter federal.

Al respecto la comisión redactora aludió como motivos, que "El Código Civil rige en el Distrito Federal y en los Territorios Federales", pero sus disposiciones obligan a todos los habitantes de la República cuando se aplican como supletorias de las leyes federales, en los casos en que la federación forme parte y cuando expresamente lo manda la ley.

En esos casos las disposiciones del Código Civil no tienen carácter local; con toda propiedad puede decirse que están incorporadas, que forman parte de una ley federal y por lo mismo son obligatorias en toda la República. Además quedaría desvirtuado el propósito de uniformidad buscado por el legislador al declarar de competencia federal la materia respectiva, si se aplican como supletorias las diversas legislaciones civiles en los 28 Estados de la República.<sup>41</sup>

ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero Federal:

*“Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.*<sup>42</sup>

#### DESUSO, COSTUMBRE O PRACTICA EN CONTRARIO.

Si una figura jurídica prevista y regulada en la ley no se utiliza por los particulares, sea por su obsolescencia, por su exagerada complejidad o por cualquier otra razón, esa falta de utilización la hace caer en su desuso, no obstante, una situación así no la hace perder su fuerza obligatoria; la inaplicación que padeciere no sería argumento para no observar lo dispuesto por ella en un momento dado.

Un ejemplo de desuso son los esponsales, que conforme al artículo 139 del Código Civil (derogado), consistían en la promesa de matrimonio por escrito de un novio al otro y la aceptación de éste, cuya utilización es en casos tan contados, que los preceptos rectores de dicha figura estaban en un completo desuso.

<sup>41</sup> Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho Civil, séptima edición, editorial porúa, México 2000, pág. 701*

<sup>42</sup> Magistrado Licenciado Juan Luis González A. Carrancá, *Código Civil Para el Distrito Federal, Tribunal Superior de Justicia, México 2000, pág. 685*

Pues bien, a pesar de esa falta de positividad, ante la celebración de esponsales por una pareja, si uno de ellos incumpliera lo prometido, no podría argüir para justificar su incumplimiento la utilización tan marcadamente aislada de la ley a ese precepto.

Lo mismo podemos señalar a propósito de la costumbre; por más que se trate de una conducta reiterada, considerada inclusive como jurídicamente obligatoria por una colectividad.

Es costumbre bien arraigada y en ello se ve participar su concepto doctrinal, que en México las mujeres, como consecuencia de contraer matrimonio, supriman de su nombre el apellido materno y lo sustituyan por el paterno del marido, precedido de la partícula "de".

En efecto, tan implica una conducta colectiva reiterada y considerada jurídicamente obligatoria, que sólo por excepción una mujer casada continúa utilizando su nombre con su composición original. Mas aún, no ha faltado ocasión en la que el propio juez del Registro Civil le indica a la mujer contrayente de matrimonio que firme el acta correspondiente pero "ya con su nombre de casada". En los pasaportes expedidos por la Secretaría de Relaciones Exteriores se puede observar también el contenido de esta costumbre.

Pero en México, no tenemos la costumbre que existe en otros países de que la mujer casada, adopte durante su vida matrimonial el apellido del esposo, de tal manera que para evitar confusiones respecto de sus bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad adquiridos antes de casarse y los que adquiera durante el matrimonio, así como por lo que se refiere en general a los actos jurídicos que lleve acabo, se hace necesario distinguir en estos países entre el apellido de la mujer antes y después de su matrimonio.



Nosotros, simplemente por costumbre, que es en este caso fuente del derecho, agregamos al apellido de la mujer casada el de su marido, después de la partícula "de", por ejemplo, señora Martínez de Fernández, lo que evita cualquier confusión en el Registro Público de la Propiedad, en el Registro Civil y en todos los distintos actos y contratos que lleve a cabo.

En cambio, en los países en que la mujer casada adopta el nombre de su marido, sin conservar el propio y sin agregar la partícula "de", pueden presentarse serias confusiones al grado de que en un momento dado, por ejemplo, los bienes de una cuñada del mismo nombre, pueden aparecer como bienes de la esposa, dado que tanto ella como su cuñada, llevan el mismo nombre individual o nombre de pila y el mismo apellido, o sea, que la mujer casada suprimió el suyo y adoptó el de su marido, que es el mismo que el de su cuñada. Por eso el Código francés prohíbe a la mujer divorciada seguir usando el apellido del marido. En el mismo sentido en el Código Suizo, en el código civil alemán se hace una distinción; si la mujer no dio causa al divorcio puede conservar el apellido del marido, en cambio, si la mujer dio causa, su marido puede oponerse a que su ex esposa siga usando su apellido, pero si no hay oposición, podrá incluso la mujer culpable, seguir ostentándose como si fuera casada.

Entre nosotros, como no hay disposición expresa en el sentido antes indicado y como por otra parte la costumbre ha sido que la mujer casada no pierda su apellido y simplemente agregue al suyo el de su marido, es evidente que en el caso de divorcio, sea culpable o inocente, perderá todo derecho a seguir usando el apellido del ex esposo, pues ello denotaría que aún continuaba casada.

Pues bien, la costumbre apuntada contraría el texto de lo establecido por la fracción XII del artículo 62 de la Ley de Notariado para el Distrito Federal, según la cual, en relación con el nombre de los otorgantes en las escrituras, al expresar el de una mujer casada incluirá su apellido materno.

Así conforme a lo establecido en El artículo 10 del Código Civil, ninguna mujer casada podrá hacer valer para efectos del señalamiento de su nombre en un instrumento notarial, el que suprima ese apellido y lo cambie por el primero del marido como la costumbre lo ha generalizado.

Otro tanto podemos decir que a propósito de la práctica en contrario. En efecto, el hecho de que se reitere una determinada conducta, sea o no considerada obligatoria, como pueden ser las peregrinaciones periódicas que como actos religiosos en la vía pública y a la Basílica de Guadalupe realizan agrupaciones especialmente trabajadores, es contrario a lo dispuesto por el artículo 378 de la Ley Federal Del Trabajo, de tal modo que como consecuencia de ello, no porque las autoridades administrativas del Distrito Federal permitan razonablemente tales actos, podría llegarse al extremo de dejar sin efecto la vigencia del precepto indicado, por llegar a considerar a tales agrupaciones con derecho a efectuar los actos religiosos señalados.

## ABROGACIÓN Y DEROGACIÓN DE LA LEY

En relación con el mencionado artículo tenemos que el artículo 9° de nuestro Código Civil, se refiere a la abrogación y derogación de la ley. Lo único que priva de su fuerza obligatoria a una ley es la vigencia de otra ley posterior que así lo indique expresamente respecto de la primera, o bien aún cuando no haga mención expresa de ello, contenga disposiciones contrarias a las de su precedente.

Cuando la ley posterior priva totalmente de vigencia a la anterior, hace estar ante la abrogación, en tanto que si la privación de la vigencia es sólo parcial, permite observar la derogación.

El artículo 9° del Código Civil es el destinado a prever la abrogación y la derogación, tanto expresas como tácitas; establece que "la ley solo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior". Así pues, de conformidad con lo ordenado por el precepto transcrito, lo único abrogador o derogador de una ley, es la vigencia de otra posterior que priva de efectos a la anterior y como del propio precepto se desprende, esa privación de efectos puede indicarse expresamente por la ley que lo ordena, lo que suele contenerse en sus artículos transitorios, o bien, por el contrario, de no haber tal indicación expresa, la abolición de la ley anterior es consecuencia de la incompatibilidad habida entre lo previsto por la ley posterior y lo regulado por aquella. En el primer supuesto se está ante la abrogación o la derogación expresas y en el segundo ante las tácitas.

Ejemplo de abrogaciones o derogaciones expresas, son entre otros, los casos precisamente del Código Civil vigente, en cuyo artículo 9° transitorio establece la derogación de toda la legislación civil anterior; también tenemos, por cierto, en su artículo 4° transitorio abrogó expresamente al código de comercio de 1884 y a las leyes preexistentes relativas a las materias en él incluidas.

La abrogación o derogación tácitas en cambio, son poco frecuentes; una de las raras ocasiones en la que han tenido lugar, es la Constitución Política de 1917, pues en su texto no se menciona que por el inicio de su vigencia queda abolida la de 1857.

Ahora bien no obstante las manifestaciones constantes de la abrogación expresa y por el contrario, lo poco frecuente de la tácita, debe aceptarse como es, que cualquier función legislativa habrá de tener a lograr la actualización de las disposiciones legales de acuerdo con la experiencia habida a partir de la vigencia de la ley anterior, de tal forma que por lógica siempre habrá o deberá una considerable

diferencia y hasta incompatibilidad entre el contenido de aquella y la ley actual, porque el legislador pretende con su actividad llenar las lagunas dejadas por su antecesor, corregir sus errores y en definitiva mejorar la situación habida durante la vigencia de la ley a la que desplaza. Lo contrario, esto es, que la ley posterior se limitara simplemente a repetir el contenido de la anterior, haría totalmente ociosa e inútil la función legislativa, la cual carecería de justificación alguna en esas condiciones.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal se compone de 3074 artículos en su contenido dispositivo y dos artículos transitorios. Lo permanente está integrado por una primera parte de veintiún preceptos bajo el título de disposiciones preliminares. En éstas se regula lo relativo a la vigencia de la ley, a su aplicación, a su interpretación y en general en todo lo concerniente a la teoría de la ley, con señalamientos de la aplicación de ésta tanto en el tiempo como en el espacio y su prevalencia ante situaciones fácticas contrarias, como su ignorancia, la costumbre, el desuso y la práctica en contrario. Encontramos la clasificación de cuatro libros, siendo los artículos del 22 al 746 el libro primero, del 747 al 1180 el segundo libro, del 1281 al 1791 para el libro tercero y por último del 1792 al 3074 el libro cuarto.<sup>43</sup>

La norma jurídica nace, despliega su fuerza obligatoria en el tiempo y en el espacio, y finalmente se extingue. La extinción proviene por razón natural de la condición humana. Las necesidades constantemente mutables de la sociedad exigen incesantemente nuevas reglas que amparen las modalidades de la vida en progreso, al referirse a la extinción de las normas jurídicas, los autores diferencian la manera de extinguirse las normas consuetudinarias y las legales. Lo relativo a las primeras es bien sencillo: la costumbre se extingue por otra costumbre en contrario o bien por desuso, que es también una clase de costumbre.

43. *Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Ob.cit. Pág. 654*

La diferencia con la ley es manifiesta: la ley no se extingue por desuso ni costumbre en contrario, sino a impulsos de un poder de igual eficacia que la misma ley. Esto nos lleva a considerar las causas de su extinción.

## **CAPITULO CUARTO**

### **REGULACION DE LA COSTUMBRE EN LOS DIVERSOS SISTEMAS**

## CAPITULO CUARTO

### REGULACION DE LA COSTUMBRE EN LOS DIVERSOS SISTEMAS

#### 4.1 COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO ROMÁNICO Y ANGLOSAJÓN

Los dos grandes sistemas jurídicos universales.

Para tener un concepto universal del Derecho es indispensable, si no conocer a fondo porque ello sería humanamente imposible, sí cuando menos tener una idea general de los dos grandes sistemas jurídicos vigentes: el derecho de origen romano y el *common law* de nacimiento inglés. Predominan en el mundo estos dos grandes sistemas, salvo en las naciones musulmanas, esto es, Turquía, Noráfrica, Persia, Turquestán y Afganistán, que se rigen por las leyes de Islam y China, que sigue su derecho consuetudinario peculiar; aún cuando, según algunos tratadistas, el derecho musulmán no es sino una versión del derecho romano del Imperio de Oriente, adaptado a las necesidades y condiciones políticas de los pueblos árabes.

De manera que el derecho romano, que surgió de los pueblos árabes. De manera que el derecho romano, que surgió de la histórica ciudad de Roma, y el *common law*, del grupo de tribus teutónicas que se establecieron en Inglaterra, se han extendido y rigen actualmente en nueve décimas partes del mundo.

Bien se ha dicho que el derecho romano comienza con un código y termina con otro código. Entre la Ley de las Doce Tablas y el *Hábeas Juris Civilis* transcurrieron aproximadamente mil años, que marcan la trayectoria durante la cual nace, se desenvuelve y perfecciona la gran obra de los legisladores y jurisconsultos romanos.

El estudio del derecho romano lo dividen sus expositores en derecho antiguo y derecho nuevo, comprendiendo aquél la Ley de las Doce Tablas (450 A.C.) y el derecho civil primitivo formado por los usos y costumbres de la prehistórica ciudad de Roma, como fuente inicial; en seguida, las leyes y plebiscitos de la Asamblea Popular durante la República; en tercer lugar, los edictos de los pretores, quienes fundándose en la teoría del derecho natural y en *jus gentium*, que aplicaba a los extranjeros por no quedar éstos comprendidos dentro de la legislación romana, formaron un cuerpo de doctrina y jurisprudencia; en cuarto lugar, los senadoconsultos o decretos legislativos expedidos por el Senado durante las postrimerías de la República y principios del Imperio; quinto, los edictos, decretos y demás ordenamientos llamados constituciones de los emperadores, hasta el siglo III de nuestra era.

De manera que el derecho romano se estructuró, desde sus orígenes, esencialmente sobre la base de la obra del legislador, por una parte, y del jurisconsulto, por la otra, a diferencia de la formación del *common law*, en la que intervino y sigue interviniendo la labor de los jueces, y en una forma solidaria, la de los legisladores y jurisperitos.

Desde la época del emperador Augusto se inició la práctica de consultar la opinión de los más eminentes doctores en Derecho, como norma de los fallos pronunciados por los pretores y jueces. Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino.

Pero la codificación definitiva del derecho romano, como es de sobra conocido, la realizó Justiniano de un modo tan científico y perfecto que aun los juristas angloamericanos, tan orgullosos de su *common law*, reconocen que es el monumento jurídico más grandioso de todos los tiempos y la base del derecho civil en más de la mitad del mundo.



El Código Justiniano o *Hábeas Juris Civilis*, promulgado en los años 529 y 534 D.C., según es de recordarse, se formó en cuatro partes; *las Institutas*, inspirado en las *Institutas* de Gayo; *Digesto o Pandectas*, la labor de jurisconsultos romanos, la mitad de Ulpiano y Paulo; el *Codees*, o *Código* compuesto por doce libros en los que están los decretos y resoluciones de los emperadores,; *Novelas* leyes y resoluciones dictadas por Justiniano.

Solamente se subtrae a la influencia del derecho romano Inglaterra, a pesar de la dominación romana en las Islas Británicas, pero con la salvedad de que los tribunales eclesiásticos en ese país, que conocían y aplicaban el derecho romano, importaron algunos de sus principios, y que la institución jurídica del testamento no fue de origen anglosajón, sino esencialmente romano.

El sistema de derecho romano rige en general en todo el continente europeo, Escocia (la única parte de Inglaterra en donde penetró), en la mayor parte de Africa, las Indias Orientales, México, Centro y Sudamérica, la provincia de Québec el estado de Lousiana, zona del Canal de Panamá, Puerto Rico, las islas Hawai y Filipinas, territorios norteamericanos, únicos en los que el sistema de derecho romano ha sobrevivido, aun cuando el *common law* se estableció en todo el resto de los Estados Unidos. En cambio el sistema jurídico del *common law* prevalece en Inglaterra, en sus dominios, colonias y demás territorios sujetos a su soberanía, y en los Estados Unidos, con las excepciones antes anotadas.

Como ya se expresó con anterioridad, el *common law* no es obra del legislador ni del jurisconsulto principalmente; se originó en las costumbres de las tribus germanas que invadieron y poblaron las Islas Británicas, y su período de formación se divide en tres etapas. En la primera invasión de Inglaterra por estas tribus que vinieron del continente europeo, después de la caída del Imperio romano, durante los siglos V y VI, los anglosajones introdujeron sus costumbres y usos como germen del

sistema que iba a desenvolverse; en la segunda invasión de las islas, en el siglo IX, los pobladores de origen danés trajeron también sus propias costumbres y prácticas rudimentarias que se mezclaron con las de los anglosajones, y finalmente, en la tercera invasión consumada por los normandos en 1066, encabezados por Guillermo el Conquistador, duque de Normandía y primer rey romano de Inglaterra, los terceros y últimos pobladores de este país implantaron su propio sistema de naturaleza feudal mezclado con las costumbres de los francos, con algunos vestigios romanos, sistema que a partir de la conquista normanda siguió evolucionando históricamente, para ser después desarrollado en forma jurídica, permanente, por la labor de los jueces, a través de sus decisiones y sentencias, desde el siglo XII hasta el XIV.

En tal virtud, la jurisprudencia de los jueces ingleses basada en los usos y costumbres primitivos de los pobladores anglosajones, daneses y normandos, constituye el *corpus juris* de Inglaterra llamado *common law*.

Se fue operando una centralización de gobierno bajo el poder de Guillermo el Conquistador, y como una delegación de su autoridad suprema comenzaron a establecerse los primeros tribunales, los cuales, a su vez, al resolver las contiendas de orden jurídico que se les sometían principiaron a construir de las costumbres y reglas primitivas, la jurisprudencia de los jueces ingleses, que gradualmente se fue extendiendo en todo el reino, conjunto de normas jurídicas de aplicación general que dieron nacimiento al derecho anglosajón.

Durante el reino de Eduardo I, quien según ya se dijo antes es considerado como el Justiniano inglés, se le da por primera vez a este sistema de derecho general el nombre de *common law*, o derecho común, precisamente porque ha dejado de ser un cúmulo de costumbres y usos locales diversos, para constituirse en un régimen de ley común y suprema para toda la nación.

INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES  
Y ESTADÍSTICAS

El sistema del *common law* nació, pues, de esta manera, en las islas inglesas. Rige, actualmente, en el Imperio británico, en los Estados Unidos de Norteamérica y, en general, en todos los territorios sujetos a sus respectivas soberanías: Inglaterra, Irlanda, Gales (en Escocia persiste el sistema de origen romano, según ya se expresó), Canadá (excepto Québec, que se rige aún por el derecho de origen francés), Terranova, Australia, Nueva Zelandia, India (excepto Ceilán, donde impera el derecho de tipo romano), Gibraltar, Estados Unidos de América (excepto el estado de Lousiana, Puerto Rico, zona del Canal de Panamá, Hawai y Filipinas, en los que prevalece el sistema de origen romano).

Durante el período anglosajón en Inglaterra, que abarca seis siglos (449-1066), se advierte que el sistema se encuentra apenas en estado de nebulosa; a pesar de que ya en esa época el derecho romano estaba totalmente consumado por la obra de Justiniano, en Inglaterra aún se desconocía ese sistema y el derecho en este país era esencialmente arcaico y primitivo.

En la época anglosajona de Inglaterra no existía propiamente ni un órgano legislativo ni menos un sistema constituido de tribunales judiciales.

Los asuntos militares, fiscales y judiciales los administraba el rey en sus audiencias con el "Consejo de Sabios", y sólo funcionaban ya los tribunales consuetudinarios de origen prehistórico: los *county courts*, integrados por hombres libres de cada condado o *shire*, división territorial de Inglaterra, y los *hundred courts* que eran asambleas similares pero en localidades de extensión más reducida.

Estos tribunales no dependían de la Corona, sino que eran tribunales comunales o populares, y al principio estaban completamente separados de la autoridad del rey y de su Consejo.

En este periodo primitivo del derecho anglosajón, y no obstante que ya el derecho romano había alcanzado su pleno desarrollo y creado sus grandes instituciones jurídicas, las tribus anglosajonas de Inglaterra desconocían las formas elementales del procedimiento y aplicaban como único medio de administrar justicia los llamados juicios de Dios, que eran de tres categorías:

El *trial by oath*, afirmaban mediante juramento los hechos alegados por aquel a quien venían a apoyar. El *trial by ordeal*, o juicio de ordalía, para juzgar a los que cometían delitos juicio de Dios, la prueba de agua y del fuego. El *trial by battle*, o sea el juicio de un duelo, por medio de las armas.

Esta época, que apenas si revela los albores del derecho anglosajón, sirve únicamente de interés histórico, porque, según es de verse, no demuestra ninguna organización racional ni nada que semeje siquiera un sistema elemental de derecho.

## LAS CUATRO INSTITUCIONES ORGANICAS DEL DERECHO INGLES

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 la Paz del Rey.

Por esta misma época, otro tratadista clásico del *common law*, Bracton, escribió entre los años de 1250 y 1258 el segundo gran tratado sobre derecho inglés, precisamente al finalizar el periodo de las trascendentales reformas jurídicas que brevemente se han señalado. Su obra, intitulada. *De Legibus et Consuetudinibus Anglice*, o sea, un estudio de las leyes y costumbres jurídicas de Inglaterra, así como

la forma de exponer y desarrollar la materia, se inspiraron en los trabajos del glosador civilista Azo, de la ciudad de Bolonia, y en ella Bracton resumió el vigoroso desarrollo del *common law* que se acababa de consumir; hizo por primer vez una exposición científica y ordenaba el derecho inglés y lo transmitió a las generaciones de jurisconsultos anglosajones posteriores.

Si bien Bracton se inspiró absolutamente en la obra del civilista italiano citado para la forma de su obra, sin embargo, el contenido del libro no es de derecho romano sino estrictamente de *common law*, laboriosamente recopilado de las actuaciones y sentencias de la primita Corte Central del Rey.

Bracton acudió a los archivos y registros en donde se guardaban las constancias de todos los asuntos judiciales resueltos hasta esa época por la Corte Real, e hizo el estudio de unas quinientas decisiones y sentencias, que citó en su tratado como origen y fundamento de los principios jurídicos del derecho inglés que expuso en su obra, la cual no sólo constituye la exposición más autorizada del *common law* hasta la época en que apareció este tratado, sino que es uno de los antecedentes históricos de su cristalización y desarrollo.

Además, el hecho de que Bracton haya expuesto el derecho inglés, basándolo en las quinientas ejecutorias de la Corte Real citadas por él, en lugar de apoyar los principios enunciados en opiniones de otros escritores o de fuentes diversas, sentó el precedente que caracteriza a este derecho y lo distingue de los otros sistemas existentes en el mundo, y que consiste en que la fuente y validez del *common law* radica principalmente en las decisiones de los jueces, quienes al resolver las cuestiones jurídicas planteadas por las partes, fijan los principios normativos del derecho, doctrina que se basa en la fuerza jurídica de los preceptos judiciales.

## LA LEY ESCRITA

Entre los textos de la ley escrita de los Estados Unidos, figuran en primer lugar las constituciones. Es cierto que las leyes fundamentales como el derecho en general, pueden ser no escritas o consuetudinarias y escritas, como la Constitución inglesa, que es de la primera clase, y la mexicana, que es de la segunda.

## LAS LEYES FEDERALES

Siguen en orden de jerarquía las leyes secundarias. Porque éstas no se promulgan por el voto directo del pueblo, como ocurre con las constituciones en los países democráticos como los Estados Unidos, sino que son hechas por el órgano representativo del pueblo –la legislatura-, por virtud de la autoridad que en él ésta delegada., Ciertamente que tanto la constitución como la ley secundaria son producto de la facultad legislativa que ejerce el pueblo soberano; pero con la diferencia de que para promulgar la primera, el pueblo obra directamente en los comisiones, en tanto que para dictar la segunda, actúa a través de sus representantes, electos por él como legisladores ordinarios.

## EI DERECHO CONSUETUDINARIO ELABORADO POR LOS JUECES

Como ya se ha indicado, si en los regímenes que arrancan del sistema romano el legislador es el creador del derecho, la ley escrita la fuente principal de las normas jurídicas y los textos legales son esencialmente la legislación codificada en donde están promulgados los preceptos vigentes, por el contrario, en el sistema angloamericano del *common law* el juez es, principalmente, el autor 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.

Así pues, en los países de legislación romana, usualmente el derecho está en los códigos y leyes emanadas del poder legislativo, secundariamente en las obras de los jurisconsultos y finalmente en la jurisprudencia. En las naciones cuya organización jurídica se basa en el *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 aunque jerárquicamente superior nada significa en la práctica sino hasta la jurisprudencia define su sentido jurídico y la desenvuelve.

La Doctrina formada por las opiniones de los tratadistas propiamente no existe, pues la labor de los escritores de derecho se limita a la mera exposición, en forma ordenada y científica, de los principios jurídicos sustentados por las sentencias o decisiones dadas por la autoridad judicial. De lo cual se colige que dentro de este sistema de organización social, el derecho consuetudinario, hechura del juez, sigue siendo más importante que el derecho escrito, producto del legislador, y que los libros en los que se publican las decisiones y sentencias de los tribunales son la fuente principal de toda la literatura jurídica.

En los Estados Unidos, los libros principales en los que está publicada la llamada ley no escrita, o sea el derecho elaborado por el juez, son: repertorios de las decisiones de los tribunales, digestos, libros de citas, diccionarios, tratados de derecho y enciclopedias.

## REPERTORIOS DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

Los libros más usuales de derecho son, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, los llamados *reports of decisions* –término técnico de la práctica forense angloamericana equivalente, aunque no igual, al de “repertorios” de

decisiones"-, en los que se publican, en forma impresa correcta y ordenada, las sentencias de los tribunales judiciales. Son pues, estos repertorios de decisiones los más útiles y valiosos entre los libros de derecho consuetudinario, obras auxiliares de consulta, que sirven de guía para encontrar y entender con precisión los precedentes judiciales publicados en los "repertorios", que contienen las normas jurídicas elaboradas por los tribunales y aplicadas por éstos a los casos concretos que les someten las partes para su resolución.

Conforme a las teorías del sistema anglosajón de derecho que se llama *common law*, y en la jurisprudencia de aquellos países que se rigen por él, lo mismo que en los sistemas jurídicos de las demás naciones, toda sentencia judicial reviste dos aspectos, particularmente por lo que respecta a la pronunciada por los tribunales de última instancia, que causa ejecutoria y no está sujeta a revisión, modificación o revocación posteriores.

El primer aspecto es el efecto del fallo por cuanto a las partes litigantes. Por virtud de la sentencia, las cuestiones controvertidas quedan definitivamente resueltas con respecto a las partes en litigio, y las materias objeto del pleito nunca más pueden ser discutidas entre ellas en la vía judicial; porque a diferencia de la ley, que es de observancia general, los efectos de la sentencia se limitan al caso concreto que la ha motivado. Tal es la regla universal de derecho de la *res judicata*, o cosa juzgada.

El segundo aspecto es el efecto general del fallo en relación con otras personas que no son partes en el juicio.

La función de los tribunales es, en esencia, aplicar la ley a los casos concretos que se presenten, y no crearla; pero como el derecho positivo no siempre es claro, el juez a veces tampoco está en aptitud de aplicar el texto expreso de la ley para



resolver las cuestiones particulares que se le planteen, y debe hacer labor de interpretación para fijar y definir el sentido de las normas legales positivas.

En este aspecto, la obra del poder judicial se asemeja a la del poder legislativo, sobre todo en los países de derecho consuetudinario anglosajón en donde el sentido de la ley formal debe ser establecido invariablemente por la jurisprudencia de los tribunales: la decisión del juzgador se convierte en precedente obligatorio para el propio tribunal que la dicta, así como para todos los demás cuando resuelvan casos iguales o semejantes.

En tal virtud, según la doctrina angloamericana de derecho, toda decisión judicial que ostensiblemente se haya pronunciado con arreglo a la ley, constituye un testimonio "imperativo" o simplemente "persuasivo" de lo que es y debe ser el derecho. Esta regla jurídica de la jurisprudencia anglosajona que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares o análogos, se denomina, en la terminología jurídica del derecho anglosajón, doctrina de *Stare decisis* (acatar las decisiones).

Un viejo tratadista de derecho anglosajón describe la teoría de *stare decisis*, o fuerza obligatoria del precedente judicial, dentro del sistema del *common law*, en estos términos: "Es máxima general la de que una vez resuelta una cuestión por una sentencia, se establece un precedente que no puede variar después". La regla, según está definida, manda que se acaten los precedentes anteriormente establecidos –*stare decisis*–, cuando se susciten en un litigio iguales cuestiones, tanto para mantener la balanza de la justicia equilibrada y fija, de modo que no esté expuesta a oscilación con cada nuevo juicio de un juzgador, como porqué una vez declarado y definido solemnemente el derecho en el caso concreto, lo que antes era incierto y quizá indiferente se convierte actualmente en una norma que no está en el arbitrio de un juez, el desdeñarla o modificarla según sus concepciones personales;

puesto que el juez protesta sentenciar no según su criterio particular, sino con arreglo a las leyes y costumbres vigentes en la nación, y porque tampoco se le instituye para que dicte una nueva ley, sino para que sostenga y exponga la ya existente: *Jus dicere et non jus dare* (declarar el derecho y no crearlo)".

Sobre esta teoría fundamental se apoya todo el sistema angloamericano de derecho, que se denomina *common law* o derecho común precisamente porque está constituido, en su esencia y en su forma, por el conjunto de normas jurídicas que, al definir la interpretación de la ley expresa o llenar los vacíos del derecho positivo con los principios generales que resuelvan el caso controvertido, establecen los tribunales en sus sentencias, que se convierten en los precedentes obligatorios conforme a los cuales deben resolverse nuevas controversias formadas por elementos iguales a los de las ya falladas.

Así que la obligatoriedad del precedente que pretende basarse en que una vez declarado el derecho en un caso concreto, debe ser acatado en lo futuro por los jueces, porque estos deben "declarar el derecho y no crearlo", conduce precisamente a la elaboración de la ley por el juzgador, y no a su simple aplicación; ya que quien crea el precedente en donde se declara el derecho es otro juez, y la norma obligatoria fijada por éste adquiere fuerza de ley para lo sucesivo.

De este modo, la jurisprudencia formada por las decisiones de los tribunales en Inglaterra y los Estados Unidos está, pues, revestida de la misma fuerza incontrastable que la ley, y la labor del juez llega a la cúspide del legislador. El derecho angloamericano es, por consiguiente, como acertadamente lo califican esos mismos países, un *judge made law*; una ley hecha por el juez.

En tal virtud, las decisiones de los tribunales de la Federación y las de los jueces locales se publican en los *Reports* o repertorios oficiales que editan el gobierno federal y los gobiernos de cada estado, respectivamente.

Cada uno de los volúmenes de que se componen estos repertorios federales y estatales, según antes se indicó, es un libro perfectamente impreso y empastado que contiene las sentencias de un tribunal o de varios tribunales dictadas en diversos casos o juicios, con todos los demás datos sacados de los expedientes judiciales, que son necesarios para hacer inteligibles los términos de las sentencias, y listas de las ejecutorias e índices que facilitan la consulta de la obra.

Los repertorios de jurisprudencia, como las publicaciones de las leyes, son de dos clase: oficiales y particulares. De modo que los repertorios oficiales son publicaciones de los fallos o decisiones judiciales hechas por el gobierno a que correspondan los tribunales que las dictan.

Los repertorios particulares son publicaciones de las decisiones de los jueces editadas por individuos o empresas particulares. Puesto que los textos de las ejecutorias, en los Estados Unidos, obran en los archivos y registros públicos, a los que toda persona tiene acceso, cualquiera puede obtener el registro copia de las sentencias que se hayan pronunciado y publicarlas por su cuenta, libremente, siempre que se respete la autoridad del tribunal que las dictó y los derechos privados de las personas.

## FUERZA DE LOS PRECEDENTES

De suerte que el juez, en este sistema de derecho, debe consultar ante todo los usos y costumbres del promedio de las gentes cuyos actos jurídicos examina y resuelve, para de estos antecedentes fundamentales deducir las normas positivas, que después fijan los precedentes judiciales que sucesivamente se vayan estableciendo. En este proceso estriba la admirable adaptabilidad y latitud elástica del derecho anglosajón denominado *common law*, derecho que es precisamente la

conciencia jurídica general de la comunidad en la cual opera, interpretada por la autoridad judicial constituida precisamente para desempeñar esta función se enfrenta los jueces al dilema de aplicar los precedentes establecidos, que resultan anticuados o contrarios al pensamiento prevaleciente de la época, o introducir los nuevos principios que nacen con los tiempos modernos. ¿Cómo resuelven los tribunales angloamericanos este problema?. Cuestión es ésta en la que jueces y abogados de Inglaterra y los Estados Unidos no pueden ponerse de acuerdo.

Dos teorías opuestas existen al respecto. Conforme a la primera, la jurisprudencia o los precedentes establecidos deben prevalecer, por virtud de la regla fundamental de *stare decisis*, ya indicada. De acuerdo con la segunda, como los tribunales no deben ser instrumentos conscientes de injusticias reconocidas, su obligación es aplicar los principios por encima de los precedentes, a menos de que haya un precepto imperativo de ley expresa que los constriña a proceder en diverso sentido. Es tal la desorientación que existe entre los jueces anglosajones en esta materia, que frecuentemente el mismo tribunal sigue a veces una teoría y otras que contraria, según las circunstancias de cada caso.

Los dos grandes sistemas de derecho que rigen en el mundo el de la fuente romana y el de origen inglés, como toda obra de los seres humanos, tienen sus virtudes y sus deficiencias. El sistema romano, que prevalece en todos los países menos en los de régimen y civilización inglesa, es una maravilla de construcción científica no igualada por ningún otro, en el que las normas jurídicas se elaboran y se ordenan con matemática precisión, por los más eminentes y eruditos jurisconsultos; se promulgan y publican a través de la legislación codificada, y se aplican por los jueces conforme al texto claro y preciso de la ley.

Como este sistema de derecho se funda capitalmente la legislación escrita, tanto para su creación, como para su aplicación, se cambia o modifica fácil y rápidamente de momento a momento, por el legislador, y siempre puede estar a tono y en consonancia con el pensamiento social,

económico y político de la época, sin embargo, precisamente porque se basa en la ley escrita y por la legislación y la doctrina son los complementos más importantes de su organización y funcionamiento, adolece del grave defecto de que se descuida en él la formación de una jurisprudencia, producto de la experiencia del juzgador en la vida jurídica, real y práctica, que consolide los principios y de fijeza a la ley, en su interpretación y alcance.

Pero para que pueda establecerse una jurisprudencia sólida y obligatoria, cuyas normas, formuladas por los tribunales en sus diarias tareas, complementen la obra del legislador y enriquezcan el derecho con éste caudal jurídico, se requiere un sistema tan completo y bien organizado de publicidad, exposición y valoración de los precedentes, como el que existe en los países de derecho consuetudinario.<sup>44</sup>

Dentro de la evolución de la cultura jurídica de Occidente hay que hacer un lugar aparte a Inglaterra y a los Estados Unidos. Cuando se produjo en los países del continente el movimiento codificador, que significó la transmutación del derecho civil consuetudinario en derecho legislado, Inglaterra no se dejó arrastrar.

El derecho inglés ha permanecido consuetudinario, o mejor dicho, uso judicial (case law), consignado en las numerosas colecciones de sentencias (law reports). Este derecho consuetudinario, creación de la judicatura, constituye aún la mayor parte del derecho inglés. El derecho legislado (statute law), se dicta para subsanar las deficiencias que pueda presentar el derecho consuetudinario en puntos determinados.<sup>45</sup>

**44. Oscar Rabasa, *El Derecho Angloamericano, Segunda edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1982, pág. 668***

**45. Julio Gotheil, *common law y civil law, Buenos Aires, segunda edición, 1960.***

## COMMON LAW Y SISTEMA CONTINENTAL ROMANISTA.

El fenómeno con el que hemos entrado en contacto con la jurisprudencia, a saber, la forma habitual o uniforme de pronunciarse los tribunales, el sentido concordante de los fallos, es, indiscutiblemente, un fenómeno universal. No obstante ello, éste fenómeno único ha sido visualizado o interpretado en dos formas muy diversas y estas dos formas de interpretación han gravitado luego sobre los mismos datos, perfilando dos sistemas jurídicos distintos: el anglosajón o del common law y el continental.

- a) Common law. En Inglaterra el fenómeno referido se implanta directamente sobre la costumbre general y se lo interpreta como manifestación de la obligatoriedad del precedente. Así Blackstone célebre jurista inglés del siglo XVIII deriva del fundamento de la obligatoriedad del precedente, de la costumbre en que se inspira y de la cual constituye la prueba mas conspicua. Pero este fundamento consuetudinario se hace con el curso del tiempo más y más remoto hasta que, sobre la base del axioma de que el derecho es creado por los jueces, la obligatoriedad del precedente se convierte en la norma fundamental misma del common law , de aquí el peculiar carácter historicista del pensamiento jurídico típico del common law, tal como aparece en la época clásica.

El sistema, que inicialmente exalta la personalidad del juez y la creación judicial, cuando los precedentes sobre las diversas materias se van acumulando, aplasta, por el contrario, al juzgador, cuya libertad y facultad de creación desaparece bajo el peso tremendo de los precedentes. Ya en el siglo XVI, la creación de la Court of Chancery y la consiguiente división de los tribunales ingleses en los clásicos del common law y los de la equity, facultados para reformar o adicionar pretorianamente al common law , parece

ser una reacción contra la extrema fijeza e inflexibilidad del sistema de precedentes. Pero ello es insuficiente y aparecen como medios de renovación; primero, la sanción de normas legislativas, preferentemente en aquellas materias que por su acelerada transformación requieren urgentemente normas desligadas del pasado remoto; segundo, la actividad creadora de los mismos tribunales, que olvidando ciertos precedentes, distinguiendo sutilmente entre el precedente y el caso sometido decisión; proceden a la modificación paulatina e insensible del sistema, tercero; en fin, levantando la tesis de que debe abolirse o acentuarse la doctrina del precedente obligatorio que, como ya hemos visto ,aunque constituye la que da una idea más acabada del sistema, no se confunde totalmente con él. Tal es, en líneas muy generales, el denominado common law o sistema anglosajón.

#### b) Sistema Continental romanista

Aún después de la caída del imperio romano, en las recopilaciones escritas del derecho romano hechas por Justiniano, siguió viéndose en el continente la expresión máxima del derecho, más adelante en España, las Leyes de Partida y las grandes recopilaciones siguieron ofreciendo en textos fijos las normas generales que habrían de regir, por decisión real, la vida común de los hombres.

Con la sanción del código de Napoleón, y la codificación universal que sucedió a la Revolución Francesa, se reforzó una actitud mental y, a largo tiempo arraigada en el jurista continental; el derecho está en la ley, el juez se limita a aplicar la ley al caso concreto, a subsumir a éste en aquella.

Sin embargo, también en el derecho continental se da el fenómeno de que hemos visto a la jurisprudencia, surge una forma habitual o uniforme de

pronunciarse los tribunales, con la peculiaridad de que estos pronunciamientos uniformes no son una mera repetición del texto legal sino que dentro del género que el texto legal perfila precisan, por su parte, especies a las que otorgan un sentido jurídico determinado. Los juristas continentales, aferrados a su dogma de que el derecho es equivalente a la ley, no pensaron como los insulares que la jurisprudencia era el único fenómeno jurídicamente decisivo y, por lo tanto, no interpretaron el fenómeno referido como denotando la obligatoriedad jurídica del precedente sino como un puro hecho al que acudirían los jueces por comodidad, hábito, rutina, etc.

Sin embargo, aunque el sistema continental en el sistema continental en el campo doctrinario se suele rechazar ampulosamente la afirmación de que el juez hace el derecho y también la teoría del precedente obligatorio, lo cierto es que, en la práctica, la tendencia a acudir a la autoridad de los precedentes es cada vez mayor, aunque no se trata del precedente aislado sino de una sucesión de precedentes.

De este modo por atenuación de la doctrina de la obligatoriedad del precedente en el sistema anglosajón, y por el fenómeno inverso del prestigio creciente de los precedentes judiciales en el sistema romanista, tienden a borrarse las diferencias aparentemente tajantes entre ambos sistemas, señalando lo que, indudablemente, tienen en común.<sup>46</sup>

46. Enrique R. Aftalión José Vilanova, *Ibidem*. Pág. 247



## 4.2 CUANDO EXISTEN CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La justificación a la que hacemos referencia, es aquella en la que probaremos los actos y los hechos que dan lugar a la costumbre y que la propia ley le da el carácter de obligatoria. Dentro de nuestro derecho civil encontramos distintas normas jurídicas propiamente en el Código Civil para el Distrito Federal, las cuales nos llevan a justificar a la costumbre como una fuente del derecho en su aspecto formal y material, es así que a continuación mencionaremos los artículos en los cuales tiene aplicación de una manera singular:

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 tallar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que haría el dueño, acomodándose en el modo, posición o épocas a las leyes especiales o a *las costumbres del lugar*.

Libro Segundo

De los Bienes

Título Quinto

**Del usufructo, del uso y de la habitación**

**Capítulo II**

**De los derechos del usufructuario**

Artículo 999. El usufructuario podrá utilizar los viveros, sin perjuicio de su conservación 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 aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de le expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

**Libro Cuarto**

**De las Obligaciones**

**Primera Parte**

**De las Obligaciones en general**

**Título primero**

**Fuentes de las Obligaciones**

**Capítulo I**

**Contratos**

**Interpretación**

Artículo 1856. El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.

**Libro Cuarto**

**De las Obligaciones**

**Segunda Parte**

**De las diversas especies de contratos**

**Título Primero**

**De los contratos preparatorios**

**La Promesa**

**Capítulo V**

**Del arrendamiento de fincas rústicas**

Artículo 2457. El permiso a que se refiere el artículo que precede, no será obligatorio sino en el periodo y por el tiempo rigurosamente indispensable, conforme a las costumbres locales, salvo convenio en contrario.

Libro Cuarto  
De las Obligaciones  
Segunda Parte  
De las diversas especies de contratos  
Título Primero  
De los contratos preparatorios  
La Promesa  
Capítulo IX  
Del modo de terminar el arrendamiento

Artículo 2496. En los casos de expropiación y de ejecución judicial, se observará lo dispuesto en los artículos 2456, 2457 y 2458.

Libro Cuarto  
De las Obligaciones  
Segunda Parte  
De las diversas especies de contratos  
Título Décimo  
Del contrato de prestación de servicios  
Capítulo I

Del servicio doméstico, del servicio por jornal, del servicio a precio alzado en lo que el operario sólo pone su trabajo y del contrato de aprendizaje.

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 arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.

Libro Cuarto  
De las Obligaciones  
Segunda Parte  
De las diversas especies de contratos  
Título Décimo  
Del contrato de prestación de servicios  
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 empresario y el dueño, serán resueltas teniendo en cuenta la naturaleza de la obra, el precio de ella y la costumbre del lugar; oyéndose el dictamen de peritos.

Libro Cuarto  
De las Obligaciones  
Segunda Parte  
De las diversas especies de contratos  
Título Décimo  
Del contrato de prestación de servicios  
Capítulo IV  
De los portadores y alquiladores

Artículo 2661. A falta de convenio expreso, se observará la costumbre del lugar, ya sobre el importe del precio o de los gastos, o ya sobre el tiempo en que haya de hacerse el pago.

Libro Cuarto  
De las Obligaciones  
Segunda Parte  
De las diversas especies de contratos  
Título Décimo Primero  
De las Asociaciones 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 fin 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 el aparcerero nunca podrá corresponderle por sólo su trabajo menos del 40% de la cosecha.

Libro Cuarto  
De las Obligaciones  
Segunda Parte  
De las diversas especies de contratos  
Título Décimo Primero  
De las Asociaciones y de las Sociedades  
Capítulo VII  
De la aparcería rural

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, salvo las siguientes disposiciones.

Libro Cuarto  
De las Obligaciones  
Segunda Parte  
De las diversas especies de contratos  
Título Octavo  
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.

En dichos preceptos, la costumbre tiene fuerza obligatoria, no en sí misma, sino por reconocimiento de la ley. Es causa de justificación la Costumbre en estos preceptos, ya que sin ésta, las normas jurídicas tendrían que llevar a cabo otro procedimiento legislativo de reformas, y de ahí su importancia porque tendrían que regularse conforme a los usos y costumbres del lugar.

Cabe destacar, que la costumbre del lugar encierra en cierta forma, a los tan mencionados usos y prácticas, si nos damos cuenta, es la misma sociedad la que crea estas formas de actuar y que al convertirse en hechos, se crea la costumbre, la cual la ley los retoma para subsanar las lagunas que tiene, de esta manera se da una causa de justificación para elevar a la costumbre a Ley, puesto que la misma le da el carácter de obligatoriedad, para aplicarla a los casos concretos y aquélla contendrá siempre el carácter coercitivo.

### 4.3 LA COSTUMBRE SUPLETORIA DE LA LEY.

Hemos llegado al punto de concebir a la costumbre como fuente supletoria de la ley, esto es a través del estudio realizado y analizado, tenemos ahora mucho más claro, que la Costumbre, concepto definido en el primer capítulo, es aquella que contiene elementos entre los cuales destacan los usos, las prácticas o hábitos; la importancia de esta definición es hacer ver la distinción que existe entre estos términos, concepción definida en el Capítulo Primero, apartado (1.2), con la firme convicción de establecer a una "Costumbre Jurídica", que a través de los usos, como un elemento de hecho nos lleva a la práctica de situaciones por las cuales resultará una costumbre con un elemento denominado coercitivo, aquél que origina la obligatoriedad de la misma y que le da la forma jurídica para su aplicación. O sea que los usos y práctica a través de su continuidad crean a la Costumbre, término al cual me referiré a lo largo de este apartado.

A esta concepción, el Derecho la toma como su principal fuente, y estando consciente de ello, vemos como esta fuente ha regido a los dos grandes sistemas de Derecho, propiamente dicho el "Common Law" y el "Derecho Romano", primeramente me refiero a Roma, en este sistema se observa que la costumbre era considerada "Ley", posteriormente con el paso del tiempo se convirtió en un Derecho escrito, pero con el antecedente de las costumbres que rigieron a esa sociedad.

Así pues, se fue convirtiendo en una de las fuentes mas importantes del derecho, ya que de esto se deriva el "Corpus iuris civilis", creado por Justiniano, en su recopilación de leyes.

Posteriormente con la Jurisprudencia, encontramos el Derecho Consuetudinario, que era nada menos que las resoluciones dictadas por los magistrados (pretore) aquí ya



se percibe el procedimiento consuetudinario, el cual era llevado a cabo por los tribunales de esa época.

En la comparación que hago del sistema denominado Common Law, (Derecho Consuetudinario), se define como el origen del mencionado derecho, claro está dentro de su jurisdicción, esto es, en los primeros pueblos que habitaron Inglaterra y que se rigieron también por sus costumbres; comprendido esto, tenemos que, las sentencias de los jueces se consideran Ley y que con el transcurso del tiempo se les denominan a éstas "precedentes", porque cuando una sentencia causa ejecutoria no existe revocación ni mandamiento alguno que pueda desatender esas disposiciones emanadas de los Tribunales.

Por lo tanto tenemos que el Juez, no crea el derecho, sino solo lo aplica para este sistema, esto, porque existen los precedentes necesarios para resolver los negocios jurídicos entre los particulares. De esta manera es creado el Derecho Consuetudinario, un punto muy importante que hay que resaltar es aquél que en este sistema, por el contrario, la ley es aplicada con el carácter de supletoria para las lagunas que el Derecho Consuetudinario contenga.

Pasando ahora a las otras Fuente Formales, tales como La Doctrina, Los Principios Generales del Derecho y la Jurisprudencia, a través de la presente investigación llegamos a la conclusión de determinar a la Doctrina y según diversos autores como una Fuente Formal y en mi opinión ésta no tiene ningún carácter de obligatoriedad y por lo tanto carece de valor jurídico, ya que los juristas no son autoridad para elaborar derecho, solo es un valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, pero cabe mencionar la siguiente pregunta, ¿Cómo se forma la Doctrina?, si bien resuelvo, ésta es creada a través de la historia, de observar a los individuos en sociedad, entonces entendemos que la Doctrina al contar con estos elementos, se forma por el estudio que se hace a la sociedad y en

particular a las conductas de los individuos que conforman la sociedad. Por lo tanto estamos en el supuesto de que la Doctrina se basa en las observancia de las costumbres y así reunir un conjunto de conocimientos que su estudio hará valer con carácter intelectual.

En tanto que los Principios Generales del Derecho, se dice que son ideas o creencias del pensamiento jurídico de un pueblo, en tanto que el Semanario Judicial de la Federación, los define como principios consignados en nuestras leyes, ya sea que se hallan expedido después de promulgada la Constitución Federal o las anteriores a ésta, en lo concerniente a estos principios se consagran en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14° y relacionado con el Código Civil para el Distrito Federal, Disposiciones preliminares Artículo 19° que dicen que serán aplicados a falta de ley, pero ahora la pregunta es:

¿Cómo nacen los Principios Generales del Derecho?, comprendidos los razonamientos anteriores llegamos a la conclusión que, si son creencias, ideas o principios plasmados en nuestras leyes, entonces deducimos que para llegar a esos principios se necesita de un proceso de valoración de conductas costumbristas, tales principios, así defino a los Principios Generales del Derecho, que son creados también por precedentes originariamente de la costumbre.

Toca el turno a la Jurisprudencia, ésta desde un punto de vista personal, es de Derecho Consuetudinario, ya que son resoluciones dictadas por los Tribunales con la fuerza de una ley.

Leyes que no tienen un procedimiento legislativo, porque los Magistrados no son legisladores, pero sin embargo, así se da esta fuente del Derecho, por ello la defino como el procedimiento consuetudinario para la elaboración de normas jurídicas, con flexibilidad en cuanto que, si hay una resolución

en contrario, simplemente deja de tener vigencia la última para dar paso a una nueva, pero además quedará como un precedente para los principios Generales del Derecho. Por lo anteriormente expuesto observamos claramente que la costumbre es supletoria de la ley ya sea por cualquiera de sus fuentes según el análisis expuesto.

Pero en el Derecho Positivo Mexicano, ¿la costumbre es supletoria de la ley? Desde mi punto de vista si lo es; propiamente me enfoco a la legislación civil, particularmente al Código Civil para el Distrito Federal, en donde en las disposiciones preliminares establece en su artículo 10° lo siguiente:

“Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o practica en contrario”; y así lo es, pero, este precepto no hace referencia a la costumbre como fuente supletoria, sin embargo retomando el análisis anterior el artículo 19° del mismo código y en relación con el artículo 14° constitucional, jurídicamente serán fuente supletoria los Principios Generales del Derecho, respecto a esto, ellos derivan de la “costumbre”; entonces estaremos hablando de unos principios basados en la costumbre.

Es por ello que después de un análisis exhaustivo en el capítulo respectivo, (apartado 4.2), resulta que dicha ley se refiere a la costumbre dándole el carácter de supletoria y de obligatoriedad, aunque esto no lo estipula en dichos preceptos.

Finalmente concluyendo la presente investigación, se propone reglamentar a la “costumbre”, dentro del marco legal de nuestra legislación civil, teniendo en cuenta que también es aplicable a toda la República en materia de Fuero Federal; luego entonces, la propuesta es reglamentar a la Costumbre Jurídica, dentro de alguno de los preceptos que menciono, ya sea dentro del artículo 10° o en su caso el

artículo 19° del Código Civil vigente para el Distrito Federal, de tal modo, que se estipule: "Que a falta de ley se resolverá conforme a la Costumbre".

De este modo, ya estaremos hablando de una figura jurídica (Fuente) plasmada expresamente en la Ley.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La costumbre es una fuente indirecta o mediata del derecho, detrás de todas las leyes existen costumbres, que al ser reconocidas por el legislador se convierten en principios jurídicos, en el derecho mexicano la costumbre es obligatoria cuando la ley la acepta.

SEGUNDA.- De los dicho se desprende que la relación entre la costumbre y la ley puede ser de dos clases, según que la costumbre se convierta en ley al ser oficialmente reconocida por la sociedad, o que sin incorporarse a la ley, llene los huecos que necesariamente deja por no poder comprender todos los aspectos y modos de la vida social. Por todo ello quizá, sería lo mejor definir la ley como una repetición de actos que da nacimiento a una obligación jurídica, en los actos análogos a aquellos.

TERCERA.-La costumbre sería así un cierto procedimiento para la producción y convalidación de normas, como lo son en otro terreno, el procedimiento legislativo, o el procedimiento contractual.

CUARTA.- La relación entre el hecho consuetudinario, como fuente, y las normas consuetudinarias por él producidas, son como los actos legislativos y la ley.

QUINTA.- En el caso de los países sajones, como Inglaterra, conforman una serie de leyes superpuestas, por la fuerza de la costumbre.

SEXTA.- La costumbre como fuente del Derecho seguirá vigente en nuestras leyes, aún en el derecho escrito o legislado propiamente dicho

SÉPTIMA.- En el sistema jurídico mexicano actual, se formularía la llamada fuera de ley, o en su caso la praeter legem ya que estas disposiciones nos permitiría llenar los vacíos y lagunas que existen en nuestro derecho civil mexicano.

OCTAVA.- Los principios generales del derecho, así como la Doctrina son una fuente indirecta del derecho, y consideramos a la Costumbre y a la Jurisprudencia fuentes directas del mismo.

NOVENA.- La ley tiene lagunas, el derecho no, es el fundamento del principio de plenitud del Derecho Civil.

## BIBLIOGRAFIA

- Guillermo A. Borda, tratado de derecho civil argentino, parte general, Buenos Aires, 1959, tomo I, pag. 29)
- Feliciano Calzada Padrón, Derecho Constitucional, editorial Porrúa, México, pag. 559
- Ignacio De Casso y Romeo, Francisco Cervera Jiménez Alfaro, diccionario de derecho privado, tomo I , México, Pág. 2012.
- Julio De la Canal, Diccionario de sinónimos e ideas afines, editorial continental, México, España, Argentina, Chile, 1960, Pág. 346
- Georgio Del Vecchio, filosofía del derecho, Bosch casa editorial S.S., Barcelona, pag. 559.
- Alfredo Di Pietro, Gaius Institutas, ediciones Librería jurídica, 1967, Pág. 385
- Jorge Alfredo Dominguez Martinez, Derecho Civil, séptima edición, editorial porrúa, México 2000, pág. 701
- Eugen Ehrlich, fundamental principles of the sociology of law, traslated by Walter I. Moll. Harvard University Press. Cacbridge, Massachussets, 1936, pag 85.

- Fernando Flores Gómez González, Gustavo Carvajal Moreno, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, trigésimo quinta edición, editorial Porrúa, México 1997, pág. 349.
- Eduardo García Maynez, introducción al estudio del derecho, 50 edición, editorial porrua, 1999, pag. 444.
- Ramón García Pelayo y Gross, Pequeño Larousse, ediciones Larousse, México 1977, Pág.1663
- Juan Luis González A. Carrancá, Código Civil para el Distrito Federal, Tribunal Superior de Justicia, México 2000, pág. 685
- Julio Gotheil, common law y civil law, Buenos Aires, segunda edición, 1960.
- Juan Antonio Martínez de la Serna, Derecho Constitucional Mexicano, editorial Porrúa, México 1983, pag. 447
- Carlos J. Medellín, Carlos Medellín F., lecciones de derecho romano, décima tercera edición, editorial Temis, Colombia 1997, Pág. 275
- Alfredo medina Riestra coordinador, Varios autores teoría del derecho civil , segunda edición, editorial porrua, universidad de Guadalajara, México 1999, pag. 330
- Jesús Orozco Henríquez, la costumbre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.



- Juan Palomar de Miguel, diccionario para juristas, mayo ediciones, S.de R.L.  
México D.F. 1981, Pág. 1439
- Marcel Planiol, Georges Ripert, derecho civil, editorial pedagógica  
Iberoamericana, México, pag. 1563
- Eduardo Pallares, Diccionario de derecho procesal civil, vigésima edición,  
editorial porrua, México 1991, pag. 901
- Marco Antonio Perez de los Reyes, Historia del derecho mexicano, UNAM,  
antología tomo I México 1994
- Enrique R. Aftalión José Vilanovo, introducción al derecho, segunda edición,  
editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 506
- Oscar Rabasa, El Derecho Angloamericano, Segunda edición, Editorial Porrúa,  
S.A. México 1982, pág. 668
- Derecho Romano Lucrecio Jaramillo Velez, Señal Editorial 1989, pág. 298.
- Ricardo Sánchez Márquez , derecho civil, editorial porrua, México 1998, pag.  
559
- Roberto José Vernengo, Teoría General del Derecho, cuarta impresión,  
ediciones Depalma, Buenos Aires 1995, pag. 464.

## LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porrua, 1994. Pág.134

Ley Federal del Trabajo, séptima edición actualizada, secretaría del Trabajo y Previsión Social, Pág. 700

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, editorial porrua, Pág. 1438

Código Civil para el distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia de fuero federal , editorial esfinge, Pág. 633

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, editorial Sista, S.A de C.V., Pág. 235.