

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL
DERECHO PRIVADO MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANA MARIA ARROYO GONZALEZ

MEXICO, D. F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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.

I N D I C E

PROLOGO

CAPITULO I

LUGAR DEL TEMA DENTRO DE LAS DISCIPLINAS JURIDICAS.	Pág.
1. Motivos de este capítulo.....	8
2. Diversos puntos de vista desde lo que se puede estudiar el Derecho.....	10
3. Clasificación.....	12

CAPITULO II

IDEA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO Y SINTESIS DE LA VARIACION DEL CONCEPTO.

1. Aceptaciones de la palabra fuerte.....	15
2. Fuente del Derecho general.....	15
3. Importancia del conocimiento de las Fuentes del Derecho.....	16
4. Síntesis de la variación del concepto de fuentes del Derecho.....	17

CAPITULO III

CLASIFICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL. FUENTES REALES E HISTORICAS.

1. Fuentes reales.....	22
2. Opiniones diversas.....	22
3. Definición y Clasificación.....	26
a) Constituidas por la naturaleza.....	29
b) Constituidas por la sociedad.....	30
c) Elementos derivados de la naturaleza.....	32

d) Elemento racional o noción del Derecho.....	34
4. Fuentes históricas.....	37
a) Período prehispánico.....	41
b) Período hispanico (que comprende la conquista y la colonia).....	42
c) Período del México independiente.....	43

CAPITULO IV

FUENTES FORMALES DEL DERECHO.

1. Definiciones.....	45
2. Enumeración.....	46
3. Clasificación.....	47
4. Ley o Legislación.....	48
a) Iniciativa.	
b) Discusión.	
c) Aprobación.	
d) Sanción.	
e) Pùblicación.	
f) Iniciación de vigencia.	
5. Principios generales del Derecho.....	55
a) Filosofía o ius naturalista.	
b) Positivista o histórica.	
c) Posiciones intermedias.	
6. Costumbres.....	62
7. Jurisprudencia.....	62
a) Acepcciones.	
b) Objeto.	
c) Alcance.	
8. Usos.....	65
9. Equidad.....	69
10. Acuerdos internacionales.....	72
11. Doctrina.....	74

12. Analogía.....	74
-------------------	----

CAPITULO V

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA COSTUMBRE.

1. La costumbre como producto social.....	77
2. Heterogeneidad de la costumbre.....	79
3. Sociedad y derecho consuetudinario.....	80
a) Horda.	
b) Grupo gentilicio o clan.	
c) Grupo super-gentilicos.	
4. El derecho consuetudinario en diversos pueblos.....	83
a) Roma, Grecia, China, Egipto, Siria, etc.	
b) Francia.	
c) Derecho angloamericano.	
d) España.	
- Derecho antiguo	
- Derecho romano	
- Invasiones de los bárbaros.	
- Los árabes.	
- Alfonso el Sabio.	
- Derecho moderno.	
e) Derecho azteca.	

CAPITULO VI

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO.

1. Concepto.....	96
2. Definiciones.....	97
3. Caracteres.	
a) Carácter objetivo o externo.....	98
- Uniformidad.	
- Regularidad.	
- Pluralidad.	
- Generalidad.	

b) Carácter subjetivo o interno.....	99
- Seguridad.	
- Coactividad.	
4. Clasificación.....	101

CAPITULO VII

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

1. Derecho penal.....	109
2. Derecho administrativo.....	110
3. Derecho procesal.....	110
4. Derecho internacional público.....	111
5. Derecho laboral.....	113
6. Derecho agrario.....	114

CAPITULO VIII

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO PRIVADO POSITIVO MEXICANO DERECHO MERCANTIL.

1. Derecho mercantil.....	117
2. Textos legales.....	118

CAPITULO IX

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

1. Constitución General de la República.....	130
2. Código Civil de 1928.....	131
3. Código de 70 y 84.....	134
4. Recapitulación.....	137
CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFIA.....	141

P R O L O G O

Empieza este sencillo trabajo por localizar el tema dentro de las disciplinas jurídicas fundamentales, para luego revisar, en síntesis, el concepto de las fuentes del derecho en general. Sigue a esto una clasificación, aludiendo después al origen y desarrollo de la costumbre en la historia, así como su función en el sistema jurídico mexicano, para deducir la importancia que debe reconocerse a esta fuente de Derecho.

Inveterada Consuetudo et opinio juris seu necessitatis..

Y tan relevante ha sido la costumbre en la vida de los hombres, que pudo afirmarse la existencia de pueblos sin ley, pero no sin costumbres.

CAPITULO I

LUGAR DEL TEMA DENTRO DE LAS DISCIPLINAS JURIDICAS.

1. **Motivos de este capítulo.** Dos son las razones por las que decidí iniciar este breve trabajo con un capítulo que exponga, a grandes rasgos, la ubicación de este tema, no dentro de la totalidad de los conocimientos humanos, por ser algo que escapa a nuestro fin, sino referido sólo a las disciplinas jurídicas. La primera es que ello ofrece mayor claridad al entendimiento. Segunda: porque el tema de las fuentes del Derecho en general, estimo, a más de ser objeto de la Ciencia jurídica, debe serlo de la Filosofía del Derecho. Esta no es más que una parte de la Filosofía en General, la cuál trata de darnos una visión omnicomprensiva, total, de la esencia y valor de todos los seres y de todas las cosas en sus raíces profundas y absolutas. Como dice Ortega y Gasset, la especulación filosófica está dirigida al establecimiento de la verdad autónoma y pantónoma. Autónoma en cuanto anhela el conocimiento fundamental, originario, independiente, en el que

todos los demás pueden cimentarse. Pantónoma, porque su fin radica en adquirir conocimientos totales de cuanto existe.

Y el problema de las fuentes del Derecho, en conjunto, entendemos, se relaciona con el fundamento, el origen de todo derecho. Busca el qué es, lo que vale, su fin y realización son problemas principales de la Filosofía del Derecho. Si la Filosofía General tiende a la búsqueda de la esencia y valor universales, absolutos, de la existencia, la Filosofía de lo Jurídico se dirige al estudio y valoración, diremos con las palabras de Ortega y Gasset, autónomo y pantónomo de lo jurídico. Investigar el origen, la razón íntima del Derecho en todas sus básicas manifestaciones conceptuales, normativas, racionales, históricas, sociales, culturales, etc., es decir lo que él sea, lo que es. Y una indagación tal, es una especulación filosófico-jurídica, como lo es cuando con algunos autores, al estudiar las fuentes reales no podemos prescindir de la noción del Derecho.

Nuestra cuestión podría resumirse diciendo: ¿Qué son las fuentes, qué valor tienen en sí y en la realización del Derecho? y particularmente dentro de ellas la costumbre.

Trataremos de averiguarlo en el curso de este ensayo.

2. Diversos puntos de vista desde los que se pueden estudiar el Derecho. El saber humano se integra por todas las disciplinas, ciencias, artes o técnicas existentes. Todo ser, objeto o fenómeno puede estudiarse filosófica, científica o técnicamente, o a través de estas formas de conocer conjuntamente. Lo mismo sucede con el Derecho, puede enfocarse a través de la Técnica. La Sistemática o la Filosofía Jurídicas, lo cual implica cierta delimitación conceptual de sus respectivos campos, aunque realmente se intercomunican. De ahí que para tener una idea más o menos exactas del lugar del tema dentro de las disciplinas jurídicas y con fines didácticos expongo el cuadro sintético que al respecto ofrece el Dr. Francisco González Díaz Lombardo¹, y en él incluiremos nuestro problema.

1. Introducción a los problemas de la Filosofía del Derecho. Obra de dicho autor, en el que se puede ver con detalle la explicación del cuadro sinóptico.

CLASIFICACION
DE LAS
DISCIPLINAS
JURIDICAS

1. Fundamentales	a) Filosofía del Derecho	1. Teoría del Conocimiento Jurídico	1. Lógica Jurídica	Dialéctica Jurídica Crítica Jurídica Metodología Jurídica
		2. Teoría Especulativa del Derecho	2. Psicología	
2. Auxiliares	b) Ciencia del Derecho	3. Filosofía Práctica del Derecho	1. Metafísica General del Derecho 2. Cosmovisión Jurídica 3. Filosofía de la Historia del Derecho 4. Filosofía Jurídica de la Historia.	¿Cuál es el origen último del Derecho de acuerdo con las fuentes en general?
		SOCIOLOGIA JURIDICA	Axiología General del Derecho o Estimativa Jurídica Ética del Derecho Estética del Derecho	Antología filosófica del Derecho (Hombre) Mundo Teoría Jurídica (Dios)
		1. Historia del Derecho 2. Política 3. Demología 4. Economía Política 5. Estadística.	1. Sistemática Jurídica	Derecho Público Derecho Privado Derecho Colectivo
		2. Técnica Jurídica	1. Teoría General de la aplicación del Derecho 2. Interpretación del Derecho 3. Integración del Derecho 4. Aplicación según ámbitos de validez	Orden Interno e Internacional
		Ciencia de la Administración Ciencia de la Legislación		La costumbre como auxiliar. La costumbre como medio de integración de la ley.
				1. Especial 2. Temporal

3. **Clasificación.** Suele dividirse a las disciplinas jurídicas para el estudio del Derecho en: I. Fundamentales. II. Auxiliares, las cuales resumire:

No intento por razones que se imponen, ni pretender que sea exhaustiva esta síntesis, ni hacer una explicación aún somera, de todas las ramas y divisiones que integran dichos grupos de disciplinas. Por esa razón me refiero sólo a las que directamente nos atañen más.

Primero. la Filosofía del Derecho: es un intento del espíritu humano para llegar a una concepción total del mundo jurídico de la esencia íntima de lo jurídico, mediante la autorrefección de sus funciones valorativas, teóricas y prácticas. Consta fundamentalmente de: Metafísica del Derecho u Ontología Jurídica, la cual estudia el Ser y atributos del Derecho; y la Axiología Jurídica, que se refiere al estudio y práctica de los valores supremos del mismo. La relación ineludible entre la idea o noción del Derecho y su práctica se deriva de la tendencia intrínseca humana para concretar en hechos tangibles sus aspiraciones. Esa intención constante que no abandona al mortal, como dice San Agustín, de ser realizados los valores de la vida, se manifiesta por infinitas formas de actividades externas del hombre. Busca siempre la transformación de los entes ideales (en este caso del Derecho, la justicia, la seguridad social, etc.) en algo material,

palpable, que satisfaga sus relaciones interhumanas (bien común, orden social, respecto a la libertad, a la propiedad, etc.).

Luego las fuentes del Derecho en general -y entre ellas, la costumbre- desde este ángulo de vista, contribuyen a determinarlo haciéndolo algo vivo.

Segundo: La Ciencia del Derecho o Jurisprudencia Técnica, la cual se divide en: 1. Sistemática Jurídica: tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos vigentes en lugar y tiempo ciertos; sistematiza un orden jurídico positivo concreto, haciéndolo generalmente de la manera señalada en el cuadro, comprendiendo la subdivisión en Derecho Público y Privado (algunos autores no clasifican el derecho colectivo como rama independiente, lo incluyen en una o en otra de las categorías mencionadas, o en ambas). Nadie duda que desde este punto de vista, si se intenta lograr los fines de la Sistemática Jurídica, es irrenunciable tener presentes las fuentes del Derecho. ¿Cómo va a estructurarse, a sistematizarse atinadamente un derecho vigente cualquiera, sin tener en cuenta sus orígenes, de los que pueden deducirse su naturaleza y sus fines? II. La Técnica Jurídica, segunda parte de la Ciencia del Derecho, consiste en el arte de la interpretación y aplicación de las normas vigentes temporal y especialmente localizadas. Tiene estos problemas: vigencia,

retroactividad, conflictos de leyes y los ya enunciados de interpretación e integración; con los que, en relación con la Técnica, se enlaza directamente el nuestro.

En resumen, si la Filosofía Jurídica es la teoría de la esencia y valor de lo jurídico y la Ciencia del Derecho consiste en la sistematización y aplicación del mismo, las fuentes son elementos sustanciales (reales, fundamentales, históricas, culturales, etc.) que contribuyen a darle Ser. Y singularmente la costumbre, a realizarlo.

Es un problema escabroso porque puede mirarse a través de la ciencia, la técnica o la filosofía jurídicas.

CAPITULO II

IDEA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO Y SINTESIS DE LA VARIACION DEL CONCEPTO.

Localizado entre las disciplinas jurídicas nuestro tema, una mirada en síntesis del concepto de fuentes del derecho en general, como de sus cambios en el tiempo, nos ayuda a tener una idea más clara.

1. **Acepciones de la palabra fuente:** (del latín fons, fontis) manantial de agua que brota de la tierra. En sentido figurado significa el principio, fundamento u origen de una cosa. Entre las varias acepciones de la palabra son estas las que más interesan a nuestro objeto.

2. **Fuente del derecho en general.** Escribire al tratar del vocablo sigue su etimología. Algunos autores al referirse a ellas sólo las enumeran sin precisar su concepto. Otros al definir las comprenden únicamente las formales, otros sólo las materiales o reales. Pugliatti dice: son los modos y

formas por medio de los cuales se establecen las normas jurídicas, se refiere a las formales. Bonnacese, tratando de las reales afirma que son las aspiraciones a la armonía social que derivan del medio social o de la naturaleza permanente del hombre, guiados por una noción del Derecho. Y da otra definición para las formales. García Máynez define por separado las reales, formales e históricas. De acuerdo con la etimología del vocablo, del contenido de los citados y otros autores, podemos decir que fuentes del derecho en general, es el conjunto de fenómenos naturales, de aspiraciones sociales y de las formas que revisten, en los cuales se origina y funda el Derecho.

3. **Importancia del conocimiento de las fuentes del derecho.** Múltiples razonamientos pueden hacerse para justificar su interés. Señalamos uno que, comprendiendo otras razones nos ofrece visión general de la importancia de ese conocimiento: Una cosa, un ser, un hecho de fenómeno humano como es el Derecho, se conocerá tanto mejor, cuando más atinada es la idea que se tiene del origen de ese ser, como o fenómeno. Prueba de ello es, respecto a nuestra cuestión, el error en que incurrió la Escuela exegética al considerar como fuente del derecho exclusivamente en las formales. Y el equívoco de la Escuela Histórica, al fundarse parcialmente en las históricas. La consecuencia es que en gran medida la idea de las fuentes caracteriza y determina los sistemas jurídico-

positivos con sus correspondientes efectos. Luego investigar y conocer los orígenes últimos del derecho es inquirir lo que él es, su naturaleza y fines teóricos prácticos.

El Derecho es una realidad que existe de acuerdo .o contra la voluntad de las sociedades. Se impone como algo que brota de la naturaleza misma del hombre, que dispuesto a vivir entre semejantes urge de normas que regulen sus complejas relaciones e interdependencia. Son preceptos que si se establecen ineludiblemente para armonizar la conducta humana no deben carecer de origen, de fundamento justificado, esto es, de fuentes. Un derecho tal, obligatorio en una sociedad, no será derecho.

4. Síntesis de la variación del concepto de fuentes del derecho. El resumen podría hacerse respecto a cada una de las fuentes; reales, históricas y formales, lo cual nos llevaría más allá de nuestro objeto. Expondremos sólo el concepto que se ha tenido en diversas formas y épocas.

En un principio como a todos los fenómenos naturales y humanos, se atribuyó al derecho un origen divino. La voluntad de los dioses se tuvo como primera fuente del derecho. "En el Código de Hammurabí, cerca de los mil años antes de Cristo,² puede verse que el Rey es la última garantía

2. El derecho natural y el positivo. Victor Catherin, pág. 162.

del derecho y éste esta por encima del arbitrio de aquél". La piedra sobre la cual están grabadas las leyes muestran la figura de Hammurabí recibiendo las leyes del dios del Sol.

En el principio de la inscripción se lee: "Como Anu el sublime, el rey de Anunaki y Bel, el Señor del cielo y la tierra, que fija el destino de los pueblos, y Maduk, el hijoj del Señor Ea, el dios del Derecho han repartido la humanidad terrena... así, Anú y Bel, me han designado a mí Hammurabí, el alto Príncipe temeroso de Dios para dar valor al derecho en la tierra..."

Los egipcios en el Libro de los Muertos consideraron al derecho un orden establecido por Dios y los deberes de justicia como divinos. Los chinos veían en los principios de razón la voluntad del cielo, a la que debía ajustarse todo derecho. Profundamente arraigada tenían los griegos la idea de que el Derecho es un don de la divinidad, "como ley eterna divina que rige a los hombres". Los romanos no dejaron de considerar que existe "una ley moral natural universalmente válida", originada en la voluntad racional de la divinidad...

Otra corriente de pensamiento muy importante es la que ha tenido como fundamento del derecho a la naturaleza, dándole a esta palabra pluralidad de significados que es lo

que se conoce como jusnaturalismo: Físico, racional, sociológico, etc.

El Estado fué considerado como la fuente única en los siglos XVI y XVIII (Hobbes, Rousseau, etc.) aunque ya entre los siglos apareció esta idea. Wundt, entre los pensadores modernos, sostiene que el derecho es el conjunto de normas a las que el Estado da valor entre los miembros de la sociedad. Lasson: el derecho es la voluntad del Estado, en cuanto que se expresa ella misma en forma de determinaciones generales para la conducta. No hay, pues, más que una fuente del derecho propiamente tal, a saber, la voluntad del Estado. Ihering expone claramente: el Estado es la única fuente del Derecho...

Abundan las concepciones acerca de las fuentes jurídicas. Citemos la idea medular de algunas de las más conocidas de las doctrinas:

La Escuela de la exégesis tuvo como fuente exclusiva a la ley. Su doctrina y métodos se basaron por lo mismo, en las fuentes formales, lo cual constituyó su error principal. Como reacción contra ello surgieron escuelas que pecaron de exceso o defecto. Así la Escuela Histórica del Derecho sostuvo que hay dos fuentes: la costumbre y la legislación, dándole mayor importancia a la primera, como fuente jurídica, directa, originaria. Savigny, uno de los

principales exponentes de ella, afirma que el derecho es un resultado inconsciente del espíritu popular; que la convicción del pueblo es el fundamento propio del derecho... "Del mismo modo que la lengua, la costumbre y el arte, también el Derecho nace inconscientemente con el pueblo, y con él evoluciona ulteriormente..." Más adelante dice; "El Derecho en su origen es esencialmente consuetudinario. Puchta, Stahl y otros con algunas modificaciones, siguen estas ideas".

La Escuela del Derecho Libre o de la libre jurisprudencia, con Franz Adickes, afirma que la razón subjetiva es la verdadera fuente del derecho, condicionada por la evolución de los pueblos. Los partidarios de la Jurisprudencia de Intereses, dijeron que el origen del derecho se halla en los intereses que en el seno de la sociedad luchan por su reconocimiento, siendo las leyes el resultado de esas pugnas. Dentro de la corriente llamada irracionalista, la escuela de la Jurisprudencia de los Sentimientos, niega valor a todo procedimiento lógico-sistemático en la concepción y práctica del derecho, asegurando que se llegue a él y se obtiene su esencia por lo emocional e intuitivo...

El Politicismo jurídico manifiesta que el derecho es proyección de la política que lo determina, no sólo en el momento de su "creación", sino en todo el proceso de su

vida. Las normas jurídicas sintetizan condiciones políticas concretas.

No intentamos agotar las corrientes de pensamiento jurídico. Lo cierto es que casi todas, excepto las que podemos llamar eclécticas, tienden a la unilateralidad, cediendo mayor relevancia, bien a las fuentes formales históricas o reales. Algunos autores como Gény, Bonnecase y otros adoptan un sincretismo que, estimamos, es lo más próximo a la verdad, pues tienen presentes todos los fenómenos y condiciones concluyentes en la determinación de las normas jurídicas.

El Derecho, cuya noción es inseparable al problema de sus fuentes, es por naturaleza, algo intrincado. Como llena de complejidades es la vida humana a la cual rige. De ahí que al conceptuarlo, elaborarlo y llevarse a la práctica, debe tomarse en cuenta lo racional y lo real, los hechos y las normas, la lógica y la vida, el ser y el deber ser, en suma: la Filosofía, la Ciencia y el Arte del derecho en toda su extensión.

CAPITULO III

CLASIFICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL.

Fuentes Reales e Históricas.

1. **FUENTES REALES.** En capítulos anteriores hemos localizado el lugar de nuestro problema dentro de las disciplinas jurídicas, así como expuesto en compendio varias de las formas de concebirlas en general en distintas épocas. Una clasificación en conjunto de ellas en este capítulo serán nuestro intento. Trataremos de las reales e históricas aquí, dejamos el estudio de las formales a los subsiguientes.

2. **Opiniones diversas.** Algunos autores, como dijimos antes, las clasifican bipartitamente llamándolas de modos distintos, pero en realidad coinciden en el pensamiento fundamental. Así Gurvitch, por ejemplo, nombra primarias a las que otros pensadores llaman materiales; otros las titulan directas, etc. Hay quienes comprenden las históricas en las reales. La mayoría, y es lo más común, las dividen en forma

tripartita: reales o materiales, formales o legislativas e históricas o de conocimiento.

Por esa razón, sin pretender que sea la única manera de jerarquizarlas y con el fin de tener una idea global de ellas, exponemos el siguiente esquema:

FUENTES DEL DERECHO
EN GENERAL

1. REALES, Con estos
elementos.

a) Constituidos por la naturaleza

b) Constituidos por la sociedad

c) Constituidos por la naturaleza
del hombre

Idea de justicia
Noción del Derecho

2. FORMALES

1. Principal: Ley o Legislación

1. Principios Generales
del Derecho

2. Costumbre

3. Jurisprudencia

4. Usos

5. Equidad

6. Acuerdos Internacionales

7. Analogía

8. Doctrina

Fuentes del Derecho
reconocidas por el
legislador mexicano

2. Supletorias

3. HISTORICAS

Leyes Antiguas, Monumentos, etc.

Intencionalmente hemos querido situarlas en el orden expuesto, por que pensamos que, desde el punto de vista de la lógica, las fuentes reales deben, como origen primero de todo derecho, tenerse presentes al concebirlo, sistematizarlo o aplicarlo en todos sus aspectos, en conjugación armónica se entiende, con las formales e históricas. Son aquellas, al decir de Gény, Bonnecase y otros autores, la sustancia del Derecho que toma forma y expresión a través del cauce de las variadas configuraciones legislativas. Y la sustancia de una cosa es aquello que la caracteriza y da vida, movimiento, ser. Por eso las fuentes formales deben ser tales que no desvirtúen, modifiquen o cambien esa sustancia en la cual se funda y origina. Diríase que las fuentes reales son la fuente de las formales. No se explican ni pueden ser duraderas las segundas, si no se apoyan en la razón profunda de las primeras. Unas dan la materia, otras la conforman. No vamos a tratar aquí el antiquísimo problema de saber qué vale más en el Ser; la materia, o la forma que lo constituyen. Aquello que es en sí o el cómo es; su constitución... ¿La materia o sus modos de expresión es lo que importa en el Derecho? ¿Fuentes reales o formales? ¿Cuáles tienen mayor valor en los ordenamientos jurídico-positivos? Entendemos que aquí se funda la cuestión de diferenciar y aquilatar las diversas fuentes. No vamos a profundizar, nos basta hacer notar que todas se interfieren y complementan, debiendo identificarse con la vida

jurídica lo más plenamente posible en orden a los fines supremos de la existencia humana y del Derecho.

3. **Definición y clasificación.** Son los factores y elementos que determinan las normas (jurídicas), dice con sencillez, al hablar de las reales el maestro García Máynez.³

Bonnecase, uno de los juristas que con mayor acierto trata esta cuestión, al estudiar las fuentes reales expone su pensamiento así: "son las aspiraciones del medio social que se derivan del medio social, o de la naturaleza permanente del hombre, guiados por la noción del derecho". Esta noción es lo que él llama elemento racional.

Las reglas del Derecho y las instituciones jurídicas tienen dos elementos, explica⁴ que presenta, uno, un carácter experimental engendra inmediatamente las reglas del Derecho, bajo la inscripción y la dirección del elemento racional. Este está representado por las aspiraciones de la armonía social... "Esto es, las fuentes reales se constituyen por todo género de anhelos, de pretensiones que en una cierta sociedad se tienen, producto de la naturaleza misma del hombre o del medio geográfico social en el que actúa. ¿Y qué es ese

3. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa, S.A. México 1951, pág. 52.

4. J. Bonnecase. Introducción al estudio del Derecho. Vol. I, pág. 249. Editorial José M. Cajica Jr.

medio geográfico-social? ¿Qué la naturaleza del hombre de lo cual se derivan las aspiraciones sociales e individuales? En el trascurso de este capítulo procuraremos contestar estas interrogaciones, seguido con ese fin el pensamiento de algunos autores.

Gény, el jurisconsulto que con mejor claridad distinguió el campo de la Técnica y la Ciencia jurídicas, al referirse a lo que es el Derecho, hace una separación entre las fuentes reales y las formales. Llama a las primeras de *donné* (el dato) y el *construit* (lo elaborado), a las segundas, siendo ambas objeto de la Ciencia y la Técnica jurídicas respectivamente.

Respecto a lo primero dice:⁵ Entiendo por datos reales o estrictamente naturales del Derecho positivo, los que consisten en las condiciones de hecho en que se encuentra colocada la humanidad. Poco importa que se trate de la naturaleza física o moral, en la cual el hombre está como encarcelado (temperatura, suelo, etc.), o de las condiciones económicas que influyen sobre su actividad, y de las fuerzas políticas o sociales existentes. Estas realidades positivas y actuales, no crean directamente las reglas jurídicas, pero perfilan sus contornos, y por lo menos constituyen su medio necesario. Son, pués, datos primeros que necesariamente deben

5. Science et technique en droit prive positif. Tit. I, pág. 371 y s.

tenerse en cuenta ante todo, aunque no sea sino para asegurar la posición de los problemas del Derecho y a veces, en fin para circunscribir a priori su alcance". Y cuando trata de separar los campos de la Técnica y la Ciencia por su objeto expone: Si queremos descender al vértice de la separación de los apuntes de vista señalados, (entre ciencia y técnica), parece que debemos considerar, menos el ejercicio de las facultades que deben usarse para llegar al fin, que la materia misma o el resultado de su esfuerzo. Bajo esta relación observamos que la actividad del juriconsultorio (en el sentido más elevado de la palabra), oscila entre dos polos distintos que propongo se llamen el *donné* (dato) y el *constit* (lo elaborado). A veces se trata de comprobar pura y simplemente lo que revela la naturaleza social, interpretada según ella misma o según las inspiraciones de un ideal superior, para terminar en reglas de acción cuya fundamentación será tanto más sólida cuanto menos de artificial y arbitrario contenga. Y esto es lo que yo llamo el *donné* (dato o principio) que debe formar las reglas del Derecho tal como surge de la naturaleza de las cosas y hasta donde sea posible, en estado bruto...

Lo expuesto nos da una idea de los elementos que integran las fuentes reales y su relación con las formales. Sin embargo, para mejor entendimiento, procuremos analizarlas un poco más, siguiendo el cuadro en el que las agrupamos: en

constituídas por la naturaleza por las sociedades y por la esencia del hombre.

a) Constituídas por la naturaleza. Es todo ser, objeto o fenómeno universal del que puede manar el derecho: las innumerables condiciones físicas, biológicas, geográficas, clima, suelo, flora, fauna, altura, producción... El cúmulo inmenso de seres y aconteceres que constituyen el mundo animal, mineral, vegetal, espacio aéreo, mares, etc., que integra el panorama donde actúa el hombre individual o colectivamente. No hay duda que todas estas situaciones y factores aportan algo en la determinación de los modos de concebir, estructurar y normar la vida, así como la pluralidad infinita de relaciones y exigencias individuales que producen normas e instituciones para garantizar la armonía entre los grupos. Ejemplo de la influencia de ese ambiente natural abundan. No sólo en nuestra Ciencia. Todas lo tienen presente.

Los países que por circunstancias geográficas se ven obligados a dedicarse a la navegación, desarrollan un derecho marítimo que otros pueblos ni siquiera conocen. Aquellas naciones que viven en tierras donde predominan los minerales, regularmente crean instituciones características. Ríos, mares, cordilleras, etc., son motivos de pugnas jurídicas internacionales. No hace mucho han comenzado a plantearse en el terreno mundial los problemas surgidos por

causa de los viajes a la luna, así como de la titularidad del derecho de la propiedad que sobre ella podrían tener las dos potencias que hoy se disputan el dominio del mundo. Y de otros mundos... ¿Sería raro que dentro de poco tiempo se hablara de un Derecho interplanetario? ¿Cuántas fuentes de nuevos derechos pueden aparecer con ello? ¿Encuadrarán las nuevas exigencias jurídicas dentro de los actuales moldes del derecho que rige en el globo terrestre?

Por estas razones creemos que puede surgir derecho lo mismo del microscópico mundo atómico que de la complejidad infinita de las constelaciones cósmicas, cuando en algo se relacionan con la vida interhumana.

b) Constituidos por la sociedad. Comprendimos en el mundo externo del universo encontramos ese conjunto de hechos llamados sociales, precisamente por brotar de la sociedad y que adoptan caracteres y estructuración afín a la naturaleza propia de los elementos que le dan vida: condiciones económicas, políticas, religiosas, culturales, industriales, históricas, etc., que en constante interinfluencia modelan la vida grupal. La importancia de estas situaciones es tal, que en ocasiones se ha querido ver en una sólo de ellas la determinación, no digamos del Derecho, sino de la vida entera. Demostraciones: En la economía de la sociedad civil" (Marx). La política, el derecho el arte, son

sólo seper-estructuras de una sociedad..." Toda la existencia del hombre se basa en la economía, sostuvo el autor de El Capital. Pero unilateralmente visto el fenómeno social, ¿no podría sostenerse que cada uno de sus ingredientes (religión, arte, derecho, etc.) es la base infraestructura? Precisamente en sentido inverso al pesnamiento de Marx, Stammler sostiene que el derecho es la causa, la estructura del fenómeno económico. La regla jurídica es condición lógica de la existencia de lo económico, así como de todas las relaciones sociales de cooperación. Economía y Derecho son materia y forma. Aquélla es materia, éste la forma. El precepto jurídico determina y explica el contenido de ella, constituido por los hechos positivos, histórico-sociales.

La religión, la política, pueden señalarse como elementos que exclusivamente justifican y configuran en acontecer social.

Tantos "derechos" cabría citar cuantos diversos sean los caracteres que lo distinguen. Es dable, desde este punto de vista, afirmar que cada época y circunstancias imprimen a los sistemas jurídicos un sello que no es más que la expresión en ellos del valor o valores tenidos como fundamentales en una sociedad concreta. El predominio de concepciones religiosas produjo regímenes teológicos jurídicos. Otras veces es relevante la fase económica. En

algunas épocas la industria marca la pauta (ejemplo de Inglaterra). La aparición del proletariado, ¿no fué causa del reciente derecho del trabajo?

No es que uno de esos factores determine por sí sólo el Derecho -afirmarlo es error-, sino que le da cierto matiz. Realmente confluyen todos estrechamente engarzados a estructurarlo.

c) Elementos derivados de la naturaleza individual. Parece incongruente sostener que el Derecho, llamado a regir conjuntos humanos, se origine hasta cierto punto en el individuo, y, a él como tal deba atenderse cuando se indaga su noción para sistematizarse. No hay discrepancia. A la vez que se aplica a las colectividades considera el hombre en sí, aislado, como dato necesario del que debe partir para luego proyectarlo en sus variadas relaciones con sus semejantes. Tiene el Derecho en carácter esencialmente grupal. A pesar de ello, no puede eludir particularidades de la especie humana; más bien estas singularidades del individuo, sin ser esenciales, cooperan eficazmente a producirlo orientándolo en un tiempo dado. Son fuentes del derecho provenientes de su constitución anatómica, fisiológica, psíquica, temperamento, raza, etc., que modelan un cierto grado, sus aspiraciones morales, culturales, religiosas, hasta económicas. Algunos autores creen ver las diferencias de

derechos positivos como consecuencia de la constitución fisicorracial de aquellos a quienes deben seguir. Un ejemplo: Entre las facetas del pensamiento llamado político-jurídico, en Alemania, Carl Schmitt,⁶ hablando de la teoría del "orden" nacional socialista sostiene que el Derecho es un modelo de concreción del espíritu nacional y que, en consecuencia así hay que comportarse con él" (con el derecho). Y más adelante junto con otras proposiciones afirma: Lo político es antecedente indispensable de lo jurídico, sin el principio de la *identidad de estirpe*, el Estado nacionalista no podría existir y la vida jurídica no sería posible, o sea, sin la identidad racial no podría haber derecho...

Claro que es ejemplo externo, porque el régimen nazi fué un intento de poner al servicio de una raza la vida en todas sus manifestaciones. Recurrimos a él para hacer patente la influencia que puede tener uno sólo de los elementos materiales en la sistematización jurídica, porque el mundo interno del ser del hombre no es menos importante y complejo que el externo que le rodea. Ambas zonas, la que lo circunda y la introspectiva son inagotables fuentes del Derecho. Los mundos del ser y del deber ser lo cimentan, diríamos en terminología jurídica.

6. Citado por Antonio Hernández Gil, en *Metodología del Derecho*, Editorial Revista del Derecho Privado. Madrid 1945, pág. 315.

d) Elemento Racional o noción del Derecho. Pero examinemos dentro de estos factores derivados de la naturaleza del hombre uno que a más de acusar un carácter más individual, por hallarse en la vida íntima, es relevante como fuente del Derecho, tanto que ningún autor o escuela jurídicos lo pueden evadir, teniéndolo presente, a veces con el nombre del Derecho Natural (en el jusnaturalismo), idea de lo justo, noción del derecho o elemento racional; lo último en las manifestaciones de la Escuela Científica del Derecho (Gény, Planion, Thaller, Bonnacase, etc.).

Antonio Hernández Gil,⁷ al comentar a Gény sobre lo que éste dice de la ciencia y la técnica, expone: Datos racionales: "así como el dato real no basta y necesita ser fecundado por el histórico, así tampoco éste es suficiente. Cuando se trata de regular la conducta moral y social de la humanidad, según su marcha progresiva del criterio decisivo debe ser investigado en un dominio superior a las contingencias y los azares de la vida (a lo mudable de los datos naturales). Debe, por tanto, intervenir con valor preponderante y *directivo un dato racional* para asegurar, en la medida de lo posible, la elaboración científica del Derecho objetivo. Este dato representa el fondo esencial del Derecho natural clásico si no exactamente el *ius naturale* de los

7. Metodología del Derecho. Editorial Revista de Derecho Privado.

romanos, sí al menos, el que han elaborado los filósofos modernos, en presencia de sus conclusiones... Ese fondo del derecho se integra "por las reglas jurídicas de conducta que la razón deriva de la naturaleza del hombre y de su contacto con el mundo, las cuales se presentan con un carácter de necesidad, universalidad e inmutabilidad que les asigna un lugar preeminente entre las reglas jurídicas. Pero bien entendido que, para asegurar al dato racional el valor preeminente que le corresponde, sólo puede comprender los preceptos que la razón nos muestra imperiódicamente postulados por la naturaleza del hombre; no así aquellos que pueden derivarse de los anteriores. El matrimonio, tal como lo interpreta la arazón, es una unión estable y permanente, fundada en un acuerdo de voluntades. La monogamia estricta o la indisolubilidad absoluta del vínculo ya no son exigencias directas del dato racional (sino de otro que Gény llama idea).

Bonnecase sostiene que el elemento racional es el regulador del elemento experimental y por consiguiente, de las reglas del Derecho que se desprenden de él. En efecto, dice, el medio social abandonado a sí mismo o mal dirigido por sus gobernantes, puede postular reglas de Derecho en contradicción absoluta, tanto con los intereses bien comprendidos de este medio social, como con la dignidad natural del hombre. Por otra parte, el instinto humano no está seguro y las tendencias buenas o malas se reparten el alma

humana. La idea de armonía social se vería completamente defraudada hasta el grado de desaparecer. En consecuencia, la conciencia de todo hombre reflexivo postula la existencia de un principio regulador, superior a las contingencias, que se encarga tanto de definir la armonía social en su esencia, como de indicar los medios de alcanzarla; este principio se nos presenta bajo la forma de una noción determinada *noción del Derecho*. En seguida este autor se pregunta: ¿Pero qué es esta noción del Derecho? A nuestro entender en este punto se nota claramente el engarzamiento del tema de las fuentes del Derecho con la filosofía del mismo, lo cual sostuvimos en capítulos anteriores. Nadie duda que todo estudio filosófico-jurídico debe afrontar la interrogación ¿qué es el Derecho? Y el autor que estamos siguiendo al tratar de responderla sostiene que la interrogante lleva en sí tres cuestiones: La primera consiste en saber si existe una noción del Derecho, esto es, su realidad, origen y naturaleza. Segunda, cuál es el contenido del Derecho. Tercera, cuál es su función.

Pero investigar esto escapa a nuestro intento.⁸ Basta lo expuesto para tener idea del pensamiento de este autor que concluyendo asienta: el Derecho es considerado por la doctrina metafísica (que es la que él sigue) como una de las fuerzas constitutivas del orden del mundo, como una de las

8. Introducción al estudio del Derecho. Vol. I, pág. 256. S.

fuerzas invisibles, pero reales, en medio de las cuales se mueve el universo y que lo orientan hacia su fin. Es así como por vía de deducción lógica, el Derecho se presenta en su noción metafísica, como inmueble, universal y eterno..."

En suma, esta fuente perdurable del derecho se constituye por principios constantes universales intrínsecos al hombre (derecho natural) revistiendo formas variadísimas en la historia: a antigüedad, Grecia, Roma, edad media, tiempos modernos, etc. porque la noción del Derecho es algo que ha nacido con la humanidad y la acompañará hasta su fin.

4. Fuentes Históricas. Otro de los grandes capítulos de las fuentes del Derecho se integra por las históricas. Y aunque se dijo algo de ellas al tratar de las reales, someramente expondremos en que consisten.

García Maynez dice que el término se aplica a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. En este postrer sentido se dice, por ejemplo, que las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, son fuentes del derecho romano.⁹ "es todo medio material que sirve para conocer el Derecho que estuvo en vigor en el pasado. En éste sentido la fuente histórica es el monumento, también histórico, que nos

9. Introducción al estudio del Derecho. pág. 52.

enseña el Derecho pretérito. Son fuentes del derecho romano los pasajes de Cicerón que han permitido conocer fragmentos de las XII tablas, ley que inicia la historia auténtica de ese derecho".¹⁰

Gény, sostiene que la ciencia del Derecho opera con datos reales, racionales, históricos e ideales. Al referirse a los históricos o fuentes históricas, escribe: "los hechos y circunstancias de la vida humana o social han determinado cierta reglamentación de ellos. Esta también con el tiempo, se ha hecho muy considerable. Se ha realizado principalmente por la virtud de los medios técnicos que señalaremos más adelante: costumbre establecida, ley escrita, y otras fuentes formales del Derecho que pueden unirse a ellas: sin hablar de los instrumentos de interpretación como la doctrina, la jurisprudencia y la práctica propiamente dicha. De este conjunto de fuerzas concurrentes completada por el trabajo misterioso que acompaña a la evolución misma del mundo, resulta una adquisición de preceptos que sirve de linderos a la conducta de la humanidad, y que, a veces, pasará agobiadoramente sobre ella, la cual, en todo caso, no podrá prescindir de aquella en la prosecución de su marcha progresiva" "El dato histórico continúa Gény, se nos presenta, pues, sólidamente establecido y capaz de ofrecer a la

10. Trinidad García. Apuntes de introducción al estudio del Derecho, pág. 22.

investigación científica del Derecho una base de las más serias, aunque sujeta al control de las facultades más elevadas del espíritu. De hecho, se puede observar que las instituciones jurídicas como la propiedad individual (y muchas otras), cuyo fundamento racional está sujeto a las más vivas discusiones, encuentran su más sólido punto de apoyo en la evolución histórica de la cual han surgido. Hernández Gil, al comentar a Gény, expone que el producto de la historia, no se compone solamente (como el dato real) de elementos materiales, brutos, y por así decirlo, pasivos, de la organización jurídica, sino que se compone de las reglas en un determinado momento necesarias para dirigir las voluntades de los hombres y constituyen al presente, el Derecho postulado por la vida... El dato histórico es el fruto de un dureé (duración) que actúa sobre la naturaleza y constituye un poder nuevo... El pasado se incrusta en los hechos y goza de una autoridad nueva.

Lo expuesto nos da idea de lo que puede ser fuente histórica. No es más que la experiencia y conocimiento del pasado referido a lo jurídico, en donde los pueblos obtienen directrices, reglas generales en las que basan su ordenación y sistemas jurídicos.

La historia (narración de hechos importantes del pasado) no sólo en Derecho, sino en toda manifestación memorable de la vida del hombre, es, como se ha dicho, la gran

muestra a la que se debe acudir para beber en ella la sabiduría acumulada por el tiempo, y que en un momento determinado puede servir para orientar los sistemas jurídicos positivos presentes o futuros.

Fuentes históricas en Derecho privado mexicano

Cualquier documento por medio del que se llega al conocimiento del derecho es fuente de él. Pero generalmente los pueblos, a más de tener presentes las leyes o el Derecho de otros al establecer sus normas atienden a la historia de su propio derecho, legislado o consuetudinario. Así el derecho romano como dice Trinidad García, tiene como principal fuente (histórica) los pasajes de Cicerón que permitieron conocer las XII tablas. El common law ha sido durante mucho tiempo fuente básica para el derecho anglosajón. El Código Napoleón lo fué en Francia (y otros países) en todo derecho posterior a él, etc. En resumen, todo derecho préterito, expresado en cualquier documento, puede ser fuente para otro futuro, o presente.

Atendiendo al derecho que ha regido en general, en México, y por lo mismo en derecho privado, las fuentes históricas pueden dividirse de la manera siguiente:

- a) Período prehispánica.

b) Periodo hispánico (que comprende la Conquista y la Colonia).

c) Periodo de México independiente.¹¹

a) Periodo prehispánico. De las diversas tribus, pueblos y civilizaciones denominadas por los españoles, al decir de la mayoría de los autores, la organización jurídica de los aztecas es una de las que ofrece mayores datos. La relación que con todo género de reservas podemos llamar civiles entre los indígenas -escribe el Maestro de Pina-, estaban regidas por reglas de carácter religioso y consuetudinario: De las aludidas costumbres no puede formarse una idea exacta, dado lo poco que se conoce de la vida humana en esos periodos históricos plagados de lagunas. Sin embargo, siguiendo al citado autor y al Maestro Trinidad García, exponemos algunas de las razones más acusadas de ese derecho azteca.

La esclavitud era una institución existente en esos pueblos. La familia se basaba en el matrimonio monogámico. El carácter patriarcal imperante daba al padre una autoridad incontrastable sobre la mujer y los hijos al extremo de poder reducir a éstos a la esclavitud en ciertas condiciones. Practicaban el divorcio, entre otras causas, por

11. Elementos del Derecho Civil Mexicano. Rafael de Pina, Tomo I, pág. 78.

estabilidad, quedando los hijos bajo la guada del padre y las hijas bajo la de la madre.

Conocieron la propiedad privada de los bienes, principalmente de los muebles. Respecto de los inmuebles predominó el régimen comunal, aunque la nobleza gozó un sistema de propiedad privada.

Los contratos y obligaciones se regían por normas consuetudinarias fundadas en principios de equidad natural.

b) Período hispánico. Trata de este derecho en México, implica considerar toda la historia jurídica hispana. A grandes rasgos podemos decir que fue integrándose bajo la influencia de las variadas civilizaciones que pasaron por el suelo español: iberos, celtas, fenicios, cartagineses, griegos, y sobre todo, el influjo romano-cánónico-germánico, en el que, puede asegurarse, se sintetizan los caracteres del derecho hispánico y por ende del mexicano en la época a que nos referimos. No obstante aludimos concretamente a algunas de las principales leyes que se han tenido como básicas.

Los eruditos que se ocupan de las fuentes (históricas) correspondientes a este periodo, distinguen, primero, las españolas vigentes en la Nueva España, principalmente contenidas en las leyes de las Siete Partidas

en la Nueva y Novísima Recopilación y en las Ordenanzas de Bilbao (éstas referidas al Derecho Mercantil); segundo, el de las dictadas en general, para las Colonias de América, aplicadas por lo mismo a México como la Recopilación de las Leyes de la India (1860); tercero, las dictadas especialmente para la Nueva España, como las Ordenanzas de Intendentes (1870), sobre cuestiones administrativas políticas y judiciales.

Para México tuvieron las Siete Partidas interés particular, porque en materia civil, penal y mercantil formaron parte del derecho positivo nacional.

c) Período del México Independiente. Rotos los vínculos políticos que unían a la nación con España, heredamos su organización jurídica. Pronto se trató de elaborar un derecho propio. Sin embargo, ante la imposibilidad de improvisar un cuerpo de leyes, imperó el de la Colonia, especialmente el contenido en las Partidas, que eran la fuente principal del derecho civil mexicano.

Las leyes de Reforma afectaron extensas zonas de la vida privada respecto a la personalidad jurídica de ciertas asociaciones, del Registro Civil, cuyo servicio quedó a cargo del Estado, el matrimonio, propiedad, etc.

En 1859 Justo Sierra recibe el primer cargo trascendente de redactar un Código Civil, pero las circunstancias político-sociales no permitieron lograr tal fin, que solo quedó en proyecto. Fué revisado en 1862 por la comisión dirigida por don Jesús Terán, produciendo el Código de 1870. Los redactores de éste se guiaron por el derecho romano, la legislación española, el Código Albertino de Cerdeña, los de Austria, Holanda y Portugal, el proyecto del español de García Goyena, y sobre todo el Código Napoleón. Este fué el primer Código Civil de México.

Se revisó en 1883, y rigió el de 1884 a partir del primero de junio del mismo año. La importancia de este Código es que fué adoptado de tal modo que representó la codificación civil de la nación.

El Código Civil de 1928 vigente, sucedio al anterior. En él hubo notables cambios originados por las tendencias sociales y de la Revolución Mexicana, como la equiparación de derechos del hombre y la mujer, aplicación del principio de territorialidad, la protección expresa de los desvalidos e ignorantes (por lo menos en teoría): corrección del individualismo, etc.

La comisión claramente expone que se inspiraron en legislaciones extranjeras al mismo tiempo que atendieron los problemas y necesidades propias.

CAPITULO IV

FUENTES FORMALES DEL DERECHO

Estas fuentes toman su nombre en virtud de que al constituirse revisten las formas exigidas por los diversos sistemas jurídicos para crear la ley. Radican, como dice el maestro Rafael de Pina, en el ámbito propiamente normativo. Son datos histórico-sociales que han sido configurados de acuerdo con los requisitos de los órganos estatales para devenir obligaciones.

1. **Definiciones.** Son las formas de manifestarse la voluntad creadora del derecho, añade el autor citado, en tanto que mediante dichas formas existe el fundamento de la validez jurídica de una norma.

El maestro García Máñez entiende que son los procesos de manifestación de las normas jurídicas, añadiendo que la idea de proceso implica la de una sucesión de momentos.

Y que cada fuente formal esta constituida por diversas etapas que suceden en cierta forma y deben realizar determinados supuestos.

Bonnecase¹² sostiene que las fuentes formales de las reglas del Derecho y de las instituciones jurídicas son las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coheritiva del Derecho. En otras palabras, una regla de conducta solo se eleva a la dignidad de regla de derecho, dotada de la plenitud de sus efectos... Si puede prevalerse de un origen que se identifique con tal o cual fuente jurídica formal. Pugliatti asienta que en sentido técnico (formal), son fuentes del derecho los modos y formas por medio de los cuales se establecen las normas jurídicas.

Incontables son las definiciones al respecto. Basta las citadas para ver que en el fondo coinciden.

2. Enumeración. Varía el modo de computarlas. Hay autores, como el Dr. de Pina, que afirman que la fuente única del derecho es la voluntad del Órgano legislativo. Para algunos solo la ley: otros que la la ley y la costumbre; hay quienes señalan a éstas la jurisprudencia. Pero la opinión de

12. Introducción al Estudio del Derecho. Vol. 1, pág. 131, Ed. José Ma. Cajica Jr., Puebla, Mex.

los tratadistas más común, es considerar como origen del derecho positivo en general, a la ley, la costumbre, la jurisprudencia, los usos, los principios generales, del Derecho, la equidad, la doctrina, la analogía y los acuerdos internacionales. Aunque estas fuentes tienen diverso valor en cada rama del derecho. Algunas con relevante papel en unas, ni siquiera cuentan en otras. Así, la costumbre que en Derecho del Trabajo es primordial, en Penal no se considera en modo alguno. Los principios generales del derecho dominan casi todas las ramas específicas, excepto el citado derecho penal, etc., además, esta variación cambia en cada ordenamiento positivo.

En el cuadro expuesto en el capítulo tercero intentamos compendiar su número. Procuremos, pues, explicarlo aquí en la parte de las fuentes formales, clasificándolas antes.

3. **Clasificación.** Suele clasificarse por algunos en directas e indirectas. Directas son las que encierran en sí la norma jurídica (ley, costumbre). Indirectas las que sin ser en verdad normas jurídicas contribuyen a su creación e interpretación (las demás contenidas en el cuadro).

Otros las dividen en principales y supletorias, de acuerdo con el rango legal que tienen en un país; principal es únicamente la ley. Las supletorias siguen un orden que

varía el que señala el legislador (costumbres, principios generales del derecho, etc.), dispuestas para corregir los defectos de la principal.

Nosotros las agrupamos en forma exhibida por entender que va de acuerdo con estas jerarquizaciones y porque es el orden que más se aproxima al contenido de nuestros textos,¹³ a lo menos en derecho privado al que nos referimos en concreto, lo cual se entenderá mejor con lo que diremos de cada una de estas fuentes.

4. **Ley o Legislación.** Antes de entrar al estudio de los modos de obtener la ley considerada como fuente, abordaremos una cuestión previa, que consiste en saber si se constituye por la legislación o por la la ley, esto es, ¿Qué debe considerarse como fuente del derecho, la ley o el proceso legislativo? Esta interrogación sintetiza el problema. Muchos autores repiten que es la ley. Algunos, como los que citamos en seguida, piensan diversamente.

El maestro García Máynez sostiene que la ley no es fuente del Derecho, sino producto de la legislación. "Esta es la más rica e importante de las fuentes del orden jurídico positivo. Podríamos definirla -agrega-, como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan

13. Art. 14 Cons., 19 Código Civil y 1324 del Código de Comercio.

determinadas reglas jurídicas de observancia general". Luego la fuente, la causa es el proceso legislativo; lo que de ahí mana, el efecto es la ley. Y no son la misma cosa.

El maestro de Pina escribe que las frases fuentes del derecho tienen tres sentidos, "como fuentes de los derechos subjetivos, como fuentes del derecho objetivo y como fuentes del conocimiento del derecho". Y que realmente esa frase tiene un valor convencional, ya que expresa, no la fuente, sino el derecho mismo.

La ley o la costumbre son derecho, no origen de él. "En último término, sólo pueden ser consideradas como fuentes de las facultades que de ellas pueden derivarse en relación con los sujetos del derecho positivo, es decir, que la ley o la costumbre sólo pueden ser consideradas como fuentes de los derechos subjetivos, pero no del derecho positivo objetivo". Un poco adelante continúa este autor: "En realidad, en los países como México en los que se encuentra con un órgano legislativo específico, es decir, con un poder legislativo, la fuente única del derecho es la voluntad normalmente mayoritaria de la Cámara (o Cámaras), expresada de acuerdo con las formalidades establecidas en la Constitución y en los reglamentos de debates".

De acuerdo con el pensamiento de los maestros citados, el proceso legislativo es la fuente del derecho, de

la ley misma, ¿Pero la legislación no se funda a su vez en las leyes, en reglamentos como sostiene el maestro de Pina?. Las fuentes formales son procesos de manifestación de normas jurídicas. La idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierta forma y *deben realizar determinados supuestos* (escribe el maestro García Máynez). ¿Y qué son esos supuestos, sino leyes que fundamentan el proceso sin el cual no tendría validez formal una ley producto de la legislación? Entonces ésta, en cierta medida, es producto de la ley, sin la cual no tendrá valor. La Constitución General de la República tiene la naturaleza de norma jurídica Ley fundamental suprema, pero ley que regula a otras, así como cada una de las etapas en que se manifiesta la voluntad legislativa. ¿Qué son entre otros, los arts. 50, 70, 71, constitucionales y los demás que fundan el proceso legislativo, sino ley?.

Creemos que en este punto incide claramente el problema de las fuentes en el campo de la Filosofía del Derecho. Sería necesario indagar qué es el derecho en sí, formal, estatal, o natural, etc., que el derecho en su noción última y a cuál de esas formas de derecho da origen la ley; o efecto de cuáles de ellas es producto ésta. Sin duda el derecho en su excepción última es anterior a toda ley. (aunque

para muchos autores y escuelas positivas no es así). Pero formalmente la ley puede originar derecho, a su vez.

Legislación y ley, podemos concluir, así como las demás fuentes formales reconocidas pueden originar derecho en correlación mutua. Ambas se exigen y completan. La una sin la otra no se explican debidamente.

Someramente vista esta cuestión entraremos al análisis de esta fuente siguiendo su proceso de legislación, estableciendo en que consiste primero la ley.

¿Qué es la Ley? No vamos a referirnos a los múltiples significados del vocablo. No interesa por ahora su acepción en el mundo de la naturaleza, de la moral, etc. Ni sus diferencias y semejanzas con la del mundo del deber ser. Nos ocupa su contenido estrictamente jurídico.

Las definiciones pueden agruparse en tres clases; las que se refieren al aspecto formal; otras basadas en elementos materiales, de fondo; y un tercer grupo eclético.

He aquí algunas de las primeras: "Es la norma jurídica emanada del poder público."¹⁴ En sentido estricto, la ley se reduce a la regla de Derecho votada por las Cámaras

14. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Trinidad García, pág. 22.

Legislativas, y sancionadas con la firma del jefe del Estado" (Bonnecase).

Como la expresión o el resultado de la voluntad mayoritaria de las Cámaras Legislativas, o de un órgano de poder centralizado en una persona o en un organismo integrado por un corto número de personas, respecto a la ordenación de la conducta humana o a la constitución de órganos o instituciones necesarias para el desenvolvimiento de la vida individual o social (de Pina).

Las definiciones de este tipo, como se nota, atienden al órgano estatal que emite la ley, no a su contenido.

Entre las definiciones materiales o en cuanto al fondo, el mismo Bonnecase al determinar la ley desde este punto de vista sostiene:

Toda ley es, en principio, una disposición de orden general y permanente, que comprende un número indefinido de personas y de actos o hechos; a los cuales se aplica *ipso pure*, durante un tiempo indeterminado.

Víctor Cathrein, de postura ecléctica, opina que es "Toda norma de conducta obligatoria y duradera, que se promulga en una sociedad pública por el gobernante y para el

bien común".¹⁵ La mayoría de los autores coinciden en que la ley es una norma de conducta obligatoria, general, abstracta y permanentemente sancionada por el poder del Estado.

Por razones que se imponen, las últimas definiciones son las que dan una idea más completa de la ley. Veamos ahora el proceso mediante el que se producen.

El moderno proceso legislativo comprende seis etapas, afirma García Máynez, a saber: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de vigencia.

Y el maestro de Pina considera la iniciativa, la discusión y aprobación, la promulgación, la publicación y eventualmente, el veto.

Como en el fondo coinciden estas expresiones, analicemos, aunque en forma sucinta, cada una de esas fases siguiendo a los autores nombrados, en virtud de apegarse al derecho nacional.

a) Iniciativa. En la formación de las leyes, es el acto por el que determinados órganos del Estado someten a consideración del Congreso un proyecto de ley. El derecho de iniciar las leyes o decretos -según el art. 71 de la Constitución Federal- compete:

15. El Derecho Natural y el Positivo. Madrid, Editorial Reus, (S. A.) pág. 54.

- I . Al Presidente de la República;
- II. A los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, y
- III. A las legislaturas de los Estados

Prácticamente como dice Lanz Duret -citado por Pina- el ejecutivo inicia en México la mayor parte de las leyes. Las presentadas por el Presidente de la República por las legislaturas de los Estados o por diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presenten los senadores y diputados, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates (se refiere al Reglamento de debates de cada una de las Cámaras, es decir al conjunto de normas que establecen las formas en que deben ser discutidas las iniciativas de Ley).

En los Estados la facultad de proponer la aprobación de proyectos de ley o decreto, a las legislaturas particulares corresponde en general a los Gobernadores, a los Diputados, a los Tribunales Superiores de Justicia y a los Ayuntamientos.

b) Discusión. Es el acto por el que las Cámaras deliberan acerca de las iniciativas para determinar si deben o no de ser aprobadas. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modos de proceder en

las discusiones y votaciones. Los artículos 72 y 73 de la Constitución Federal tratan ampliamente del proceso que se sigue.

c) Aprobación. Consiste en la aceptación que las Cámaras hacen de un proyecto de ley, Puede ser parcial o total.

d) Sanción. Consiste en la admisión que de una iniciativa de ley hace el Poder Ejecutivo, una vez aprobada por las Cámaras.

e) Publicación. Es el acto por el cual la ley aprobada y sancionada se da a conocer a quienes debe regir.

f) Iniciación de vigencia. Consiste en determinar en qué momento una ley emitida con todas las formalidades se impone obligatoriamente a los sujetos a quienes va a gobernar.

Tales son, en resumen, los actos seguidos para elaborar la ley considerada, con razón, la fuente formal jurídica por excelencia.

5. Principios Generales del Derecho. Siguiendo el cuadro expuesto y lo que parece deducirse de los arts. 14 constitucional, 19 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y el 1324 del Código de Comercio, la

fuente inmediata, señalada para cubrir los defectos de la ley, son los principios generales de Derecho. Que sean, cuántos, naturaleza, etc. son cuestiones muy debatidas. tanto que ni lo expresado por ellos ha podido formularse con exactitud por los autores. Son vagos e impresisos. Cambian con los sistemas jurídicos. Y dentro de cada ordenamiento en relación con las diversas ramas del derecho; penal, civil procesal. Pero en general, se reconocen como fuentes formales supletorias, que funcionan como normas, criterios de interpretación y aplicación de ellas.

Las concepciones abundan, considerándolos como los del Derecho natural, los de la equidad, los del Derecho romano, los contenidos en las obras de los intérpretes antiguos, los postulados en la Ciencia Jurídica, o derivados de una legislación vigente, etc., pero es dable resumirse -con Castán Tobeñas y el Dr. de Pina-, a tres direcciones: la filosófica o ius naturalista, la positivista o histórica y la ecléctica, dentro de las cuales se localizan múltiples subdivisiones. He aquí sus generalidades:

a) Filosófica o ius naturalista. Se funda en la existencia fuera de todo derecho positivo, de un orden intrínsecamente justo, que se halla por encima o junto al legislado, constituido por principios inmodificables, perennes, modelo de todo derecho. Son normas de justicia,

reveladas por la razón y la conciencia, que encierran verdades jurídicas universales... El contenido de ellos es abstracto e inmutable, según algunos jusnaturalistas. Varía con las exigencias y cambios sociales, de acuerdo con otros. Son éstas algunas de las principales manifestaciones de esta corriente.

b) Positivista o histórica. Para esta dirección los citados preceptos generales están contenidos en los ordenamientos jurídicos concretos. Se llega a ellos por generalización creciente de las reglas particulares de la ley, hasta obtener normas generales que comprendan, llegado el momento, casos dudosos, insuficiencias legislativas: "Son los fundamentales de la misma legislación positiva -escribe Coviello-, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales, en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse, pueden ser racionales, de ética social, de derecho romano, o los admitidos por la costumbre, pero valen, -según este autor-, porque informan el derecho positivo convirtiéndose en vigente".

Cenelutti. Citado por el maestro García Máñez expresa metafísicamente: "no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito, como

del alcohol dentro del vino: son el espíritu o la esencia de la ley".

Dentro de este grupo de tratadistas puede comprenderse a los que identifican los principios generales con los del derecho romano, que no son otra cosa que conjunto de nociones tradicionales, -históricas-, a las que se recurre en defecto de la ley, Mussineo cita, entre otras: las obligaciones contraídas han de ser respetadas (*pacta sunt servanda*); el acreedor no debe grabar con su actitud la situación del deudor dado que en general la ley protege la situación del deudor (*favor debitoris*); no se puede cargar más de una vez sobre el sujeto la responsabilidad de un hecho (*nonbis in idem*); en el conflicto entre dos adquirentes de un mismo derecho es preferido quien primeramente lo haya adquirido (*prior tempore iure*); la capacidad de obrar es la regla y la incapacidad la excepción etc. Duci da como ejemplos los siguientes: la libertad de la persona y la propiedad no está limitada sino por la igual libertad de las demás personas y de la propiedad de las otras; la persona se presume libre de obligaciones; nadie puede transmitir más derechos que los que tenga; nadie puede enriquecerse injustamente en daño de otro; la voluntad privada de los contratantes no puede crear obligaciones sino en virtud de causa justa, etc. (como es de observarse, todos estos principios están contenidos en nuestras leyes).

c) Posiciones Intermedias. Son aquellas que, como se indica, participan de las dos anteriores. Mencionemos el pensamiento de algunos autores. El profesor Legaz dice "Los principios generales del Derecho son principios jurídicos fundamentales, de validez universal y absoluta; principios de derecho natural, si quiere usarse esta terminología. Pero en tanto que se hable de estos principios no en un plano puramente filosófico jurídico, sino en el de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que tales principios del Derecho natural deben estar incorporados a la legislación positiva".

Del Vecchio, tachando de exclusivista y estrecha la concepción que circunscribe los principios generales del derecho a los de un determinado derecho nacional, de cuyas normas particulares hayan de extraerse, entiende que el legislador impone una sola exigencia a la relación que debe existir entre los principios generales y las normas particulares del derecho: que entre unas y otras no haya ninguna desarmonía o incongruencia.

Entendemos que ésta postura es la más acertada por fundarse simultáneamente en preceptos extraídos del orden positivo, y en los del derecho natural, en defecto de aquellos.

En México el criterio de la Suprema Corte de Justicia ha oscilado entre ambos extremos. Siguió al principio la tendencia positivista (Sentencia de 25 de agosto de 1928, Semanario Judicial de la Federación, T. XIII, pág. 995. Igual doctrina sirvió de guía en sentencia de amparo de 11 de febrero de 1935). Pero en ejecutoria de 15 de marzo de 1938 - según el Dr. de Pina- , se inclina a la concepción filosófica: "Los principios generales del Derecho deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho, mediante procedimientos filosóficos jurídicos y generalizados, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos "principios", que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse ampliando aquellos.

Una última consideración respecto a esta fuente formal. Pensamos que según nuestros textos legales (art. 14 Cons. 19 del Código Civil y 1324 del Código de Comercio) las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley, o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho, luego el orden jerárquico es el siguiente: ley, interpretación jurídica, principios generales

del derecho. Sería mejor que nuestros textos, antes de remitir a los principios generales, envíen a la costumbre jurídica, ésto, por lo menos dentro del derecho privado, apoyándonos en las siguientes razones, a reserva de ampliarlas en capítulos venideros.

Primera: los enunciados principios, en todas sus concepciones positivo-jusnaturalista son, precisamente por ser generales, reglas de una gran elasticidad; son lo más abstracto en el complejo de un ordenamiento jurídico, lo fundan y cubren. Por lo mismo, no debe recurrirse a ellos expresadamente en casos concretos, cuando puede invocarse otra fuente más determinada para suplir la falta de una ley, por ejemplo, la costumbre.

Segunda: La costumbre jurídica expresa las necesidades y exigencias de la vida social en un momento dado. Encarna las aspiraciones colectivas diría Bonnacase; es la realidad misma. Exterioriza el sentimiento común de una sociedad, o parte de ella, considerando como jurídicamente obligatorio. La concreción la distingue de los principios generales. Por más concreta debe ser más inmediata.

En síntesis, la prelación sería: ley interpretación jurídica enviando primero a la costumbre, agotada está a los principios generales del derecho.

6. **Costumbre.** Esta fuente constituye el objeto principal de este trabajo; por esa razón damos su estudio a los capítulos posteriores. Continuemos, pues, así sea sumariamente con las restantes.

7. **Jurisprudencia.** Los sistemas jurídicos se han desarrollado con ayuda de la jurisprudencia. De ahí que se considere por algunos autores como fuente. Hasta cierto punto es necesaria. Esta necesidad se funda, al igual que muchos otros problemas del derecho, en caracteres connaturales a él, derivados de la antítesis que se da; por una parte la existencia de que haya preceptos estables, seguros, rectores de la vida colectiva; y de la otra, la necesidad de adaptar esas reglas a los inevitables cambios de la vida real.

La ley adopta elementos de fijeza, pero al mismo tiempo que una garantía, constituye un estancamiento, impidiendo en ciertas facetas el desarrollo de la vida jurídica. Carece de esa mutabilidad que viene a llenarse con la jurisprudencia.

a) **Acepciones.** El vocablo tiene acepciones varias. Unas doctrinales, legales otras. Entre las primeras puede significar la ciencia del derecho de los tribunales. Entre las primeras puede significar la ciencia del derecho de los tribunales. Las que pueden llamarse definiciones legales se derivan de las leyes; y en nuestro derecho positivo se

contienen en los arts. 193 a 195 de la ley de Amparo. Considerada la jurisprudencia como fuente, la doctrina general la define -con el Dr. de Pina-, "como el criterio de interpretación judicial de las normas jurídicas de un Estado, que prevalece en las resoluciones de un Tribunal Supremo o de varios Tribunales Superiores".

b) Objeto. El propósito de la jurisprudencia es obtener una interpretación uniforme del Derecho en los casos que la realidad presente a los jueces. Se persigue alcanzar, efectivamente, el principio de la igualdad de todos los miembros del Estado ante la Ley. Por esa razón el Órgano jurisdiccional competente para establecer jurisprudencia debe ser único, ya que la variedad implica multiplicidad en las interpretaciones, lo cual tendería a desvirtuar la función propia de unificar el sentido que debe darse a los preceptos jurídicos.

c) Alcance. Los criterios establecidos por la jurisprudencia tienen una autoridad que varía con los autores y regímenes. Para aquellos países de derecho consuetudinario las decisiones de los jueces son el eje del derecho positivo. Para otros, como el español, la jurisprudencia no se considera como fuente del derecho, sólo constituye un criterio orientador, muy fecundo y eficaz. Pero sólo eso.

En México, ¿hasta dónde llega la obligatoriedad del criterio jurisprudencial?

La Constitución Federal de la República en su art. 107, frac. XIII, la fundamenta. Y el art. 192 y siguientes de la ley de Amparo determinan el alcance y condiciones a que debe sujetarse la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de Justicia. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia en sus ejecutorias de amparo, solo podrá referirse a la Constitución y demás leyes federales. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno sobre interpretación de la Constitución y leyes federales y tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria tanto para ellas como para las Salas que la componen, los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje (arts. 192 y 193 de la ley de Amparo que resumen los límites de la jurisprudencia).

Los distintos maestros García Máynez y Rafael de Pina sostienen que en Derecho Mexicano puede hablarse, por lo tanto, de jurisprudencia obligatoria y no obligatoria. La primera es la que se refiere al Derecho Federal; la segunda al Local.

Nosotros, en relación con el tema principal de esta tesis, pensamos con algunos autores, que la jurisprudencia no es más que una forma de la costumbre jurídica. Precisamente llega a tener obligatoriedad cuando llena los requisitos de ésta, o sea, cuando se convierte en "*usus foris*", lo cual implica reiteración constante -cinco ejecutorias-; manifestada al establecerse con autoridad. Muchos autores sostienen lo expuesto. Entre otros citamos a Alcalá Zamora y Castillo, entiende que "los juristas como miembros de la comunidad, dependen, en sus fallos uniformes, crear usos judiciales, que tendrán el carácter de normas consuetudinarias cuando se den todos los requisitos que éstas demandan.¹⁶

Los anotadores de Enneccerus -escribe Castán¹⁷-, legitiman la jurisprudencia, incluyéndola en el ámbito de la costumbre, al ser una de sus más importantes formas. Partiendo de la base de que constituye costumbre toda manifestación jurídica *rebus ipsis et factis*, exteriorizada de algún modo, que determine la imposición autárquica de una regla jurídica.

8. Usos. La determinación de esta fuente supletoria, así como su distinción con la costumbre jurídica,

16. Derecho Consuetudinario y Función Judicial, en el volumen Estudios de Derecho Procesal. Madrid, págs. 482 y sig.

17. Teoría de la Aplicación de la Investigación del Derecho, José Castán Tobeñas. Madrid, pág. 167.

es un problema arduo. Los Tratadistas no logran ponerse de acuerdo. A reserva de ampliar el estudio de esta materia en la parte correspondiente a la costumbre, expondremos aquí una síntesis de las relaciones que hay entre ésta y el uso, para lo cual citamos algunas definiciones que nos den ideas al respecto.

Pugliatti sostiene que el uso es el elemento material y objetivo de la norma consuetudinaria y consiste en la espontánea repetición de un acto, por parte de un determinado grupo de sujetos".

Gény los define así: "Se trata de las prácticas generales unas, otras locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente de los contratos, y que, en virtud del principio de la anatomía de la voluntad, se sobreentiende en todos esos actos, inclusive, con algunas reservas en los de carácter solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes".

La costumbre es un uso reiterado; el uso de una costumbre en formación, opina el Dr. de Pina.

En general se acepta que se constituye con la práctica repetida y constante de un hecho. El mismo Gény define la costumbre "como un uso existente en un grupo social

que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo".

La idea general para distinguir el uso y la costumbre es que aquel es sólo una variedad de ésta. pero suelen señalarse otras diferencias: el uso es la causa, la costumbre el efecto; el primero es menos general que la segunda; el uso es siempre práctica o repetición continuada de actos de una misma especie; la costumbre, es verdadero derecho, el uso sirve solo para interpretarlo; la primera tiene dos elementos -objetivo y subjetivo-, el segundo sólo el objetivo.

En esto se agrupan las divergencias y relaciones entre estas dos fuentes, de acuerdo con la doctrina.

En derecho positivo mexicano ¿Qué sentido tienen? Opina el Maestro García Máynez que, en general, suele dársele a esos vocablos significación sinónima en nuestras leyes. El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales se refiere al uso y la costumbre indistintamente en los artículos 997, 2607, 2754, etc. El segundo de los preceptos citados refiriéndose a la prestación de servicios dice: "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". La palabra costumbre se emplea aquí, en el sentido de uso, opina el jurista arriba mencionado.

La Ley Federal del Trabajo en el art. 197, establece: "Son obligaciones especiales del patrón en el trabajo del campo, las siguientes:

III.- Proporcionar gratuitamente a cada peón acasillado para siembra propia, en las fincas que tengan más de cincuenta hectáreas de cultivo agrícola, terreno cuya extensión se determinará, a falta de convenio expreso, en relación con la extensión de la finca, clase de tierra laborable y número de peones, según la costumbre del lugar. En ese terreno los peones acasillados podrán emplear los animales, aperos y demás instrumentos de labranza del patrón, sin perjuicio de las labores de la finca", también aquí la voz costumbre tiene acepciones idénticas a la de uso.

El Derecho Mercantil, el artículo segundo de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito habla de usos también como sinónimo de costumbre. Siguiendo el pensamiento del catedrático Mantilla Molina, se distinguen los usos normativos y los interpretativos. Los primeros son aquellos practicados

por toda un colectividad, con la convicción de ajustarse a una regla de derecho, cuya validez es ya objetiva e independiente de la voluntad de las partes. Los segundos, como su nombre lo indica, sirven para interpretar relaciones entre personas determinadas, son como cláusulas contractuales, que aún no manifestadas explícitamente, tienen un valor similar a las estipulaciones de las partes, aplicándose sólo a las personas en cuyas relaciones se formaron, siempre que no se demuestre que el consentimiento tácito es inexistente.

Resumiendo. El uso no es fuente de derecho autónomo en México, revistiendo el carácter de obligatoriedad sólo cuando la ley remite a él.

9. **Equidad.** Tradicionalmente se ha considerado a la equidad como elemento inseparable de la justicia, considerada ésta en su acepción profunda, filosófica.

Se le atribuye a veces carácter objetivo, como algo real en los ordenamientos positivos. Otras como una virtud de juzgador, de origen subjetivo. Respecto de los principios generales del derecho algunos autores la consideran integrante de ellos. Niegan otros tal propiedad.

En estas dualidades podría compendiarse la abundancia de temas originados en esta fuente. Nosotros nos limitamos a sintetizar las ideas más generales referidas a

esta parte de nuestro estudio, así como señalar el papel que se le asigna en nuestro derecho.

La equidad desarrolla una función correctora de la ley. Este ha sido el pensamiento clásico señalado por Aristóteles y comunmente aceptado después.

Los romanos consideraron polifacéticamente el concepto. La tuvieron siempre en alta estima, a tal grado que lo incluyeron en la idea misma del derecho, según lo definió Ulpiano, diciendo: *jus est ars boni et aequi*.¹⁸

Entre las definiciones, una de las más sencillas es la de Savatier al escribir que "La equidad es el derecho natural interpretado por el juez". Castán sostiene que "es el criterio de determinación y valoración del derecho que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida con sentido flexible y humano (no rígido y formalista) el tratamiento conforme a su naturaleza y circunstancias".¹⁹

Para otros juristas no es fuente, sino un criterio de interpretación de las normas jurídicas. Así para

18. Eugene Petti. Tratado Elemental de Derecho Romano, pág. 19.

19. Castán. La Idea de la Equidad y su Relación con Otros Conceptos Morales y Jurídicos, en la "Revista General de la Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Num. 3, 1950, Año XCVIII.

el Dr. Pina es un disposición de ánimo del juez que le induce a buscar el sentido de la norma jurídica al caso concreto que debe resolver. Es, en suma, un criterio de aplicación del derecho.

Basta con observar las citas enunciadas para concluir que el concepto de equidad es indispensable al de justicia, es "como una rama desprendida del árbol de justicia", en palabras de Géný.

En nuestra legislación positiva algunos pensadores la consideran como principio general del derecho que desempeña un papel supletorio. Realmente no es una fuente general del derecho mexicano, pero sí particular, ya que ella se refieren varios preceptos legales. Expresamente el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo en las palabras siguientes:

"Los casos no previstos en la presente ley, o sus reglamentos, se resolverán de acuerdo con la costumbre, o el uso y, en su defecto, por los principios que se derivan de esa ley, los de derecho común en cuanto no la contraríen y por la equidad". Y tácitamente se refieren a ella algunos artículos del Código Civil, entre los cuales mencionaremos los 19, 20, 1857, etc. El segundo de los enumerados dice: artículo 20 "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios, y no a favor del que pretenda

obtener lucro. Si el conflicto fuera entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando siempre la *mayor igualdad* posible entre los interesados". El precepto transcrito es uno de los que incuestionablemente refiérese a la equidad. La significación etimológica del vocablo es igual igualdad de ánimo. Paridad que debe buscarse al encontrar intereses en pugna.

El criterio de la Suprema Corte es el siguiente: "Mientras haya normas legales de aplicación al caso, no hay por qué tratar de corregirlas sustituyéndolas por un criterio subjetivo; mientras la ley no haya reconocido positivamente los dictados de la equidad, estos no constituyen el derecho y los jueces cometerían grave error, si quisieran modificarla en obsequio de aquella, o mejor dicho, de lo que consideran como equidad, pues tal acosa implicaría un peligro de arbitrariedad. *No tiene por tanto la equidad en nuestro derecho, valor jurídico correctivo o supletorio de las normas legales...*"

10. Acuerdos Internacionales. Son manifestaciones de la voluntad soberana de los Estados con el objeto de fijar normas que regulen sus diversas relaciones jurídicas.

Algunos tratadistas no los consideran como fuente jurídica, en virtud de no reconocerle carácter de

verdadero derecho al internacional. Otros aseguran un cambio, que son la fuente formal más importante en esta disciplina. Sigue en común los problemas referidos a la ley considerados como origen de derecho. Esto es, el saber si en los acuerdos internacionales son estos la fuente o sus procesos de formulación. La solución, por lo tanto, es la misma aceptada al hablar de la ley.

Entendemos que la solución respecto de los acuerdos internacionales considerados como origen de derecho, así como de su naturaleza está comprendido en los artículos 76 frac. I, 89, frac. X, y 133 de nuestra Constitución Federal. El último de los citados preceptos estatuye: Art. 133. "Esta Constitución, las leyes del Congreso y de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

De donde se infiere que los tratados internacionales tienen la categoría de leyes constitucionales en nuestro derecho.

11. Doctrina. Se constituye por la actividad científica-filosófica de los tratadistas, en virtud de la cual se llega a conclusiones respecto de la aplicación e interpretación de los preceptos legales. Es fuente indirecta. En otras épocas y países lo ha sido directas. Roma, España, Francia, la concibieron en alguna fase de su historia como verdadera fuente del Derecho.

Actualmente -como México también-, no tiene obligatoriedad legal y, sin menoscabar su importancia, su función se reduce a guiar las manifestaciones de la vida jurídica.

12. Analogía. Con la presente termina nuestra revisión breve de las fuentes formales del derecho contenidas en el cuadro sinóptico. Esta se considera en algunos sistemas jurídico-positivo como un principio general de derecho; en otros como medio de interpretación. Pero es común asignarle una función integradora de la Ley. Es, y ha sido uno de los medios más eficaces para resolver casos no previstos por las normas legales.

Generalmente se nombra analogía a la relación existente entre un caso comprendido en una ley, con otro no incluido en ella que, por tener semejanzas parciales de esencia, permiten ser tratados en igual forma jurídica.

Se funda en el principio de que "Donde existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma (*Ubi aeden ratio, idem jus*). Pero no basta que haya dos situaciones semejantes, es menester que la razón en que se inspira la regla legal pueda referirse al caso no previsto por ella.

Suele decirse que se aplica entonces analógicamente la norma, lo cual con el criterio del maestro García Máynez es impropio, ya que realmente se aplica una norma nueva con supuesto jurídico diverso. Después de fundados razonamientos incluye el citado jurista, "No debe hablarse de aplicación analógica de un precepto legal a un caso no previsto, sino de *creación o formulación analógica* de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquél precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes.

La legislación mexicana no hace alusiones generales respecto de la analogía. No la acepta o rechaza totalmente, de modo parcial se refiere a ella, prohibiéndola, en el artículo 14 constitucional.

En el campo del derecho privado no se autoriza o niega expresamente. Pero se menciona en el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito, el cual aludiendo a la interpretación de los contratos estatuye. "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este código, se

regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento".

CAPITULO V

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA COSTUMBRE

Situada la costumbre dentro del cuadro general de las fuentes formales del derecho, indagaremos aquí auxiliares de la sociología y la historia, com crece y se desarrolla.

1. La costumbre como producto social. Como todo fenómeno colectivo, la costumbre nace y se desenvuelve en las sociedades. Se origina en la naturaleza misma del hombre, y que es un ser imperfecto. Y por serlo, está impedido a vivir con sus semejantes. Su impotencia para subsistir aislado es sustituida en la colaboración y deseo mutuo de conversación individual, que por ser común, se convierte en social.

Esta necesidad intrínseca de con-vivir exige relaciones de variada índole entre los agrupados, que se manifiestan de múltiples formas, según el estado cultural del conjunto humano en que se dan. Constituyen los vínculos que

unen a los hombres, medio insuperable para intercambiar ideas y pensamientos. Por ellos, los asociados, al comunicarse, descubren que muchas de las necesidades e intereses de unos son de otros. A veces se oponen. Pero de la coexistencia, brotan aspiraciones convergentes que, hasta cierto punto, se imponen a los fines particulares, manifestándose espontáneamente y libremente a través de la costumbre en todas sus formas: religiosa, moral, artística, etc.

Costumbre, arte, religión, lengua, no se explican sino como voluntad social. Son fenómenos universales.

Una costumbre es hábito, repetición, es imitación. Tan imperiosa se muestra en los grupos, que algunos sociólogos trataron de hallar la esencia de la Sociología en las leyes de la imitación. La imitación, escribió Tarde, forma el medio psicológico entre la individualidad psíquica y las instituciones sociales. Los individuos al imitarse se comunican y, al hacerlo, con el tiempo, se organizan los entes colectivos en los que las diferencias individuales se restringen. "Imitar o ser imitado es vivir en sociedad".²⁰

La imitación, pues, crea costumbres. Son copia de actitudes de unos por otros que se difunden y arraigan en constante inter-influencia. Pero ¿Cómo aparecen en concreto?

20. Antonio Caso. Sociología, México, pág. 179.

Bonnacase sostiene que fueron actos, resoluciones de los caudillos o jefes que al reproducirse se extendieron adquiriendo permanencia. Son ejemplos de hombres geniales o distinguidos, héroes o santos que imitan las multitudes, añadimos. Pueblos enteros siguen la ruta que un día señalaron hombres preclaros. "La historia universal -sostiene Carlyle-, es en el fondo la historia de los grandes hombres". No hay más historia que la trascendencia social del hombre de genio -cometa Antonio Caso-. "Ellos, los superiores, inventarían, amarían, realizarían; los copiaríamos sin término y repetiríamos sin sentido la actuación de los superhombres..."

Son concepciones extremas pero evidencian la fuerza del derecho social de la costumbre.

2. Heterogeneidad de la costumbre. Aparecida ésta se nos ofrece indiferenciada, como exponente de creencias y tradiciones comunes. Identifica peculiaridades psíquico-volutivas de tribus, clanes, pueblos. Al principio, como los fenómenos de la conciencia, son complejas, imprecisas. No se distinguen unas de otras: las morales, religiosas, éticas, etc. forman en todo heterogéneo pero compacto.

Wundt afirma que la génesis y circunscripción de la costumbre se rige por dos leyes. Una de los tres estadios. Otra: de la heterogénesis de los fines. En el primer estadio, las costumbres se forman en los pueblos, pese a las

inclinaciones egoistas individuales, merced a la influencia de los motivos religiosos; más tarde móviles morales los sustituyen.

El segundo se caracteriza porque las relaciones sociales se van organizando; empiezan a diferenciarse las zonas de lo religioso y lo moral. En el tercero, religión, moral y derecho se distinguen entre sí con bastante precisión.

"Por la heterogénesis de los fines, segunda de las leyes, los motivos que originan una costumbre desaparecen, pero ésta sobrevive, produciendo nuevos efectos que, poco a poco van alejándose más de los hechos que las motivaron..." Esto es, la costumbre es conjunto de hechos con naturaleza varía que en su evolución engendra otros nuevos, sujetos a su vez, a mudanza constante.

Así se origina en la sociedad vista sociológicamente. Examinemos la relacionada con el derecho a través de la historia.

3. Sociedad y derecho consuetudinario. La sociedad engendra la costumbre. Pero no tiene la misma dimensión e importancia en todos los grupos humanos. Varía de acuerdo con el estado cultural de las colectividades siguientes:

a) Horda. Se forma por el conjunto de hombres sin lugar fijo para vivir, Los cambios de producción natural en las tierras los obligan a emigrar constantemente de una a otra región, en busca de mejores condiciones climaterico-alimenticias. Caza y pesca son el medio normal de subsistencia. Su carácter errante les impide, en gran medida, desarrollar instituciones, excepto las más rudimentarias. El sistema comunal de vida y la casi total ausencia de la propiedad privada con sus consecuencias, anula en gran parte la individualidad. Impónese la decisión del grupo en sus modos de regirse.

La costumbre profundamente religiosa regula la existencia.

b) Grupo gentilicio o clan. Acicateado por las necesidades el hombre se ingenia; cultiva las plantas de que se nutre procurando conservar sus frutos. Amansa los animales que antes mataba para alimentarse: nace así la agricultura y la domesticación de bestias. Con ello adquiere fijeza; los grupos se tornan sedentarios. Se fortalecen los lazos familiares y consanguíneos, haciéndose más duraderos. La producción va perdiendo su carácter comunal aparejada al surgimiento de la propiedad privada. El tótem es centro de reunión tribal.

Agricultura, domesticación de animales, fijeza familiar, tótems en conjunto, producen reglas consuetudinarias obligatorias para la comunidad, extendiéndose a gentes extrañas que por adopción entran a formar parte de las tribus. Gobiernan los ancianos enseñando buenos hábitos y proceder conservados como tradición respetable.

Los preceptos fijados por la costumbre aún indiferenciada dominan esta época.

c) Grupos super-gentílicos. La necesidad de hacer frente a peligros o enemigos superiores hizo que los grupos de familias y tribus se unieran para afrontarlos. El guerrero más valiente de entre ellos se ponía al frente de la unión. Desempeñaba el caudillo funciones de autoridad, legislador y juez. Concentraba en sí los poderes. Las normas que este fija eran tenidas por todos como obligatorias. La propiedad privada se difunde. Se inicia la formación de pueblos. El derecho empieza a trocarse político, positivo, independiente de los vínculos sanguíneos -familiares, fortalecido con el poder de los caudillos.

Empero la costumbre jurídica permanece todavía mezclada con la moral y la religión. Jesucristo centró admirablemente el problema cuando dijo: "Dar al Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César".

Y es hasta hace pocos siglos relativamente, con el surgimiento de los Estados y ciudades modernas, cuando se han delimitado los ámbitos de la aplicación que a cada una de esas esferas pertenece. Al mismo tiempo va imponiéndose al derecho legislado.

4. El derecho consuetudinario en diversos pueblos. La costumbre como expresión de derecho ha imperado, por lo visto, en general, en las etapas primitivas de los pueblos, Examinémosla sumariamente en relación con los países que directa o indirectamente han influido en nuestro sistema jurídico.

a) Roma, Grecia, China, Egipto, Siria, etc.. Toda la antigüedad vivió sin duda, largos siglos en derecho consuetudinario. Referirnos a ellos co detalle sale de nuestro objeto. Entremos, pues al estudio del pueblo rey.

Fijar las etapas evolutivas del derecho romano es problema delicado por variados puntos de vista, desde los que se puede hacer. Por ser Petit una de los autores más conocidos seguiremos la división que él hace al respecto.

Cuatro períodos suelen señalarse:

Periodo Primero: de la fundación de Roma a la Ley de las XII tablas (1 a 304 de Roma).

Los tres primeros siglos de vida romana se rigieron individualmente por el derecho consuetudinario. En materia privada tenía su fuente única en usos establecidos entre los fundadores de la ciudad y que pasaron por tradición "de la población primitiva a a nación nueva". Son las costumbres de los antepasados, *Mores Majorum*... El pueblo toma las decisiones para convertirse en leyes en los comicios curiados primero, y en los centurianos después; generalmente sobre derecho público. Algunos autores opinan que hubo leyes respecto del privado. Pero la fuente de éste era la costumbre.

Los privilegios de los patricios originaron luchas constantes con los plebeyos, que pugnaron siempre por lograr una igualdad jurídica que, en gran medida alcanzaron, entre otros sucesos importantes con la redacción de las XII tablas.

Dos formas adquirió el derecho consuetudinario privado: el *Fas* y *jus*. El primero de origen divino, inmutable. Humano, viable, perfectible, el segundo. Pero relacionados con los conceptos entre sí.

Las XII tablas (303-305 de Roma) contenían normas de derecho público y privado. Constituyeron la fuente jurídica por excelencia durante siglos. La influencia griega es notable en este documento al grado que algunos autores sostienen que es copia de reglas llevadas de Grecia a Roma.

Petit, sin desconocer tal influjo asienta que es obra del carácter de los redactores, "o más bien la consagración de antiguas costumbres, a las cuales de este modo se les concedió nueva fuerza".²¹

Período Segundo: de la ley de las XII tablas a fin de la República (304 a 723 de Roma). La contienda entre las clases sociales continúa originando cambios en el régimen jurídico. Los comicios por curias y centurias se sustituyen por los plebisitos, al mismo tiempo que se desenvuelve el derecho no escrito con la interpretación que pontífices y jurisconsultos hacen de las XII tablas los edictos. Las fuentes en este período eran, unas legisladas: plebisitos, leyes y edictos; otras de derecho no escrito: la interpretación mencionada y la costumbre.

Los plebisitos. Eran decisiones tomadas por la plebe en los *Concilia Plebis*, sobre la proporción de un tribuno, aplicables sólo a esta casta. A partir del año 468, rigen también a los patricios, considerándose verdaderas leyes. En los de derecho privado citamos como ejemplo: la Ley Ciencia sobre donaciones; la Ley Aquila referida al daño causado injustamente, etc.

21. Derecho Romano, pág. 36.

Edictos. En estos documentos se publicaban tradicionalmente por los magistrados declaraciones en relación con el ejercicio de las funciones. Suele clasificárseles de varios modos. Pero los edictos pretorianos fueron los que se refirieron principalmente al orden común. Su autoridad terminaba con el poder de su autor algunas veces, cuando la práctica enseñaba su conveniencia, las disposiciones de un edicto pasaban a otro y el uso terminaba por darles fuerza de ley...

La costumbre. Junto al derecho redactado marchaba simultáneamente el no escrito fundado en el conocimiento táctico del pueblo, que puede hacer la ley no sólo a través de asambleas, también consagrado por largos usos una institución o una regla de derecho. La costumbre progresó así, con la obra interpretativa de pontífices y juristas.

Período tercero: Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 998 de Roma). La constitución republicana de Roma es sustituida por un Gobierno absoluto al inicio del siglo VIII. El emperador, a partir de Octavio, concentra todos los poderes estatales. Al principio se siguen votando las leyes en los comicios como en tiempos de la República; mas, poco a poco, van perdiendo importancia; reducéndose a minoría y, finalmente son reemplazados con la resolución del senado. Este mismo decreta leyes. Leyes y

comicios son relevados por los senadoconsultos y las constituciones imperiales. Simultáneamente los edictos y las respuestas de los prudentes que gozan de *jus publice respondendi*, colaboran al apogeo que alcanzó el derecho romano en esta época.

La costumbre, no obstante ser fuente activa, pierde importancia.

Periodo cuarto: De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225a 565 de la era cristiana). Las guerras civiles y externas, así como la división en imperios de Oriente y Occidente, llevan la decadencia de las insituciones romanas. Excepto las constituciones imperiales, las fuentes escritas se agotan. Jurisprudencia y respuestas de los prudentes dejan de sentirse. No se estudia como en la época anterior. Se acude a escritos antiguos para resolver cuestiones. La multiplicidad de ellos crea contradicciones. Se impone la reforma iniciada por Constantino y que llega hasta Justiniano. Es la era de las codificaciones. La costumbre acrecenta su poder creador de reglas jurídicas.

b) Francia. El derecho consuetudinario sigue en este país más o menos la misma evolución que en Roma.

La familia gala, tuvo una organización parecida a la romana. Se componía de tribus y gens que en sus primeros

siglos de vida se rigieron principalmente por costumbres tradicionales.

Al someter Roma al pueblo galo las instituciones y leyes de éstos coexistieron con las de aquellos, en un principio. Con el tiempo el influjo romano casi fue exclusivo. A la decadencia de la monarquía franca, las instituciones llevadas a las Galias por los conquistadores pierden estima y, al decir de Esmein, se forman costumbres territoriales: "El derecho romano dejó de ser consultado como ley escrita y sus reglas solamente subsistieron en ciertas regiones, pasando a la costumbre: en un momento dado, determinó por sí sola todo el derecho secular público y privado (siglo X y XI).

En la segunda mitad del siglo XII renace la legislación romana, el derecho escrito cobra nuevos bríos; a veces aplicándose junto con la costumbre, otras transformándola o refundiéndose en ella. En esa época el poder real legisla, cooperando al progreso de normas escritas. Las ordenanzas cran nuevos preceptos o elevando la costumbre a verdaderas leyes (siglos XIII a XVI).

Como el resurgimiento del sistema romano no se aceptó con la misma intensidad en todo el país, hubo partes en las que predominó como positivo, así fué en el Sur. En el Norte imperó la costumbre. Por esa razón se llamaron "regiones

de costumbre y de derecho escrito". Claro que los regímenes señalados no eran tajantes.

La aplicación de normas consuetudinarias se va minando en los siglos XVI a XVIII, simultáneamente al progreso de leyes redactadas que logran su expresión acabada en el Código Napoleón. Con ello la costumbre es relegada a un plano secundario, superior.

c) Derecho angloamericano. Reviste peculiar interés este derecho por fundarse principalmente en la costumbre. Desde sus orígenes, reglas consuetudinarias norman la vida de Inglaterra. Las invasiones bárbaras sufridas por las islas inglesas a la caída del imperio romano, acumularon con el tiempo (siglos V-XIV) un derecho común, resultado de una serie larga de usos y costumbres fijadas por la jurisprudencia.

Se caracteriza por su realismo jurídico. Se ofrece este sistema "como un culto vivo a la realidad y practicidad" asienta Hernández Gil uno de los autores que seguimos en este resúmen. No se piense, sin embargo, en la exclusividad de un régimen consuetudinario.

Tres son las formas de manifestarse el derecho inglés; *Commun Law*, *Statute Law* y *Equity*, conceptos de no fácil determinación. La primera es efecto de la prolongada

concatenación de tradiciones histórico-jurídicas que abarcan costumbres generales antiquísimas, decisiones judiciales, colecciones de sentencias, escritos de juristas que gozan de autoridad. Cuenta con tribunales (Kingsbench, Commun Please, Exchequer) que operan vinculados al precedente, siguen la tradición, pero siempre relacionada al caso concreto (case law).

La equity administrada por los cancilleres, nació para mitigar el rigor con que se aplicaba el commun law por los tribunales ordinarios. Tiene como órgano la Court of Chancery. La statute law se integra con leyes dictadas por el Rey y el Parlamento. Equivale a la Ley escrita.

La commun law y la equity son los cauces fundamentales que nutren el derecho inglés, manifestándose a través de formas jurisprudenciales típicas, establecidas y modeladas por los jueces en el transcurso de los siglos, impulsadas por las costumbres del pueblo. Las decisiones judiciales dan así al derecho una ductilidad plegada a la naturaleza de las cosas y la realidad de los hechos. Se ciñe al caso concreto. De ahí que se le haya aplicado el proverbio: "jude made law".

Estos caracteres se reproducen en los Estados Unidos de Norteamérica, adaptados a sus propias necesidades políticas, sociales, religiosas y económicas.

d) España. La historia del derecho general hispano atraviesa por varias etapas, entre las que señalaremos estas:

Derecho Antiguo. Como sucede con muchos pueblos, el conocimiento de los modos de vida de quienes habitaron primitivamente la Península, es algo relegado a la zona prehistórica. Algunos autores afirman que los primeros pobladores fueron los ligures. Iberos y celtas les suceden, constituyendo el núcleo de la población más tarde colonizadores fenicios, cartagineses y griegos llevan sus costumbres a esas tierras. Estas múltiples culturas influyen en el desarrollo de la vida jurídica peninsular que, por regla general, descansa un precepto consuetudinario.

Derecho Romano. Los status y costumbres fueron interpretados por el derecho romano en Italia, Francia y otras provincias. Así sucedió en España a la llegada de los conquistadores. "El derecho de la Metrópoli -escribe Demófilo de Buen-, nose impuso desde luego a los pueblos dominados por Roma, rigieron, especialmente en materia civil, las legislaciones y las costumbres locales, si bien el derecho romano hizo de ellas el oficio de legislación subsidiaria, y aún vino, en ocasiones a modificar sus preceptos". Al principio hubo resistencia para aceptar el régimen de los vencedores. Con el tiempo la penetración se consolidó,

aplicándose en Iberia el derecho general metropolitano, dictándose también leyes especiales para España a través de Constituciones Imperiales, etc. Sin embargo, existieron simultáneamente los sistemas de conquistadores y vencidos (siglos III antes de J. C. a II después de J. C.).

Invaciones de los bárbaros. Diversas irrupciones de estos pueblos sufrió Hispania en el curso de los siglos: alemanes, suecos, godos, ostrogodos, etc., llevaron, junto a la dominación político militar instituciones propias. Y sin destruir las de los países sometidos, trataron de imponer las suyas a través de leyes. Entre los ordenamientos godos, por ejemplo, se citan el Código de Eurico, aplicable a éstos y romanos; la Ley visigothorum, compilación de fuentes hispano romanas, rigiendo en común estas leyes con el sistema consuetudinario de los conquistadores (siglos V a VII).

Los árabes. La monarquía goda sucumbe a los golpes de la invasión árabe. La legislación de aquellos decae y las luchas de reconquista contribuyen al desarrollo del derecho consuetudinario manifestando en los fueros (Fuero Juzgo, Municipales, etc.) que denominan largos siglos de la vida jurídica hispana, originando lo que se ha llamado derechos forales de Aragón Cataluña Mallorca, Navarra... Se multiplicaron con ello las formas de administrar el derecho. Muchas veces -asienta Martínez Mariana al tratar el concepto

de los fueros-, equivale al uso y costumbre seguida y continuada por largo tiempo... Otras equivale a carta de privilegio, o instrumento de exención de gabelas..." En ellos, pues, se halla el más genuino reflejo de las ideas y culturas de la época.

Alfonso el Sabio El rey legislador procura la unificación jurídica. De sus obras más conocidas suelen mencionarse el Espéculo, el Fuero Real y el Código de las Siete Partidas. En éste ordenamiento, título II Partida 1a. se escribe: "Embargar nom puede cosa ninguna las leyes que no hayan la fuerza et el poder que habemos dicho sinon tres cosas: et estas nacen unas de otras et an derecho natural en sí". Y la ley cuarta del mismo título define la costumbre diciendo "es derecho o fuero que non es escripto, el qual han usado los hombres luego tiempo, ayudándose dél en las cosas et en las razones sobre que lo usaron". Además, non ha de ser la costumbre contra la razón, ni contra la ley de Dios, ni contra Señoría, ni contra el derecho natural, ni contra el bien común..." (Leyes V y VI, tít. II, Partida 1a.).

Derecho moderno. Las Partidas, las Leyes de Toro, el Ordenamiento de Alcalá, otros cuerpos legales más, así como la Nueva u Novísima Recopilación norman la vida jurídica de España hasta el siglo XIX. Y aun más allá.

Mientras la costumbre continúa manifestándose en los fueros generales y locales.

El artículo 6o. del Código Civil Español vigente sintetiza el estado actual de la institución que venimos estudiando. He aquí su contenido: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho".

a) Derecho azteca. De los pueblos y civilizaciones que hallaron los españoles al llegar a tierras de Anáhuac, uno de los que ofrecían mayor desarrollo social, era el azteca. Su organización jurídica rudimentaria amorfa, se rigió en general, por normas religioso-consuetudinarias, igual que a los pueblos que les rodeaban.

De sus instituciones más conocidas la esclavitud era algo normal en ellos; la familia se basó en un régimen patriarcal, en el que el paterfamilias gozó de poderes omnímodos sobre la mujer e hijos; practicaron el divorcio por esterilidad y otras causas; el matrimonio monogámico era común, sin dejar de existir la poligamia. Conocieron la propiedad común y privada, regidas ambas por reglas tradicionales. Sucesiones, contratos, obligaciones, compraventa, permuta, arrendamiento, etc., se regulaban por normas consuetudinarias y de equidad natural. "En el antiguo

Imperio Mexicano, escribe H. de Alba, ²² del mismo modo que en los diversos pueblos de la antigüedad, el derecho tuvo su origen en la costumbre, es decir, era de tipo consuetudinario... careciendo los aztecas de una escritura fonética no podían tener un derecho escrito..."

Esto da una idea global del estado jurídico imperante en este pueblo. Nosotros creemos, sin embargo, que esta por conocerse exactamente el desarrollo alcanzado por estas por estas sociedades. Sin duda, como lo demuestran códices, escritos y demás fuentes históricas, aunque en grado mínimo como en otros pueblos, costumbre y derecho escrito coexistieron, preponderando equélla.

22. Estudio Comparado Entre el Derecho Azteca y el Derecho Mexicano, parte introductiva.

CAPITULO VI

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

Visto el origen y evolución de la costumbre, analicemos aquí algunas cuestiones más concretas, como su concepto, definición, clases, etc., para estudiar más adelante su función y valor en el derecho mexicano.

1. **Concepto.** El diccionario enciclopédico dice: Del latín *consuetudo-inis*. Hábito adquirido por repetición de actos de la misma especie. Práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de precepto. Costumbre: "La práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley; o el derecho no escrito que se ha introducido por el uso. El uso no es más que un derecho y la costumbre es un derecho, puede haber uso sin costumbre, pero no costumbre sin que le haya precedido el uso, el uso consiste en la repetición de actos y la costumbre nace de esa repetición..." (Escríche).

2. Definiciones. Casi todas coinciden en que la costumbre es un uso implantado en una sociedad. Transcribimos algunas.

Ulpiano las definió, como el conocimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso.

El distinguido maestro Dr. Rafael de Pina, escribe: "Por costumbre ha de entenderse, a nuestro juicio, la norma de conducta creada en forma espontánea por una colectividad o grupo social y aceptada voluntariamente como los individuos que la constituyen como rectora de determinadas relaciones (familiares, contractuales, etc.). La actividad según costumbre representa, frente a una situación de derecho o a una relación social, la reintegración de comportamiento observado por los miembros de una colectividad o grupo social ante hechos o relaciones idénticos a aquellos ante los que se encuentren".²³

Gény: es un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo.

3. Carácter. El pensamiento común, tanto de las definiciones como de la doctrina, es que la costumbre tiene dos caracteres esenciales llamándose de forma diversa: uno

23. Op. Cit., pág. 130.

objetivo, externo o positivo; otro interno, subjetivo o psicológico. Algunos autores añaden a esto el reconocimiento expreso o tácito de la norma consuetudinaria por el Estado. Jellineck, al contrario, reduce a la sola repetición de actos la obligatoriedad, es decir, a un factor. Podrían multiplicarse los elementos. En nuestro estudio no limitamos a los dos mencionados por ser lo más general, reduciendo a ellos los demás, compendiados en la conocida fórmula: *inveterada consuetudo et opinio juris seu necessitatis*. Examinaremos sus caracteres.

a) Carácter objetivo o externo. Se integra por el uso, que es repetición constante y suficiente prolongada de cierto obrar, lo cual exige que ante una misma relación debe haber igual comportamiento (*inveterada consuetudo*). Pero no toda repetición de actos engendra normas jurídicas consuetudinarias como veremos adelante. Dentro de esta característica suelen distinguirse, entre otros, estos requisitos: uniformidad, regularidad, pluralidad y generalidad.

Uniformidad. Significa unidad de forma. No deben ser actos discrepantes, menos opuestos, ni diversos en su naturaleza. Faltaría precisión y certeza en las normas.

Regularidad. La práctica debe ser constante, no interrumpida, ni causales o accidentales, de tal modo que se

muden transitorias. Lo pasajero es contrario a toda norma consuetudinaria o legislada. Esta periodicidad implica:

Pluralidad. Algunos autores piensan que por lo menos dos veces debe repetirse el acto. Otros que más sea cual fuere el número de ocasiones repetidas, entendemos que no pueden ser menos de dos, ya que en ello va hasta cierto punto la convicción: un sólo acto no hace ley, dijeron los antepasados.

Generalidad. No intentamos decir con esto que forzosamente deba extenderse a toda una nación o región, un uso determinado, pues como adelante veremos, muchos de ellos son locales. Sino que el ámbito de aplicación de las normas consuetudinarias tiene cierto límite espacio-personal; rigen un territorio más o menos amplio, y so aceptadas y reconocidas por la generalidad de individuos en una colectividad, no por unos cuantos.

b) **Carácter subjetivo o interno.** Reside en la convicción colectiva de que el uso es obligatorio (*opino juris seu necessitatis*). Brota de la conciencia del pueblo, dijo la Escuela Histórica. Y tal convencimiento es el presupuesto racional de eficacia del precepto. Es como su elemento formal. De ello se deduce lo siguiente:

Seguridad. De que la práctica se acepte y reciba como obligatoria por la comunidad, independientemente de la voluntad individual. La norma ejerce su imperio porque el conjunto como tal, la aprueba llevando por lo tanto aparejado este otro carácter:

Coactividad. La obligatoriedad de la costumbre exige que el poder estatal pueda aplicarla, si es menester, por medio de la coacción; tal como si se tratase de leyes escritas. Carecería de uno de los factores fundamentales sin esta posibilidad.

En resumen la reunión de estos tres caracteres o elementos distinguen la costumbre jurídica de otras prácticas que no lo son. Una repetición de actos de los que abundan en la sociedad, como el saludo, la felicitación por el onomástico, etc., no la constituyen. Añadida a esa reintegración el asentamiento común, tampoco los norma jurídicos. Pueden surgir de incontables usos, convencionalismos sociales, deberes morales, educativos, éticos, que, mientras no son regulados y sancionados por el derecho quedan fuera de su esfera, se reducen a eso: convencionalismos, normas morales...

No analizamos las diferencias entre éstos múltiples procederes; nos llevaría lejos de nuestro objeto. Basta señalar que no toda repetición prolongada y firme es

derecho consuetudinario. En este punto, como en toda normatividad jurídica, la sanción del Estado sirve de guía.

Caracterizada la costumbre examinemos sus clases y función.

4. **Clasificación.** El siguiente esquema no pretende agotar las clasificaciones que puedan hacerse de la costumbre, ni ser la mejor manera. Lo exponemos con fines didácticos y de orden.

CLASIFICACION GENERAL DE
LA COSTUMBRE

- | | | |
|---|---|---|
| A. Por sus caracteres esenciales | a. Externo o positivo
b. Interno o subjetivo | |
| B. Por su extensión en | a. Generales
b. Locales | |
| C. Por su relación con la Ley,
según esté o no acuerdo con
ella | a. Según la ley
b. Fuera de la ley
c. Contra la ley | |
| D. Según se halle supra o
subordinada a la ley. | a) Delegante
b) Delegada
c) Delegatoria | |
| E. Por su función | a) Interpretativa de la Ley
b) Integradora de la ley | a) Penal
b) Procesal
c) Administrativo
d) Inter. Público
e) Laboral
f) Agrario |
| F. Por la materia | 1. En derecho público

2. En derecho privado | a) Mercantil
b) Civil |

Como analizamos ya la costumbre por sus elementos esenciales (inciso A), Estudiémosla en sus demás aspectos, siguiendo en esto en pensamiento de conocidos tratadistas como García Máynez Escriche, Walter Heinrich y otros.

B. Por su extensión. Suelen dividirse los usos en generales y locales, según el ámbito espacial de aplicación. En derecho mercantil se distingue mejor esta diferencia. Se "califica de general -escribe el Maestro Mantilla Molina-, el uso aplicable en toda una nación, o al menos en un territorio más o menos extenso, contraponiéndose esta clase de uso a los locales, sólo conocidos en una determinada plaza". La generalidad puede referirse también a los que rigen en todo el comercio. Especiales se llaman en este caso, a los que norman determinados ramos de él.

C. Por su relación con la ley. Sostiene Don Joaquín Escriche que una vez reunidos los caracteres esenciales de la costumbre se dan en estos casos: a). -Según la ley (*consequetudo secundum legem*). Es aquella que suponiendo una ley existente la observa, acata y cumple; la interpreta y fija su sentido si es ambigua, según unos autores. O bien es la misma costumbre indicada por la ley, opinan otros. No puede reputarse fuente autónoma en estos casos, sostiene Pugliatti, en virtud de que al haber conformidad con la ley, no hay

ningún precepto consuetudinario nuevo. Este hállase implícito en aquella.

b) Fuera de la ley. (*consuetudo praeter legem*) Regula y define casos no previstos por la ley. Colma lagunas. Es una de las formas más aceptadas en la legislación mexicana. Se recurre a ella en ocasiones en las que el legislador remite expresamente.

c) Contra la ley (*consuetudo contra legem*) Es la que origina norma contraria a un precepto de ley preexistente. La contrariedad puede darse por incompatibilidad entre ambas; o por desuso, sustituyendo la costumbre al ordenamiento legislativo. Esta especie la rechaza categóricamente nuestro vigente código civil en el artículo 10: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".

D. Según se halle supra o subordinada a la Ley. Sintetiza esta parte Walter Heinrich, citado por el maestro García Máynez. Descubre, el primero de los juristas mencionados tres formas del derecho consuetudinario:

a) Delegante. Se obtiene "cuando por una norma jurídica no estricta se autoriza a una determinada instancia para crear derecho escrito. La costumbre jurídica se halla en estos casos supraordinada a la ley". Aquella es origen y

fundamento de ésta. Opera así en los regímenes de derecho no escrito.

b) Delgada. Se presenta "en aquellos casos en que la ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias". La subordinación en estas ocasiones es de la segunda a la primera. Nuestra legislación en general, sigue este modo de aplicar los preceptos consuetudinarios. Y, concretamente en derecho privado.

c) Derogatoria. Es la que se desarrolla en oposición a la ley. Niega en la práctica lo establecido por ésta. Corresponde a la costumbre contra legem, le es aplicable, por lo mismo en relación con el derecho mexicano, el citado artículo 10 del Código Civil Vigente.

E. Por su Función. Dos son las principales funciones de la costumbre; como medio de interpretación: o como elemento integrador de la ley.

a) Como medio de interpretación. Interpretar una ley es descubrir el sentido que encierra. Y comprende tanto la actividad intelectual dirigida a investigar su significado, como el resultado de ella.

Teorías y escuelas múltiples trataron de explicar el problema. Se resumen a tres principales, llamándolas en formas distintas. Costán nombra subjetivas a

las que buscan el sentido de la ley en la voluntad del legislador. Objetivistas a la que indagan la ley misma. Y doctrinas eclecticas a las que participan de las anteriores. El Dr. Manuel Borja Soriano,²⁴ también reduce a tres los métodos que en el fondo son los mismos; el clásico o tradicional, el histórico y el científico.

El clásico tuvo como única fuente del derecho a la ley. La omnisuficiencia de ella lo llevó a exageraciones, haciendo derivar toda interpretación de los textos. "Ignoro el derecho civil, sólo conozco el Código Napoleón", solía exclamar Bugnet.

Como reacción a esta teoría, la Escuela Histórica sostuvo que para desentrañar los preceptos jurídicos deben aquilatarse, ante todo, las circunstancias histórico-sociales que imperan al momento de fallarse una cuestión. La costumbre en este método es primordial, puesto que exterioriza la convicción popular.

La Escuela Científica, sincrética, con Gény a la cabeza, toma como fuentes básicas del derecho a la ley y la costumbre, que, por esa razón constituyen factores útiles para descubrir el sentido de las normas.

24. Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, pág. 37.

Naturalmente que toda doctrina al solucionar problemas jurídicos ciertos, puede valerse de otras fuentes como la jurisprudencia, analogía, etc., no sólo de las enunciadas. Pero de acudirse a la costumbre se ofrecen, como se dijo al iniciarse este apartado, dos casos; primero, cuando la ley es oscura o diferente; entonces funciona la costumbre como medio interpretativo.

b) Como elemento integrador. Cuando falta la ley. Siendo así debe colmarse el vacío. No es interpretar, esto implica la existencia de lo que se quiere comprender. La costumbre en estas ocasiones opera como elemento de integración. Completa los defectos de la legislación. El juzgador llamado a resolver una controversia en estas condiciones debe establecer la norma aplicable, desempeñando una función creadora.

Nuestros Códigos de 1870 y 1884, antes estos problemas siguieron un criterio clásico, legalista, no remitiendo a la costumbre directamente. El artículo 20 de los mencionados ordenamientos establece: "Cuando no se puede deducir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso"

Y el vigente Código de 1928 en su artículo 19 expone: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

F. Por su clasificación. La clasificación del papel de la costumbre según la materia, es algo que varía mucho en cada país. En tal virtud haremos su estudio considerándola en el derecho nacional.

CAPITULO VII

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Analizadas en exposiciones anteriores algunas de las formas de clasificar la costumbre, así como sus caracteres, sucitamente veamos en esta parte la aplicación que tiene en diversas ramas de nuestro derecho, reservado a capítulos venideros el examen de la función que se le reconoce dentro de las disciplinas del derecho privado.

En principio la legislación mexicana no la considera como fuente formal inmediata, general, sino válida únicamente en ciertas materias, dentro de las cuales adquiere valor y aplicación variables.

1. **Derecho penal.** En esta rama ningún valor tiene la fuente que venimos tratando. El artículo 14 de nuestra Constitución General expresamente en su párrafo segundo:... "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena

alguna que no está decretada por una ley expresamente aplicable al delito de que se trata". Los aforismos nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege, son principios caros e indestructibles que rigen la materia. Se observa, pues, un legalismo, riguroso. A lo más, opinan algunos autores, la costumbre puede estimarse como auxiliar para la interpretación de leyes, nunca como fuente.

2. **Derecho administrativo.** El maestro Gabino Fraga sostiene que la costumbre tiene un campo muy reducido en el desarrollo de la Administración mexicana. "En un régimen como en el nuestro en que los poderes públicos solamente obran en caso de ser autorizados expresamente por virtud de una ley, la costumbre no puede tener aplicación en la que se refiere a la competencia de los funcionarios..."²⁵ Predomina un sistema legalista en esta disciplina. Las prácticas originadas en la tramitación de los asuntos a lo sumo, constituyen usos, en su acepción escritas, útiles para el entendimiento de las leyes pero no como creadoras de derecho.

3. **Derecho procesal.** "La costumbre, escriben los maestros de Pina y Larrañaga, no es fuente del Derecho Procesal;²⁶ tampoco pueden considerarse como tales los usos o prácticas del foro, que frecuentemente constituyen una

25. Derecho Administrativo.

26. Instituciones de Derecho Procesal Civil. pág. 14.

derivación del verdadero contenido de los Códigos de Procedimiento". El procesalista Don Eduardo Pallares,²⁷ sienta que la Constitución General de la República en su artículo 16 al hablar de "causa legal" del procedimiento, remite a la costumbre también, claro, en defecto de leyes o su interpretación.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, manifiestamente se refiere a la costumbre en algunos artículos, entre los que citamos el 284 y el 596 frac. II. El primero de los mencionados reza: "Sólo los hechos están sujetos a prueba: el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia". A nuestro entender, se alude también a normas consuetudinarias de modo tácito en el artículo 83: "Los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito". Esto significa que en todo debate judicial ineludiblemente ha de haber una solución, acudiendo a todos los medios, incluyendo la costumbre que desempeña una función supletoria.

4. Derecho internacional público. No vamos a discutir aquí si es o no éste un verdadero derecho. Las opiniones se dividen; lo cierto es que actualmente se

27. Diccionario de Derecho Procesal Civil.

considera como tal por buen número de tratadistas. Por lo tanto, no debe carecer de fuentes. Dos son las principales; los tratados internacionales y la costumbre. Y ésta, puede afirmarse, tiene un rango primordial. Tal es la opinión del ilustre jurisconsulto Don Manuel J. Sierra "La costumbre es la fuente más importante y remota del derecho internacional: solidamente enraizada en los hábitos, sentimientos e intereses de la humanidad, tienen que conformarse a los principios generales del Derecho..." Podríamos añadir, como hemos expuesto en estudios precedentes, que la costumbre es una forma de exteriorizar la noción del Derecho intrínseca al hombre. De ahí su manifestación imperiosa que en esta disciplina adopta caracteres relevantes. Es producto de la naturaleza humana. Así lo da a entender el internacionalista que estamos siguiendo: "...La formación consuetudinaria del derecho se desarrolló primeramente dentro de cada comunidad independiente. Las relaciones entre las diversas comunidades no tienen al principio carácter jurídico, el cual llegan a adquirir cuando los contactos pacíficos, materiales y espirituales entre los miembros de las diferentes comunidades muestran la necesidad de una reglamentación jurídica..."²⁸

Lo transcrito es suficiente para evidenciar que en este orden la costumbre como fuente conserva un rango

28. Derecho Internacional Público. pág. 25.

preponderante. Los tratados internacionales, bien visto, no son más que costumbres de varios países elevadas a normas escritas.

5. **Derecho laboral.** Este derecho por ser especial, como lo llama algunos eruditos, tiene respecto del problema que nos ocupa, aspectos singulares. En general, la ley es fuente básica, pero los usos pueden ir más allá de ella en ciertos casos.

La doctrina y los textos legales reconocen a la costumbre en esta rama un valor de fuente supletori general. El artículo 16 de la Ley Federal de Trabajo establece la jerarquía en la forma siguiente: "Los casos no previstos en la presente ley o sus reglamentos se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso y, en su defecto, por los principios que se deriven de esta ley, por los del derecho común en cuanto no la contraríen y por la equidad". Las costumbres y usos suplen inmediatamente a la ley. Más aún, si por medio de una inveterada práctica llega a fijarse un uso obligatorio que desdiga o vaya más allá de la ley, prevalece aquél sobre ésta, siempre que favorezca al trabajador. La deroga en esos casos.

El artículo 33 del ordenamiento mencionado parece otorgale un rango capital a la costumbre al decir: "El contrato de trabajo obliga a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso o a la

ley". Esto es, la buena fé primero, el uso (sinónimo de costumbre) después, y en tercer lugar la ley regulan los efectos del contrato de trabajo.

De cualquier forma en esta rama el derecho consuetudinario goza de una importancia fundamental.

6. **Derecho agrario.** Trascibimos en este apartado algunas ideas del jurista Lucio Mendieta y Nuñez:²⁹ "En el derecho mexicano la costumbre no es fuente de derecho; pero sí lo son la ley y en nuestro concepto además la jurisprudencia y los principios generales del derecho".

"No es fuente del derecho la costumbre, porque el artículo 10 del Código Civil establece que "Contra observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".

"Podría pensarse que la disposición transcrita es válida cuando se encuentre con ley aplicable al caso; pero si no la hay y existe costumbre al respecto del mismo, nada prohíbe el que se le de a ésta fuerza legal. Sin embargo, los artículos 18 y 19 del propio ordenamiento no dejan lugar a duda: 18.- "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia". 19.- "Las controversias judiciales del

²⁹. Introducción al estudio del Derecho Agrario. pág. 70.

orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho. Como se ve, en estas disposiciones no se da valor alguno a la costumbre...

"Sin embargo, hay algunos casos en que la ley remite al uso y a la costumbre dándoles así fuerza legal. Por ejemplo: los artículos 997 y 999 del Código Civil que se refieren al usufructo de montes y de viveros... "En consecuencia, en nuestro derecho sólo tiene valor legal la costumbre y el uso, cuando expresamente se los otorga la ley, en casos determinados por ella..."

El examen del papel que la costumbre tiene en el derecho privado nacional, es uno de los objetos principales de este ensayo. En tal virtud reservamos su estudio a los capítulos siguientes.

CAPITULO VIII

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO PRIVADO POSITIVO MEXICANO

DERECHO MERCANTIL

La distinción entre derecho público y privado ha sido muy discutida en la doctrina. Muchas tesis se han elaborado al respecto. Más de 104 teorías tienen "El criterio de la oposición entre derecho público y derecho privado" de J. Holliger, citado por García Máinez, lo cual evidencia la dificultad en limitar sus campos. Un valor práctico se reconoce comunmente a esta separación. Esa conveniencia nos hace seguirla en nuestro estudio.

Suele dividirse a su vez, el derecho privado en mercantil y civil. Algunos tratadistas incluyen en él otras materias, pero lo usual es reducirlas a las mencionadas.

Dos ideas generales podemos enunciar acerca de cada una de estas disciplinas. Una es que la costumbre jurídica en la rama mercantil tiene mayor valor y aplicación

que en el común. Otra: en materia civil desempeña un papel más reducido. En este capítulo veremos como funciona en la disciplina mencionada primero, refiriéndonos a la civil en el siguiente.

1. **Derecho mercantil.** Como se expuso ya en capítulos anteriores el concepto de usos costumbres y sus relaciones, aquí sólo hacemos un resumen. Hay usos interpretativos y normativos. Los primeros son aquellos que surgen de las relaciones entre personas determinadas; son verdaderas cláusulas contractuales, "que sólo por comodidad - escribe el maestro Mantilla Molina-, y en obsequio a la rapidez no se enuncian explícitamente, tienen un valor similar a las estipulaciones de las partes, y pueden aplicarse únicamente a las personas en cuya relación se han formado..." Los normativos son usos interpretativos practicados por una colectividad "con la convicción de ajustarse a una regla de derecho", esto es, han adquirido la *opinio juris*. Son verdaderas costumbres jurídicas. En tanto que el interpretativo no lo es.

Cuando la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito remite a los usos, según el maestro citado, alude a los normativos. A ellos nos referimos principalmente, sin dejar por ello de relacionarlos con los imperativos,

recordando que, siguiendo nuestros textos, empleamos los vocablos uso y costumbre como sinónimos.

2. **Textos legales.** Muchos preceptos de la legislación nacional (artículos 2, 304, 333, 726, etc., del Código de Comercio; 76, 113, de la Ley de Instituciones de Crédito, etc.), en materia mercantil se refieren directa o indirectamente a usos y costumbres. Pero de aquellos que cimientan su valor y función general, entre otros, se hallan el artículo 14 constitucional; el 2o y 1324 del Código de Comercio, y el 2o de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, respecto de los cuales por contener normas cordiales sintetizamos nuestra cuestión en este orden:

a) Constitución General de la República. El artículo 14 en su párrafo cuarto estatuye: "...En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, en los principios generales del derecho". De su aplicación literal a nuestra materia, se desprende que la ley o su interpretación jurídica es lo que deben fundar las relaciones judiciales. No interviene, aparentemente, la costumbre.

No obstante, pensamos que en este artículo de nuestra Carta Magna, se halla implícita la aceptación de la

costumbre como fuente supletoria general de nuestro derecho, por estas razones:

1º. Constitucionales. Hemos visto que las funciones principales de la costumbre son las de servir como medio de interpretación o elemento integrador de la ley. Luego el envío que hace el artículo 14 a "la interpretación jurídica" implica acudir a todos los factores interpretativos, incluyendo la costumbre. O bien para suplir los defectos de la legislación, en su forma constitutiva.

2º. Lógicas. La Constitución de nuestro país no acepta expresamente a la fuente que estudiamos, pero en casi todas las armas jurídicas se autoriza su aplicación. Y en algunas, como en materia laboral, va más allá de la ley. ¿Cómo se explica que la legislación general la reconoce sin fundamentación constitucional? ¿Podría decirse que en todas las ocasiones en que se recurre a ella, se peca de anti, o inconstitucionalidad? Luego la costumbre debe hallarse forzosamente su apoyo en la Ley General que nos rige.

3º. Históricas. No puede objetarse eficazmente con argumentos constitucionales el valor que como fuente supletoria general del derecho privado debe tener la costumbre, sin atentar contra la base misma de nuestro Código Fundamental. "La vigente Constitución -escribe el jurista Mantilla Molina-, no puede invocar a favor de su validez una

ley preexistente (la Constitución de 57), sino la costumbre, si no de cumplirla cuando menos de reconocer su vigencia..."³⁰

Y de acuerdo con el pensamiento del dr. Felipe Tena Ramírez, la Constitución vigente careció de validez original, ya que se impuso violando la del 57. El artículo 127 de ésta dice así:

"La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la Constitución, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión hará el cómputo de los votos de las legislaturas y declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas". El Constituyente de Querétaro se había propuesto reformar la Constitución del 57. No expedir una nueva, que fué lo que hizo y para lo cual no esta fundado.

El artículo 128 del mismo ordenamiento estatuye.

"Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En ncaso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad se establecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren

30. Dereche Mercantil. pág. 44.

expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta". Y el gobierno de Carranza emanado de una rebelión, no sólo interrumpió la observancia de la Constitución de 57 con todas sus consecuencias, sino que emitió otra. Se dió un nuevo orden positivo con ruptura y violación del antiguo, el cual se fué aplicando con los años. "Pero más tarde -escribe el constitucionalista citado-, la paz se organizó de acuerdo con esa Constitución la (de 1917); su vigencia nadie la discute, sus preceptos están en la base de toda nuestra estructura jurídica y son invocados para justificar o para combatir los actos de los gobernantes. La Constitución *impuesta* ha sido de ese modo *ratificada tácitamente* por el pueblo mexicano..."³¹

Por lo expuesto cabe deducir que la Constitución de 17 careció de validez original, ya que se impuso con violación de la de 57. Si después ha normado la vida jurídica del país es porque el tiempo y la práctica prolongada (*inveterada consuetudo*), ha creado en la conciencia nacional la convicción unánime de su obligatoriedad (*opinio juris*). El *consensus pópulis* le ha dado vigencia. Hállanse en estos los elementos esenciales de todo régimen consuetudinario, el

31. Derecho Constitucional Mexicano. pág. 78.

objetivo y el subjetivo. ¿Cómo puede negarse constitucionalidad a la costumbre?

Nuestro Máximo Ordenamiento lleva, pues, inhibida la costumbre como una de sus fuentes originales. Por cierta incongruencia nuestros legisladores la han limitado (concretamente en el derecho privado), más de lo debido, reduciendo su función a un plano inferior.

4. **Doctrinales.** Volviendo el artículo 14 constitucional, las controversias, en el último análisis, deben resolverse conforme a los principios generales del derecho. ¿Y cuáles son?

Hemos dicho (Capítulo IV número 5), que a tres corrientes principales se reducen las doctrinas al respecto: la positiva, la jusnaturalista y la ecléctica. La primera afirma que los tales principios son aquellos que informan el derecho positivo en su integridad. No pueden ser otros que los principios fundamentales de la legislación positiva misma, que no se encuentran escritos en ninguna parte (Coviello); las nociones fundamentales sobre las que reposa un código (Bonnecas). Para nosotros, escribe el Dr. de Pina en atinada fórmula, "Estos principios parecen como el complejo de ideas y creencias que forman el pensamiento jurídico de un pueblo en un momento determinado de su historia". Como no se nota, buena parte de tratadistas coinciden en que se infieren del derecho

positivo. ¿No es la costumbre derecho de esta clase en México? Entonces puede catalogarse como uno de los primeros principios generales, sin olvidar, entendido, que sea posible acudir a otros en un caso determinado.

La tendencia jusnaturalista se funda en la existencia de un orden intrínsecamente justo, constituido por reglas perennes, modelo de todo derecho, reveladas por la razón y la conciencia que encierra verdades jurídicas universales. Implica, como se ve, la noción del Derecho, la cual según lo estudiado, se exterioriza a través de la costumbre. Bien se considere como fuente real o formal.

Entre los exponentes de la doctrina ecléctica, Demófilo de Buen sostiene entre otras cosas, que los principios múlticitados se constituyen por *la ley y la costumbre...*

Luego en las tres corrientes doctrinales puede incluirse la fuente que estudiamos, al hablarse de principios generales del derecho. ¿Y cuál ha sido la interpretación que se hace de ellos en México? ¿Qué dirección se ha seguido?

5. Jurisprudencia. El criterio de la Suprema Corte ha oscilado. Al principio se inclinó hacia el positivismo en sentencia de 11 de febrero de 1935; principios generales de Derecho... "debiendo entenderse por tales, no la traición de los tribunales que, en último análisis, no son más

que prácticas o costumbres que evidentemente no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas o reglas inventadas por los jurisconsultos, supuesto que no hay entre los otros autores cuya opinión tenga fuerza legal, ni tampoco la que haya escogido la inventiva de la ciencia privada de un juez, por ser esto contrario a la índole de las instituciones que nos rigen, sino los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales, no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código Fundamental del País, sino también las anteriores (Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLIII, pág. 858).

Y en sentencia de 15 de marzo de 1938 se inclina a la concepción filosófica:... "Los tratadistas más destacados del Derecho Civil, en su mayoría, admiten que los Principios Generales del Derecho deben ser *verdades jurídicas notorias indiscutibles*, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho, mediante *procedimientos filosóficos* jurídicos de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido si hubiere previsto el caso; siendo también condición de los aludidos "principios", que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de

llenarse..." (Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV, pág. 2641).

La Suprema Corte ha sustentado pues, tesis positivas y filosóficas, por ende la ecléctica. De donde se concluye que en ellas se reconoce la existencia implícita en los principios generales, de la costumbre, halla así su base constitucional.

b) Código de Comercio. Hablando de las fuentes supletorias en esta rama, el maestro Mantilla Molina, sostiene que hay dos sistemas para colmar lagunas: "uno contenido en el Código de Comercio, y que por ello debe ser considerado de aplicación general; otro, consagrado en la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito y que solo tiene eficacia con relación a ella. El ordenamiento citado primero en su artículo 20. dice: "A falta de disposiciones de este Código serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común". Y ¿cuál es el papel de la costumbre en estos casos?

En principio creemos que los artículos 10 y 19 del Código Civil vigente son las reglas generales. El primero de los preceptos mencionados establece que "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". Pero en ausencia de la ley aplicable a situaciones concretas opera el artículo 19, esto es, la resolución deberá fundarse en los principios generales del

derecho. Por lo mismo le es aplicable lo dicho antes al respecto de este problema. Sólo que atendiendo a la naturaleza de la rama mercantil la costumbre tendría un mayor alcance, pues las contingencias comerciales hacen de fácil adaptación a ellas el derecho consuetudinario.

El artículo 1324 del Código de Comercio estatuye: "Toda sentencia deberá ser fundada a la ley, y si ni por el sentido racional y ni por el espíritu de ésta se puede decidir la controversia, se atenderá a los principios generales del derecho tomando en consideración *todas las circunstancias del caso*". Esta regla remite a la costumbre en su carácter imperativo o creador. En la parte que se refiere a los principios generales hacemos extensivo lo asentado con anterioridad. No dudamos que en ambos casos pueda el intérprete valerse de otros medios para solucionar una cuestión planteada, sólo apuntamos la conveniencia de ampliar eficazmente la costumbre. Además, esta exigencia va involucrada en las expresivas palabras "tomando en cuenta *todas las circunstancias del caso*". Esto entraña tomar en cuenta los hechos y realidades sociales, políticas, económicas, religiosas, etc., concurrentes, de las que se infiera una relación atinada. Y, ¿no es congruente que al fallarse una opinión de intereses en materia mercantil deba acudir con cierta primacía a "lo acostumbrado" por los comerciantes y que tanto influjo ejerce entre ellos?. Ante

igualdad de situaciones igual solución. La naturaleza íntima de la costumbre lleva a esa consecuencia. Las leyes de la imitación lo enseñan. Y la costumbre es imitación circunscrita al obrar jurídico humano.

La tendencia a otorgarle mayor valor y aplicación a esta fuente ha progresado en los últimos años. Lo patentiza el Proyecto del Código de Comercio de 1947 en su artículo 10. Héloquí: "Los comerciantes los actos de comercio y las cosas mercantiles se registrarán por las disposiciones de éste Código y de las demás leyes mercantiles; en su defecto; por los usos mercantiles, y a falta de éstos; por las del Código Civil para el Distrito Federal".

"Los usos especiales y locales prevalecerán sobre los generales".

Por esas razones pensamos que los usos mercantiles tienen un rango de fuente supletoria general en esta materia, y no sólo en la parte regida por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual examinamos a continuación.

c) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Este ordenamiento en su artículo 2^o. reza: "Los actos y operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

I. Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes especiales relativas; en su defecto;

II. Por la legislación mercantil; en su defecto;

III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en su defecto de éstos;

IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República para los fines de esta ley, el Código Civil para el Distrito Federal".

Expresa e indudablemente la función tercera de este precepto remite a los usos como fuente supletoria general. Alude a los normativos dentro de los cuales debe recurrirse a los especiales en primer lugar, a los generales en segundo. En conflicto ambos prevalecen aquellos sobre éstos. La misma ley consagra inicialmente a los bancarios (especiales); y secundariamente el mercantil (general).

d) Jurisprudencia. La Suprema Corte de Justicia refiriéndose al valor de la costumbre en derecho comercial, en resolución dictada el 24 de marzo de 1925, expresó este criterio: "La costumbre comercial de que las mercancías viajen por cuenta del comprador, no puede imponerse a quien no lo acepte, pues las costumbres comerciales ceden ante las disposiciones de la ley, y las resoluciones judiciales deberán estar siempre conformes con la ley, y no con la costumbre" (Semanao

Judicial de la Federación. Tomo XVI, pág. 653). Es la tesis general. Pero considerando cuanto es más explícito:... "La costumbre comercial es aceptable cuando no contraviene una disposición legal o cuando es aceptada por las partes que contratan; pero cualquiera que sea el valor pronatorio de la información que rindió el acto, suponiéndolo pleno, sólo demostraría que la costumbre existe; pero no que tal costumbre se pueda imponer a quien no la aceptó o a quien tiene a su disposición explícita o clara de la ley..."

Varias tesis se enuncian aquí: la costumbre comercial es aceptable cuando no contraviene una disposición legal; esto es, si es contraria a la ley no se acepta (costumbre contra legem). Si es conforme a la ley debe regir (costumbre secundum legem). De ello se infiere que en ausencia de norma aplicable suple la costumbre (costumbre praeter legem). Las dos últimas formas están acordes con nuestro sistema jurídico. Pero donde parece haber cierta confusión es en la parte que dice "o cuando es aceptada por las partes que contratan", ya que pudieran consentir las partes una costumbre contra legem. ¿Puede una norma consuetudinaria resolver una controversia determinada, aún contraviniendo los textos legales, por el hecho de ser admitida por las partes?

CAPITULO IX

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

De las ramas del derecho privado, en el civil tiene un ámbito de aplicación más restringido fuente que venimos estudiando. Por regla general se acude a la costumbre cuando la ley remite a ella expresamente.

Conforme a la clasificación exhibida opera como norma mediata delegada y praeter legem. La contra legem se excluye.

Analicémosla siguiendo nuestros textos.

1. **Constitución General de la República.** El cuarto párrafo del artículo 14 constitucional regula esencialmente la materia. Y los preceptos del Código Civil sólo repiten su contenido vital. Por esa razón los argumentos exhibidos al estudiar la rama mercantil, en sentido lato, los aplicamos a la civil. Congruente con los términos del artículo enunciado, la costumbre funciona también en ese orden como

elemento interpretativo: En los juicios del orden civil, la sentencia deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.

2. Código Civil de 1928. Múltiples preceptos aluden a la costumbre en este ordenamiento. Unos expresamente. Otros, de modo implícito. Podemos dividirlos en dos categorías. La primera constituida por normas referidas a casos concretos y que por lo mismo, no tienen problemas. En la segunda comprendemos artículos que encierran reglas básicas, sirviendo de guía y fundamentación a otros.

De los primeros tenemos a guisa de ejemplo, los mandamientos 997, 999, 1796, 2607, etc. Unas veinte normas aproximadamente regulan situaciones determinadas.

Entre los catálogos como cardinales, señalamos los artículos 10, 11, 19, no porque sean los únicos, sino en virtud de que ellos cifran el valor y alcance de la formación consuetudinaria en esta materia. El último de los preceptos enunciados dice: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho". Luego, la costumbre puede funcionar como elemento interpretativo o constructor. Bien se considere como formando parte de los principios

generales, o como algo distinto de ellos. Pero ¿hasta qué límite?. La regla del artículo 10 lo señala: "contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". Esto es, la norma consuetudinaria se aplica, primero; si es conforme a la ley (costumbre secundum legem); aunque algunos autores piensan que en estas condiciones opera ésta y no aquella. Segundo: cuando falta la ley (costumbre praeter legem). Excepto en casos contrarios a ella (costumbre contra legem). De acuerdo con la doctrina esta situación tiene dos aspectos comprendidos en la norma que examinamos. La contrariedad puede darse. a) Por oposición al desarrollarse la costumbre en sentido inverso al fijado por la ley. b) Por desuso, si la práctica consuetudinaria "nunca admitió la ley escrita, o después de haberla admitido la derogó o abrogó insensiblemente" (Escriche). Lo que significa que no se observó por la colectividad para la cual fué dictada.

Las dos formas de contrariedad están insertas claramente en el artículo 10. Las palabras *contra* la observancia de la ley no puede alejarse *desuso*, o *práctica en contrario*, son concluyentes. La posición de la costumbre en relación con la ley es, pues, de subordinación y supletoriedad, lo cual se reafirma y complementa con la regla del artículo 11: "Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté

expresamente especificado en las mismas leyes". De donde, si la costumbre opera sólo en circunstancias señaladas por la ley, son casos de excepción. Y si son tales, no puede aplicarse extensivamente a otros.

Nosotros creemos que debe reconocérsele mayor valor y amplitud de aplicación considerándola como fuente supletoria general, por las razones aducidas al referirnos a la rama mercantil y por lo que a continuación se expone:

Los redactores del Código de 28 tuvieron en el pensamiento la importancia de nuestra fuente, lo cual, por causas ignoradas no plasmaron en la ley. El Licenciado Ignacio García Téllez citado por el maestro Borja Soriano,³² refiriéndose al Código vigente se expresa así: "Algunos de los artículos de las disposiciones preliminares del Código obedecen, más que al sentir de los miembros de la Comisión Redactora, a la obligación de supeditar el alcance de las reformas al texto rígido de la Constitución. Puede recordarse, entre otras, la imposibilidad que se presentó para dar al Código mayor fuerza vital, permitiendo la inaplicabilidad por los tribunales, de disposiciones caídas en desuso o que, chocando con nuevas y arraigadas costumbres, pudieran considerarse derogadas de hecho, como si la norma legal fuese letra muerta..."

32. Obra citada, pág. 69.

En la exposición de Motivos del ordenamiento que nos ocupa (Ediciones Andrade 1952, pág. 4) se lee: "Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades de una sociedad..." Y adelante dice: "Por otra parte, la legislación no puede considerarse como un conjunto de principios teóricos que se desarrollan con el rigor de un razonamiento lógico. No debe olvidarse que es un conjunto de reglas de conducta y que la vida no tiene la inflexibilidad de la línea recta..."

3. Códigos de 70 y 84. Los redactores del Código vigente de 1928 al elaborarlo tuvieron presentes leyes nacionales y extranjeras. En relación a los problemas interpretativos en su mayor parte siguieron a los Códigos de 70 y 84 inspirados en las doctrinas clásico-legislativas. El artículo 20 de ambos ordenamientos establece: "Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural de la ley, deberá decidirse según los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso". Este precepto equivale al 19 del Código de 28.

El concepto que se tenía entonces acerca de los principios generales era el tradicional, se consideraban como aquellos que se derivan del ordenamiento positivo. Se infieren por inducción a los principios particulares que existen en

nuestras leyes y por sucesiva generalización, son el espíritu general de las leyes (Planiol); las nociones fundamentales sobre las que reposa un Código (Bonnecase), etc. Nuestro legislador de 1870 comprendió en los principios generales a la analogía como se deduce en su exposición de motivos. "Inclinóse alguna vez la Comisión a establecer una serie de medios supletorios, previniendo; que a falta de ley expresa para un caso, se apelara a la que hubiere dictado para otro semejante... Pero este sistema está comprendido en gran parte en las reglas generales de interpretación, que siendo de derecho común, están reconocidas por todas las legislaciones. En los Códigos modernos encontró la Comisión uniformidad en el principio y discordancia en la resolución; pues que en uno sólo se prohíbe dejar de fallar por falta de ley y en otros se establecen medios supletorios, que *todos vienen a reducirse a los principios generales de derecho...*" El mismo sistema fué adoptado en el Código de 84.

Luego la doctrina positiva ha imperado en los Códigos mencionados. Más en los de 70 y 84 que en el de 28. Por lo tanto se incluye en ellos a la costumbre cuando se alude a los principios generales. El derecho consuetudinario es sin duda, parte del todo integrado por la totalidad de nuestro sistema jurídico positivo manifestándose en pluralidad de formas a través de nuestra legislación. Como tal no debe carecer de base constitucional. Ese fundamento hállase,

repitiendo, en los multicitados principios generales del derecho consagrados en el artículo 14 de la Ley Suprema.

Sumamos a las razones señaladas en favor de la mayor elevancia que debe otorgarse a la costumbre, hay autores como Clemente de Diego, cuya opinión se tuvo en cuenta en la redacción de nuestros Códigos, que afirman que los principios generales del derecho han de ser los de la ley y la costumbre.

La expresión literal de los preceptos contenidos en algunos de los ordenamientos consultados al formularse los nuestros hablan por sí sólo de esta tendencia. El Código Civil Suizo dice en su artículo 10. "La ley rige todas las materias a las que se refiere la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que hacer acto de legislador. Se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia". Y el artículo 60. del Código Civil Español estatuye: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho".

Esta es, a nuestro juicio, la prelación que en derecho privado frente a casos concretos debían contener nuestras leyes: ley, interpretación jurídica, costumbre y

principios generales del derecho. Bien considerese la inveterada consuetudo como algo distinto de éstos, o como la primera de esas normas generales.

La exigencia de ser congruentes con los textos y doctrinas que informaron nuestros Códigos obliga, hasta cierto grado, a reconocerle a la costumbre un valor que hoy se le ha negado.

No intentamos sustituirla por la ley. Sólo perseguimos el fin de que se le aquilate concientemente.

4. Recapitulación. Nuestras afirmaciones se fundan, resumiendo, en estas razones:

a) Filosóficas. La costumbre, bien se considere como fuente real o formal, involucra ineludiblemente la noción del Derecho.

b) Históricas. La vida de las colectividades corre paralela al desarrollo de sus instituciones jurídicas objetivas en el derecho consuetudinario. Y tan relevante ha sido éste que pudo afirmarse: "los pueblos pueden estar sin ley, pero no sin costumbres".

c) Sociológicas. Derecho y sociedad son realidades que se implican. Las relaciones humanas son inconcebibles sin normas que armonicen la interdependencia y

reciprocidad necesarias para la existencia normal del hombre. Y la costumbre es revelación natural de esas reglas.

d) Naturales. Los seres del universo, en toda su amplitud, originan derecho cuando en forma alguna se interponen a los intereses distintos del hombre. De ahí que la fuerza de la costumbre, dijo Gény, está en la naturaleza misma de las cosas.

e) Derecho comparado. Enseña que en otros países con los que guardamos afinidad psíquica, cultural e histórica, la costumbre ha tenido gran influjo.

f) Científicas. El Derecho es una ciencia, como tal, debe conocer los elementos con los que trabaja para fijar sus leyes. Y aunque éstas pertenecen al mundo normativo es menester identificarlas con la realidad social que regulan entodos sus aspectos: históricos, políticos, culturales, económicos, religiosos, etc.

g) Doctrinales. La doctrina que ha inspirado nuestro derecho, particularmente el privado, considera a la costumbre como integrante de los sistemas jurídicos-positivos, asignándole un lugar inmediato a la ley.

h) Nuestros textos. Singularmente en el derecho privado aluden a la costumbre en múltiples formas y grados, demostrando así la relevancia que debe darse a una fuente.

C O N C L U S I O N E S

- 1ª La ciencia del Derecho lleva en su naturaleza el problema: de una parte exige seguridad, fijeza y precisión en sus normas; por la otra regula sociedades intrínsecamente contingentes.
- 2ª Es imprescindible la existencia de elementos armonizadores entre la teoría del Derecho y las realidades de la vida humana.
- 3ª El imperio absoluto de la ley asciende la práctica y la teoría jurídicas, tiende a subordinar lo real a lo especulativo, las necesidades sociales a la voluntad del legislador.
- 4ª La ley es imperfecta, no puede extenderse indefinidamente a todos los problemas. Es sólo un esquema aproximado de los hechos, debe completarse con lo real. Y la costumbre es realidad.
- 5ª Es imposible deslindar el Derecho de las costumbres de una sociedad, que también es, en ciertas condiciones, manifestación colectiva y espontánea de él.

- 6ª La costumbre llena eficazmente los defectos de la ley: es la declaración libre de las ideas y sentimientos jurídicos de una sociedad espacial y temporalmente circunscrita.
- 7ª De considerarse a la costumbre como una fuente distinta de los principios generales del derecho, debe recurrirse a ella antes que a éstos. Si se conceptúa incluida en ellos, precisa acudir a la inveterata consuetudo como a uno de los primeros principios generales.
- 8ª Nuestra tradición jurídica, la doctrina, la abundancia de textos que aluden a la costumbre son, entre otras, razones reconocerle mayor importancia y aplicación en el derecho privado positivo mexicano.

B I B L I O G R A F I A

- ALBA H. DE, Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano.
- BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I.
- BONNECASSE J., Introducción al estudio del Derecho. Editorial José M. Cajiga Jr.
- BUEÑ DEMOFILO DE, Introducción al Estudio del Derecho Civil, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado.
- CASTAN TOBEÑAS JOSE, Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho.
- CASO ANTONIO, Sociología.
- CASTRO FEDERICO DE, Derecho Civil de España
- CATHREIN VICTOR, Derecho Natural y Positivo.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA.
- FRAGA GABINO, Derecho Administrativo.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al estudio del Derecho.
- GARCIA TRINIDAD, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho.
- GONZALEZ D. LOMBARDO FCO., Introducción a los Problemas de la Filosofía del Derecho.
- GENY FRANCISCO, Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado.
- HERNANDEZ GIL ANTONIO, Metodología del Derecho.
- J. SIERRA MANUEL, Derecho Internacional Público.
- LOPEZ ROSADO FELIPE, Economía Política.
- MANTILLA MOLINA ROBERTO, Derecho Mercantil.
- MENDIETA Y NUÑEZ LUCIO, Introducción al Estudio del Derecho Agrario.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.

PALLARES EDUARDO, Diccionario de Derecho Procesal Civil

PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano.

PINA RAFAEL DE, Elementos del Derecho Civil Mexicano, Tomo I.

PINA RAFAEL DE y J. CASTILLO L., Instituciones de Derecho
Procesal Civil.

PUGLIATI SALVADOR, Introducción al Estudio del Derecho Civil.

RAMIREZ TENA FELIPE, Derecho Constitucional Mexicano.

SCRICHE JOAQUIN, Diccionario Razonado de Legislación y
Jurisprudencia.

VALVERDE Y V. CALIXTO, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo
I.

L E G I S L A C I O N

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, (Publicado en el Diario
Oficial de la Federación del 31 de diciembre de
1983. En vigor a partir del 10. de enero de
1983. Incluye reformas publicadas en el Diario
Oficial de la Federación del 26 de diciembre de
1990).

SOCIEDADES MERCANTILES Y COOPERATIVAS, Editorial Porrúa, S. A.
México 1, D.F., Trigésimo octava edición.

CODIGO CIVIL, Editorial Porrúa, S.A., México 1, D.F., 1988,
Octava Edición.

CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS, 57a. Edición,
Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO, México, 1986, Secretaría del Trabajo
y Previsión Social.

LEY FEDERAL DE LA REFORMA AGRARIA, 37a. Edición, Editorial
Porrúa, S.A., México, 1991.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, Editorial
Porrúa, S.A., México 1992, 57a. Edición.