

COSTUMBRE Y LEY

YURI VEGA MERE *

"...Existen leyes de más autoridad e importancia que las leyes escritas: las leyes fundadas en las costumbres" (Aristóteles, "La Política", Libro Tercero, Capítulo XI, párrafo 6)

COSTUMBRE Y LEY

No es inusual referirse a la costumbre como una de las fuentes formales del derecho. Ella es estudiada, generalmente, entre los modos o mecanismos de creación del derecho. Pero cuál es la importancia actual de la costumbre en los ordenamientos jurídicos como el peruano que hunde sus raíces en el sistema romano-germánico?.

Es innegable que en las sociedades primitivas el derecho, a más de encontrarse mezclado con factores religiosos o morales, ha surgido por medio de la costumbre.

La invención de la escritura, sin embargo, facilitó un medio de fijación del derecho más eficaz.

* Profesor de Derecho Civil de la UNMSM.

En Roma, el derecho tuvo su origen en las costumbres, desde su fundación hasta la dación de la ley de las XII tablas, momento a partir del cual el recurso al derecho escrito se tornará en una práctica continua, en una técnica ⁽¹⁾.

En la Edad Media, luego que el derecho romano había alcanzado un gran desarrollo y una vasta expansión, la costumbre se revitalizó en virtud de que los pueblos germánicos que invadieron paulatinamente occidente se gobernaban fundamentalmente por medio de normas consuetudinarias. Sin embargo, muchos de los pueblos invasores de occidente respetaron el derecho de los vencidos, el derecho

¹ Declareuil ("Roma y la organización del derecho", UTEHA, México, 1958, págs. 11 y ss.) y Petit ("Tratado Elemental de Derecho Romano", Albatros, Buenos Aires, 1980, págs. 45 y ss.) coinciden en señalar que desde la fundación de Roma hasta la ley de las XII tablas, el derecho no tuvo otra fuente que la costumbre. Sin embargo, la falta de precisión y de conocimiento de las normas emanadas de los usos, trajo como consecuencia la arbitrariedad de los magistrados patricios, desencadenando airadas protestas de los plebeyos, quienes pidieron la redacción de las leyes y su difusión. De estas reclamaciones nacería la ley antedicha. Esta se habría formado luego del envío de un grupo tres de diputados a ciudades griegas de Italia meridional, donde se encontraban vigentes las Leyes de Solón y de Licurgo, para estudiar sus normas. A su retorno, la ciudad se puso bajo el poder de diez magistrados (decemviro) que luego de tres años de trabajo redactaron y sometieron a la aprobación del pueblo un conjunto de leyes que se grabaron en diez tablas de bronce, a las cuales se añadieron posteriormente dos tablas con leyes complementarias. Dupin ("Compendio de Derecho Romano desde Rómulo hasta nuestros días", en las "Recitaciones de Derecho Civil según el orden de la Instituta", de Heinecio, Imprenta de Moessard, 1837, págs. 17 y ss.), a diferencia de los autores antes citados, afirma que en un primer momento de la historia del derecho romano, el uso sólo se restringió a los negocios, recurriéndose, en su defecto, al rey, cuya voluntad se expresaba a través de edictos. Sin embargo, más allá de esta discrepancia, Declareuil, Petit y Dupin refieren que la ley de las XII tablas tuvo en consideración las mores majorum o costumbres de los antepasados, a las cuales se les concedió, por medio de la escritura, una nueva fuerza. En el Digesto, no sólo se reconoció el valor de la costumbre (I, III, 33; I, III, 35 y I, III, 36) probablemente por el respeto hacia el origen del derecho romano, sino que también se le otorgó un efecto derogatorio de las leyes. Esto último, probablemente, en un momento no muy lejano de la promulgación de la ley de las XII tablas (Digesto, I, III, 32, 1). Gayo, por ejemplo, que fue un jurista que vivió en el período denominado clásico del derecho romano, no incluyó entre las fuentes del derecho a la costumbre, si bien al iniciar la explicación del Comentario Primero de sus Instituciones hace alusión a ella: "Comentarius primus <I. DE IVRE CIVILE ET NATURALI> I. Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partium suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur..." (Cf. Gayo, "Instituciones", Edición bilingüe, Nueva traducción por Manuel ABELLAN VELASCO, Juan Antonio ARIAS BONET, Juan IGLESIAS-REDONDO y Jaime ROSET ESTEVE, Civitas, Madrid, 1985, pág. 30). En las Institutas de Justiniano (de las cuales hemos tenido a la vista la traducción española de la "Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano", de Ortolán, editada como "Instituciones de Justiniano" por Mesa Redonda, Lima, 1986) se menciona a la costumbre como fuente del derecho ("derecho no escrito"), probablemente con intención pedagógica. Vid. de la op. cit. Libro I, Título II, 3, 9 y 10).

romano entonces vigente ⁽²⁾.

En la misma etapa histórica, pero ya en sus estertores, el estudio del derecho romano, que a partir de los siglos XII y XIII encontró acogida en las nacientes universidades, en la medida que fue propuesto como modelo para la organización social de la Europa de entonces, preparó el camino de afirmación del derecho escrito, aun cuando el resurgimiento del derecho romano se vió limitado, fundamentalmente, al derecho privado. ⁽³⁾.

Más cercanamente, la revolución francesa habría representado la lucha entre la ley,

² Dice Petit (op. cit., pág. 80) que las naciones que invadieron occidente, fundaron nuevos reinos sobre ruinas; pero respetaron las leyes de los vencidos. Cada pueblo conservó su derecho y su organización judicial: fue el sistema de la personalidad del derecho. Para satisfacer las exigencias de esta nueva situación, agrega Petit, los reyes bárbaros hicieron redactar las costumbres de sus países. *leges barbarorum*. haciendo componer para sus súbditos romanos colecciones de reglas tomadas del derecho romano, *leges romanae*.

³ René David, ("Les grands systèmes de droit contemporains", Dalloz, Paris, 1978, págs. 37-61) ha estudiado con solvencia el renacimiento - la idea de Derecho, sobre la base del derecho romano, en la Edad Media. Afirma el autor que el sistema del derecho romano fue sustituido por leyes bárbaras que apenas regulaban algunos aspectos de la alteridad social. Las compilaciones romanas que hicieron los bárbaros fueron reemplazadas por un derecho "vulgar" e inclusive el modo de determinar y fijar las reglas aplicables dependió de procedimientos extraños tales como el juicio de Dios, la prueba de las ordalías, etc. Sin embargo, el renacimiento de la idea del derecho como factor preponderante de la organización social que se produjo durante los siglos XII y XIII cambió el curso de la evolución de las concepciones y comunidades bárbaras. El nacimiento de nuevas ciudades, la expansión del comercio, entre otros datos de importancia, así como la laicización de ideas y la separación del derecho de la moral, hicieron sentir la necesidad de una estructura jurídica distinta, renovada, fundada sobre una comunidad cultural. Este espíritu de cuerpo despertaría el anhelo de construir un derecho que se elevara por encima de las costumbres locales. Las universidades y el *Usus Modernus Pandectarum* que aparece en los siglos XIV y XV también tuvieron gravitación en este proceso de afirmación del derecho escrito. David no escatima en atribuir un rol protagónico a la Escuela del Derecho Natural, cuyos postulados (a diferencia de los del jusnaturalismo clásico de raíz aristotélico-tomista) privilegiaron la autonomía de la persona frente al grupo, considerando que sus derechos eran anteriores y superiores al Estado. Para la protección de los derechos de la persona invocaron la ley, en tanto se adecuara a los principios del derecho natural. Los representantes de esta Escuela no fueron hostiles al derecho romano, siempre que no transgrediera las bases del derecho natural. Sin embargo, es necesario señalar que algunos de los jusnaturalistas modernos justificaron el poder irrestricto de los monarcas, los cuales, se decía, no estaban sujetos a ninguna voluntad humana. No han faltado quienes han afirmado que esta concentración de facultades se justificaba en la medida que con ello se quería expropiar el poder disperso que aun conservaban reyezuelos y señores feudales.

defendida por la burguesía liberal, y las viejas costumbres reales ⁽⁴⁾.

Bajo la inspiración rousseauniana, los revolucionarios franceses exaltaron el rol de las leyes como la más auténtica y genuina forma de expresión de la voluntad general, acorde a los requerimientos del sistema democrático ⁽⁵⁾. Este hecho determinaría que la costumbre, al no emanar del poder legislativo, fuera proscripta o, al menos, subordinada al valor que la ley pudiera reconocerle ⁽⁶⁾.

La codificación del derecho privado también ha constituido otro de los factores que han conducido a la relegación de los alcances de la costumbre. Cuando no fue convertida en derecho escrito o codificada, se le restó importancia o simplemente no se le reconoció ningún valor ⁽⁷⁾.

En el debate que se suscitó en el seno de la comisión redactora del Código Civil Francés, se hizo patente la importancia que entonces tenía la costumbre, pues mientras algunos de sus miembros abogaban por su incorporación al proyectado código, otros concedían un valor prevalente al derecho romano que aún se aplicaba

⁴ Cfse. Díez-Picazo, Luis, "Experiencias Jurídicas y Teoría del derecho", Ariel, 1975, Barcelona, pág. 126. Esta apreciación debe ser entendida en el contexto del derecho público.

⁵ Según Jellinek (cit. por Artola, Miguel, en "Los derechos del hombre", Alianza Editorial, Madrid, 1986, págs. 13-15) el pensamiento de Rousseau fue ajeno a los principios que inspiraron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Sólo la definición de la ley como expresión de la voluntad general sería el único elemento rousseauniano en dicha Declaración. El artículo 6 de esta Declaración reza: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus méritos y capacidad".

⁶ Cracogna, Dante, "La costumbre como fuente del derecho", en El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, pág. 82, señala: "A partir del constitucionalismo moderno en Occidente, con la afirmación del principio de la soberanía popular y el triunfo de la democracia como sistema de gobierno, la figura del legislador parlamentario emerge como la única susceptible de arrogarse el dictado de normas generales. La costumbre, por no ser producto de la actividad legislativa, queda descalificada bajo el cargo de que contesta la supremacía del único y genuino depositario de la voluntad popular. Deviene así la costumbre un producto de naturaleza casi revolucionaria al que se condena al ostracismo o, en último caso, a servir como auxiliar en aquellos casos en que la ley se refiera expresamente a ella (es decir le confiere una función meramente delagada) con lo cual se reafirma la autoridad legislativa".

⁷ Cfse. Cracogna, op. cit., pág. 81.

en algunas regiones de Francia ⁽⁸⁾.

Lo cierto es que tras lograr una tarea de conciliación, en la cual no faltó el recurso a las ordenanzas y al derecho canónico, se creyó, sobre todo por los jurisconsultos franceses y extranjeros (éstos últimos cuando en sus respectivos países se adoptaron códigos de inspiración napoleónica) que al haberse alcanzado tan importante obra de legislación, el único derecho que podía invocarse era el codificado, mas no aquel que se generase más allá de sus fronteras. Por ello, Duguit ha señalado que los hombres de 1789, los autores del Código y los jurisconsultos de la primera mitad del siglo XIX estimaban que en esos códigos había un sistema de derecho definitivo ⁽⁹⁾.

Esta actitud reduccionista se encarnó particularmente en los representantes de la Escuela de la Exégesis. Son ejemplificadoras las frases de Bugnet y de Demolombe. El primero decía: "Yo no conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón", en tanto que Demolombe expresaba muy convencidamente: "Mi divisa, mi profesión de fe es la siguiente: Los textos ante todo!" ⁽¹⁰⁾.

Esta autosuficiencia de la ley como fuente del derecho heredada del siglo pasado también ha sido observada por Lucarelli, quien señala:

"Costumbres y usos de tradición oral quedan obviamente a los márgenes de tal sistema encontrando aplicación no tanto en lo 'no previsto' por la forma escrita ... cuanto en el restringido ámbito de circumscripciones situaciones a las que la norma hacía

⁸ Al referirse a este hecho, los Mazeaud afirman: "Naturalmente, la oposición entre el derecho escrito y las costumbres se reveló con la redacción (del código). BONAPARTE eligió a dos prácticos del derecho consuetudinario: TRONCHET, antiguo abogado parisiense, ejercitado en el estudio de una costumbre abierta a todas las influencias, y BIGOT DE PREAMENEU, jurista de Rennes; y a dos juristas del mediodía: PORTALIS y MALEVILLE. TRONCHET, del que BONAPARTE decía: 'Tiene la cabeza muy clara para su edad', hizo que triunfara el punto de vista consuetudinario, y más especialmente el de la costumbre de París, pese a la elocuencia de PORTALIS y a la porfía de MALEVILLE; el derecho romano permaneció no obstante como fuente de los textos rectores de los contratos y las obligaciones". Cfse. de Henri, Jean & Leon Mazeaud: "Lecciones de Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, Parte Primera, Volumen I, págs. 71 y 72.

⁹ Cfse. Duguit, León, "Las transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón", Madrid, s.f., F. Beltrán, Librería española y extranjera, segunda edición, págs. 21 y 22. Sin embargo, esta afirmación de Duguit se estrellaría contra uno de los principios sentados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pero no la de 1789, sino la del 24 de junio de 1793. En efecto, en esta última se encuentra un artículo, el 28, que a la letra dice: "Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a las generaciones futuras a sus leyes".

¹⁰ Cfse. Bonnacase, Julien, "Elementos de Derecho Civil" Tomo I, Ed. José M. Cajica, Jr., Puebla, 1945, pág. 119.

explícito renvio" ⁽¹¹⁾.

Como muestra de la autarquía legislativa que pretendió instaurarse, puede observarse que en la casi generalidad de los códigos ochocentísticos, además de restringir el valor de la costumbre al espacio que le concedió el legislador, se vetó el carácter derogatorio de la costumbre.

El proyecto de Código civil peruano de 1847, en el artículo VI del Título Preliminar establecía: "La costumbre ó el desuso no derogan las leyes".

Asimismo, los artículos V, IX, X y XI excluían a la costumbre de entre las fuentes del derecho. El artículo V prescribía: "Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes bajo de ningún pretexto o excusa; ni juzgar por otras leyes que las de los códigos, y nunca por la costumbre ó uso".

El artículo IX preceptuaba: "A falta de alguna ley, la Corte Suprema la pedirá a las Cámaras Legislativas, pasándoles el respectivo proyecto".

El artículo X establecía: "En el caso de duda, oscuridad ó contradicción, la Corte Suprema consultará a las Cámaras Legislativas; y en su receso al Consejo de Estado".

Y el artículo XI disponía: "Las consultas de que habla el artículo anterior no impedirán el que los jueces resuelvan conforme a los principios de equidad".

El Código Civil Peruano de 1852, contenía en su Título Preliminar una norma, el artículo VI que expresamente preceptuaba: "Las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso".

Por otro lado, en la disposición de las fuentes del derecho aplicable, el artículo IX del Título Preliminar del mismo Código se excluyó la costumbre: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: 1 al espíritu de la ley; 2 a otras disposiciones sobre casos análogos; 3 a los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran" ⁽¹²⁾.

Sobre este hecho Basadre ha dicho que: "Este desapego del Código Civil del 52 ante la costumbre, repercutió contra el derecho indígena, que es esencialmente consuetudinario y que había sido aceptado como fuente supletoria del Derecho Indiano" ⁽¹³⁾.

¹¹ Lucarelli, Franceso, "Diritti civili e Istituti Privatistici", Padova, Cedam, 1983, pág. 4.

¹² Cfrse. Guzmán Brito, Alejandro, "Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil Peruano", en "El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano", ya cit., págs. 71 y 72.

¹³ Basadre, Jorge, "Historia del Derecho Peruano", Edigraf, Lima, 11 edición, reimpresión de 1986, págs. 377 y 378. También Marcial Rubio se ha pronunciado sobre este tema. Señala este autor que: "Nuestro Derecho es indiscutiblemente occidental, es decir, el contenido de las normas legislativas, y los elementos conceptuales de principio complementarios, no tiene como base la

Así, la Ley IV del Título Primero del Libro Segundo de las Leyes de las Indias, estableció : "Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que se hicieren de nuevo. Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos" (¹⁴).

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1890 en la Sección Preliminar contenía cuatro artículos vinculados al valor de la costumbre.

El artículo 5 establecía: "Las leyes sólo se derogan por otras leyes", con lo cual, proscribía la derogación por la costumbre.

El artículo 6 limitaba la importancia de la misma al prescribir: "La costumbre y el uso no pueden crear derecho, sino en los casos en que la ley así lo declara expresamente".

El artículo 36 señalaba: "Los jueces no pueden suspender, ni denegar la administración de justicia por falta de leyes, ni por oscuridad, o insuficiencia de las que existen; porque, cuando tal suceda deben resolver conforme a los principios que se establecen en esta sección".

cosmovisión de los grupos humanos de tradición quechua, aymara, etc., sino la tradición heredada de la conquista española e impuesta tempranamente como derecho oficial, primero colonial y luego republicano. Si bien existieron voces que exigieron el respeto de las costumbres prehispánicas, y como viene dicho las propias Leyes de Indias establecieron la necesidad de tal observación en la medida que dichas costumbres no violentaran al Derecho Natural, lo cierto es que la administración de justicia parece haber hecho caso omiso a ello y la imposición continuó acentuándose hasta convertirse en regla. Hoy, podemos decir que, en efecto, no existe en nuestro sistema jurídico, un reconocimiento explícito de la obligatoriedad de las costumbres como fuente del Derecho, a lo que ha contribuido también como factor importante, la marcada tendencia positivista de nuestro medio jurídico". Vid. de Marcial Rubio "Costumbres y Usos en el Código Civil". Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima, Enero-Junio 1988, Año LXXV, No. 1, págs. 287 y 288.

¹⁴ "Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey Don Carlos II. Nuestro Señor", Tomo Primero, Quinta Edición, Madrid, Boix, Editor: Impresor y Librero, Calle de Carretas, 1841, págs. 145 y 146. Se ha respetado en la cita el error de imprenta de la palabra "antiguamente".

Al efecto, el Título 4 de esta sección estableció 82 reglas, a algunas de las cuales aludía el artículo 36.

Y, finalmente, el artículo 37 disponía: "Los jueces tienen obligación de aplicar las leyes, mientras no estén derogadas tácita ó expresamente por otras leyes". Es decir, una ley vigente, aún cuando fuera inefectiva podía ser aplicada mientras no se derogase.

Fue en Europa donde nació este movimiento de limitar legalmente los alcances del uso o costumbre - entendidos *latu sensu* como sinónimos - así como de negar la posibilidad de que la costumbre pudiera derogar una norma legal.

Además de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, redactada por los revolucionarios franceses y cuyo artículo 6 prácticamente sentaba las bases de una concepción formalista que se radicalizaría luego de la promulgación del Código Civil (1804), al derogar éste todas las leyes anteriores y proscribir las costumbres, puede mencionarse algunas legislaciones de otros países que siguieron esta misma tendencia.

Así, el artículo 3 de la Ley del 15 de mayo de 1829, que contiene las disposiciones generales tocante a la legislación del Reino de Holanda, prescribía que: "El uso no establece derecho sino en el caso de que la ley lo consienta".

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865, de inspiración napoleónica, contenía en un Título preliminar, dedicado a disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general, una norma que estableció que las leyes sólo se derogan por otras leyes.

El artículo 5 preceptuaba que: "Las leyes no son abrogadas sino por leyes por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad de las nuevas disposiciones con las precedentes, o porque la nueva ley regula totalmente la materia ya regulada por la ley anterior".

De otro lado, el original Título Preliminar del Código Civil Español de 1889, modificado por la reforma de 1974, contenía una norma, el artículo 6, que daba a la costumbre un valor subsidiario como fuente del derecho: "El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho".

El primer Código Civil de Portugal, promulgado el 1 de julio de 1867, si bien anterior al Código Español, presenta algunas particularidades.

El artículo 9 del referido Código señalaba: "Nadie está exento de cumplir las obligaciones impuestas por la ley, a pretexto de ignorancia o desuso de ésta".

La norma transcrita reconoce la eventual existencia del desuso, pero rechaza la posibilidad de ser alegado para liberarse del cumplimiento de cualquier obligación legal.

Sin embargo, como se observa, el artículo 9 del Código Portugués parece rechazar únicamente el desuso de normas que tienen carácter imperativo. Este punto lo analizaremos posteriormente.

Dos años después de la promulgación del Código Civil Portugués, exactamente el 18 de noviembre de 1869, el rey promulgó un Decreto haciendo extensiva la aplicación del Código a las Provincias de Ultramar, que tiene interés para efectos de determinar el valor de la costumbre en sociedades distintas de la europea, que fueron colonizadas por Portugal.

El artículo 1 del Decreto extendió los efectos del Código Civil a las Provincias de Ultramar, el cual entraría en vigencia, según el numeral 2 del mismo Decreto, el 1 de julio de 1870.

El artículo 8 derogó toda la legislación anterior que regulaba las mismas materias comprendidas en el Código Civil; no obstante, en el primer párrafo exceptuó de la abrogación a : 1) los usos y costumbres de las nuevas conquistas y los de Damao y Diu recogidos en códigos, vigentes en la India, siempre que no se opusieren a la moral o al orden público; 2) los usos y costumbres de los chinos vigentes en Macao, que se aplicasen en los litigios de la competencia del Procurador de los negocios de aquéllos; 3) los usos y costumbres de los indígenas de Timor, en las cuestiones que tuvieran entre sí; 4) los usos y costumbres de los llamados Grumetes en Guinea, respecto de las cuestiones que entre ellos se suscitaban; y 5) en Mozambique, los usos y costumbres de los Bananeos, Bathías, Parsos, Moros e Indígenas en sus respectivas cuestiones.

El respeto hacia los usos y costumbres no descartaba la posibilidad de los favorecidos con las excepciones para optar por la aplicación del Código Civil.

Se observa que las leyes de la Corona Portuguesa promulgadas para la aplicación en los territorios conquistados, presentan una tendencia similar a las Leyes de Indias de respetar las costumbres de los aborígenes.

En el presente siglo, el Código Civil Suizo de 1907 rompe parcialmente con la tradición positivista que redujo el derecho a la ley, al establecer en su artículo 1 que: "La ley rige para todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de algunas de sus disposiciones. En defecto de una disposición legal aplicable, el Juez pronuncia según el Derecho consuetudinario, y en defecto de costumbre, según las reglas que establecería si tuviese que actuar de legislador, inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia". La desuetudo sigue siendo reprobada.

Pero lo cierto es que los ordenamientos jurídicos actuales, que hunden sus raíces en la tradición romano-germánica, y los juristas que se forman en ellos, continúan subordinando el valor de la costumbre al reconocimiento por parte de la ley ⁽¹⁵⁾,

¹⁵ Ya Windscheid decía el siglo pasado, rectificando una opinión anterior, que "el derecho consuetudinario carece por completo de fuerza en cuanto la ley no permita su actuación". Vid. de Bernard Windscheid su "Tratado de Derecho Civil Alemán" (Derecho de Pandectas), Tomo I. Volumen I, traducción de Fernando Hinostroza, de la octava edición, Literarische Anstalt, Rütten & Loening, Frankfurt a. M., 1900, con anotaciones comparativas sobre el Derecho Civil Alemán de Theodor Kipp; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976, págs. 58-74, concretamente págs. 72 y 73.

aunque no faltan autores que señalan que la costumbre es reconocida como fuente del derecho en tanto la ley no se opusiere a la norma que emane de aquélla (¹⁶).

No obstante, la costumbre, cuando no el uso (aunque en éste se señala que falta el elemento subjetivo que genera la obligatoriedad, la llamada "opinio iure sive necessitatis" u "opinio iuris"), ha tenido un ámbito de aplicación tradicional, aun cuando ello se deba a la remisión expresa de la ley. Nos referimos al campo de las relaciones contractuales. Los códigos han previsto que contrariamente al derecho supletorio propuesto por el legislador, en las relaciones negocials, en el tráfico jurídico, pueden desarrollarse soluciones más acordes con las expectativas de los particulares y que éstas pueden verse satisfechas por medio de costumbres que se van generando en este terreno.

Podría ampliarse aún más la aplicación de la costumbre?

Es evidente que en el derecho comercial la casi generalidad de sus instituciones o formas contractuales han surgido de las costumbres. Ello ocurre tanto en el comercio interior como en el comercio exterior o internacional (¹⁷).

También la costumbre es una importante fuente en las relaciones entre los Estados (¹⁸).

¹⁶ Así, Barbero, señala que: "Por lo demás, una condición ab extrínseco de la normatividad de la costumbre es que sea reconocida por el ordenamiento jurídico; diré mejor: que no sea desconocida de él. Pues no es necesario de suyo un reconocimiento positivo; bastaría que la ley no se opusiese a la regla que emana del uso". Cf. de Doménico Barbero "Sistema del Derecho Privado", Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962, Volumen I, pág. 96.

¹⁷ Cfse. Rescigno, Pietro, "Manuale del diritto privato italiano", Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1981, pag. 91. Asimismo, Ascarelli, Tulio, "Introducción al Derecho Comercial", Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1947, pags. 78 y 79; Garrigues, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa S.A., México, 1984, Tomo I, págs. 121-129; Uria, Rodrigo, "Derecho Mercantil", Décimocuarta edición. Marcial Pons, Librero-Editor, Madrid, 1987, págs. 22 y ss.; Montoya Manfredi, Ulises, "Derecho Comercial", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, Tomo I, págs. 54-60.

¹⁸ Creemos que Latorre incurre en un exceso de corte positivista cuando afirma que el hecho por el cual la costumbre es una fuente básica en el Derecho Internacional denota un rasgo de su primitivismo. Cf. de Latorre, Angel, "Introducción al derecho", Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1983, pag. 71. Camargo (Pedro Pablo Camargo, "Tratado de Derecho Internacional", Ed. Temis, Bogotá, 1983, págs. 192-195) ha señalado que: "En palabras de OPPENHEIM 'la costumbre es la más antigua y originaria fuente del derecho internacional en particular, así como del derecho en general'. Sin embargo, la costumbre internacional no es fuente principal del derecho internacional, sino su fuente subsidiaria, de acuerdo con la práctica actual. Esto, además, lo confirma el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cuando afirma que la

Se proscribire, en cambio, en el derecho penal (¹⁹).

Para poder explicar esta diversa función que puede cumplir la costumbre en su relación con el ordenamiento y especialmente con la ley, se suele invocar aquella tradicional distinción entre costumbre *secundum legem*, costumbre *praeter legem* y costumbre *contra legem*.

Se señala que la costumbre *secundum legem* es aquella que sin contradecir la prescripción legal, la desarrolla, la concreta, coadyuva a su interpretación.

La costumbre *praeter legem* es aquella que sustenta su aplicabilidad en ausencia de una norma específica para la especie, pero que no se enfrenta con el derecho escrito.

Finalmente, la denominada costumbre *contra legem* es la costumbre que se practica en una manifiesta oposición al derecho legislado (²⁰).

Se suele señalar, además que las costumbres *secundum legem* y *praeter legem* son permitidas por el ordenamiento jurídico, en razón de no contradecir ninguna norma legal, en tanto que la costumbre *contra legem* no es admitida.

Esta reiterada aseveración si bien se fundamenta en la necesidad de dar certeza y

costumbre internacional es la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". Líneas abajo (pág. 193) agrega: "Como ejemplos de reglas consuetudinarias del pasado se pueden citar la libertad de los mares, las inmunidades diplomáticas, el mar territorial, la regla *pacta sunt servanda*, etc. Actualmente, como reglas consuetudinarias, se pueden citar la responsabilidad internacional, la sucesión y el reconocimiento de Estados, etc. Muchas de las antiguas reglas consuetudinarias del derecho internacional han sido codificadas..."

¹⁹ Cf. Du Pasquier, Claude, "Introducción al Derecho", Ediciones Justo Valenzuela, Lima, 1983, pág. 33; Peña, Raúl, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Sagitario, Lima, 1986, Volumen I, pág. 114.

²⁰ Sobre esta clasificación, cfrse. Alzamora Valdez, Mario, "Introducción a la Ciencia del Derecho", Sesator, Lima, 1984, pág. 243; Puig Brutau, José, "Introducción al Derecho Civil", Casa editorial Bosch S.A., Barcelona, 1980, págs. 209 a 211; Rubio Correa, Marcial, "El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho", Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1985, págs. 188 a 190. Barbero señala en su op. cit., Vol I, pag. 97, que: "la tercera locución (costumbre *contra legem*) indicaría las costumbres que están en contraste con la disciplina de las normas escritas y están excluidas por ellas, y que, por lo tanto, están privadas, en nuestro ordenamiento (se refiere al italiano) de eficacia normativa: no producen derecho y representan más bien una violación al derecho". Esta clásica tripartición de la costumbre, con las definiciones que de ellas se dan en el texto, también es aceptada, sin ningún cuestionamiento, por: Jorge Rendón, "El derecho como norma y relación social. Introducción al derecho", Ed. Tarpuy, Lima, 1984, pág. 183; Víctor García Toma, "Introducción al Derecho", Universidad de Lima, 1986, págs. 57 y 58; Carlos Ducci Claro, "Derecho Civil. Parte General", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, págs. 87 y 88; y Roberto de Ruggiero, "Instituciones de Derecho Civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, s/f, Volumen Primero, págs. 84-87.

seguridad a las soluciones aportadas por la legislación, que se suponen justas, trasunta un cierto rezago o secuela de corte positivista. La costumbre, aun cuando traduzca una solución más equitativa que la ley, por el solo hecho de enfrentarse a ella, queda descalificada para el jurista dogmático.

Sin embargo, esta tripartición de la costumbre en su relación con la legislación, no se encuentra adecuadamente planteada, ya que no explica de manera cabal ni la función que cumple la costumbre ni los alcances del desuso.

Un análisis apropiado sobre el tema debe plantearse sobre la base de la naturaleza de la norma legal a la cual se relaciona la costumbre.

Sin pretensión de agotar el tema, puede distinguirse tres tipos básicos de normas jurídicas de rango legal: normas supletorias o también dispositivas, normas permisivas y normas prohibitivas o, más ampliamente, imperativas.

Si nos situamos en el terreno de las relaciones entre las normas jurídicas supletorias y la costumbre, deben tenerse presente dos aspectos diferentes pero vinculados. En primer término, las normas de las cuales pueden disponer los particulares, es decir, excluir su aplicación en sus relaciones jurídicas, se presentan generalmente en la órbita negocial, contractual.

Son normas en las cuales es necesaria, como lo hace notar Carbonnier (²¹), la consideración de la voluntad de las partes, la cual es, en alguna medida, soberana. Esta voluntad de los particulares conduce al segundo de los factores que ha de rescatarse: los usos o costumbres desarrollados por las partes pueden no coincidir con los modelos legales.

En hipótesis como éstas, la aparición de una costumbre no puede ser incluida en aquella tradicional clasificación de la costumbre en *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*, para determinar su admisibilidad.

No se trata de una costumbre *secundum legem*, ya que no se desarrolla ni se concreta una norma jurídica, la que es excluida conciente e intencionalmente por los particulares.

Puede, como no, tratarse de hipótesis en las que los particulares se remiten a las soluciones que se han alcanzado por medio de ciertos usos o costumbres en defecto de norma aplicable.

Sin embargo, es concebible que la costumbre puede regular de manera diversa y aun contraria a la ley las situaciones jurídicas creadas por las partes, siempre que no medie un pacto específicamente estipulado para la concreta relación jurídica que no coincide ni con el esquema legal ni con los usos o costumbres generalmente aplicados, aunque también puede pensarse en la costumbre como un uso reiterado que se generó a partir de un pacto individual, luego difundido.

²¹ Carbonnier, Jean, "Derecho Flexible", Para una Sociología no rigurosa del Derecho, traducción española y prólogo de Luis Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 120.

En estas eventualidades la costumbre está en contra de lo que dice la norma. Sin embargo, la naturaleza misma de la norma, su contenido supletorio o paradigmático, mas no obligatorio, permite la aplicación de un uso o de una costumbre que la contradice, pero que no genera ninguna reacción del ordenamiento jurídico ⁽²²⁾.

No sería aventurado afirmar que el propio sistema jurídico las incentiva, si la forma de regular una determinada relación jurídica típica por medio de la costumbre es más adecuada y equitativa que el modelo propuesto por la ley.

Por otro lado, el tratamiento que en relación a este tipo de normas se pretenda otorgar al desuso, requiere de algunas apreciaciones.

Los resultados a los cuales se pueda arribar dependen, en gran medida, del sentido y alcances que se tenga del fenómeno sociológico de la desuetudo.

Una concepción restringida del desuso sólo consideraría como hechos configurantes del mismo las prácticas continuas o costumbres que se originan en una evidente contradicción con las normas jurídicas legales. Una concepción amplia, además de incluir los supuestos apenas mencionados, comprendería la ausencia de las situaciones que dan lugar a la aplicación de aquellas normas o de las costumbres que las excluyen; es decir, que los hechos condicionantes o hechos operativos (como los denomina la doctrina anglosajona) no se presentarían en la realidad.

Hipótesis como las últimas se detectaron en nuestro medio con relación a las

²² Dice Messineo: "...es concebible un uso contra legem, cuando sea tal que pueda oponerse a una ley supletoria (arg. art. 2078) o dispositiva, o bien a una norma sin sanción (lex imperfecta) (art. 927): "...almente un uso que discipline de un modo diverso la materia regulada por esas normas, no chocará con el precepto, antes recordado, que se contiene en el art. 15 de las disposiciones preliminares". Las referencias son hechas con relación al Código Civil Italiano de 1942. Vid. de Francesco Messineo "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, Tomo I, pág. 76. También Garrigues ha analizado el problema en el derecho mercantil. Así, este autor señala: " Se cuestiona sobre si el uso puede derogar las normas legales cuando éstas tengan sólo carácter dispositivo. El C. de c. (art. 2o) - se refiere al Código de Comercio Español - no distingue entre leyes de carácter imperativo y leyes de carácter dispositivo cuando pospone el uso a la ley. A pesar de ello parece que la cuestión puede resolverse afirmativamente en razón a que la voluntad de los particulares se antepone a la norma de Derecho dispositivo y el uso puede representar, al menos, una voluntad tácita. Propiamente no deroga la ley dispositiva. Lo que hace es excluir el supuesto de su aplicación, a saber, la falta de una adecuada manifestación de voluntad" (op. cit. T. I, pág. 129). La compilación foral de Navarra reconoce el valor de la costumbre contra legem. El derecho civil aragonés también la admite cuando es contraria a una ley dispositiva. Así, en el artículo 2.1 del Título Preliminar de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967 de 8 de abril) se señala: "La costumbre tendrá fuerza de obligar cuan no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón"; Código civil, Editorial Segura, Madrid, 1972, pág. 355. Cf., además, Lacruz Berdejo, José Luis, "Elementos de Derecho Civil", I, Parte General del Derecho Civil, Volumen primero, Introducción por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asis Sancho Rebullida y Agustín Luna Serrano; Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 173; y Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, "Sistema de Derecho Civil", Tecnos, Madrid, 1988, Volumen I, págs. 97 y 98.

instituciones, y a las normas que las regulan, de la anticresis y del contrato de renta vitalicia.

Esta comprobación - por lo demás relativa - originó un debate en el seno de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1916, llamada luego Comisión Reformadora, en la cual se argumentó el desuso de tales instituciones para dejarlas de lado en la codificación proyectada.

En la Comisión nombrada posteriormente para someter a revisión los Proyectos de la Comisión Reformadora, denominada Comisión Revisora, por el contrario, se estimó que era preferible incorporar un articulado sobre aquellas figuras, aunque lo cierto es que la inclusión del contrato de renta vitalicia fue propuesta de uno de los miembros de la Comisión Reformadora.

Probablemente una investigación más rigurosa hubiera descubierto cuál era la efectividad real de la anticresis y de la renta vitalicia.

Pero retomando el tema del desuso, creemos que es indispensable analizar por separado los acontecimientos en los cuales existen costumbres que dejan de lado los modelos normativos y aquellos que trasuntan la ausencia de todo hecho que se vincule con los esquemas propuestos por el legislador.

En el primer caso, sólo una práctica prolongada conduciría a pensar que las soluciones legales no satisfacen las intenciones de las partes. El desuso podría autorizar una revisión de las normas para acercarlas a la realidad.

En el segundo supuesto, esto es, cuando las normas no existen sino en el papel, el legislador debe replantearse los objetivos que trató de alcanzar con ellas y luego de una investigación de las razones del desuso (que es un análisis sociológico y no jurídico), determinar si se justifica o no su vigencia.

Es cierto que en este tipo de normas de carácter supletorio, como observa Carbonnier ⁽²³⁾, la aplicabilidad importa más que la aplicación. Sin embargo, debe estudiarse si aquella vocación para regular unas relaciones jurídicas determinadas (aplicabilidad) nació muerta.

Las normas seguirán formalmente vigentes, pero el lugar que ocupan en el elenco de las disposiciones legales es un espacio que debería eliminarse del mundo de los jurídicos.

Un análisis de las normas del Código Civil que pueden ser excluidas por las partes y sustituidas por usos o por costumbres ha sido realizado hace poco por Marcial

²³ Carbonnier, op. cit., pág. 117.

Rubio (24).

En las relaciones entre la costumbre y una norma legal permisiva, el problema asume un color distinto.

Las normas permisivas, vinculadas a la libertad de la persona, pueden representar el sustento jurídico de un comportamiento dado. Qué ocurriría si el particular favorecido por la norma, no hace uso de la norma que le reconoce alguna libertad o un derecho subjetivo?.

Existen, sin duda, ciertos límites que no pueden ser desconocidos ni siquiera por el titular de esa libertad o derecho. Las normas standard que hacen alusión al orden público o a las buenas costumbres y los principios generales son factores que deniegan la renuncia de ciertos derechos.

El problema no parece que pueda discutirse en torno a aquellas prerrogativas de las cuales no se puede renunciar. La interrogante debiera enderezarse a aquellos casos en los que se reconoce al titular la posibilidad de no hacer valer un derecho en una determinada relación jurídica.

En estos supuestos, tampoco podría descalificarse, bajo el dogma de la proscripción de la costumbre contra legem, que el uso o la costumbre puedan regular una relación dada; pero los matices variarán ostensiblemente si por medio de la costumbre se pretende excluir ilegítimamente y contra la voluntad del titular el ejercicio de un derecho o si se aplica por ignorancia del sujeto titular. Parece claro que la intención dolosa de excluir el uso de un derecho difícilmente puede calificarse como costumbre jurídica.

Lo cierto es que, tratándose de normas permisivas, el no uso de una libertad no autoriza a encuadrar automáticamente el hecho en los límites del fenómeno de la desuetudo, si se atiende al especial contenido de la norma.

El problema adquiere un alcance diverso en las relaciones que se pueden suscitar entre una norma imperativa y la costumbre.

Si una norma legal imperativa prescribe un comportamiento, un hacer, es posible que se puedan generar unas costumbres que colaboren en su aplicación (*secundum legem*).

En sentido diametralmente opuesto se encuentra una costumbre que traduce un acto que contradice una norma imperativa. Trátese de un hacer o de una abstención, la costumbre se estrella con el texto legal o con el principio que la inspira. Resulta cuestionable que la doctrina tradicional califique esa práctica reiterada como costumbre jurídica, aun cuando se le adjetive como "contra legem".

Ante esta clase de hechos, el ordenamiento jurídico puede responder con diversa

²⁴ Rubio Correa, Marcial, "Costumbres y Usos en el Código Civil", ya cit., págs. 279 a 303. Las normas que se refieren a los usos o costumbres jurídicos son las contenidas en los artículos 837, 1380, 1381, 1486, 1521, 1558, 1565, 1571, 1580, 1581, 1610, 1659, 1660, 1678, 1713, 1738, inciso 2, 1759, 1761, 1766, 1767, 1773, 1774, inciso 1, 1791, 1796 y 1818 del Código Civil. No así el art. 337, que se refiere a costumbres sociales no-jurídicas.

intensidad. Puede reprimir el acto a través de penas, sanciones económicas o mediante declaraciones de invalidez. Las reacciones denotan la falta de justificación de aquellas prácticas que se estrellan contra el derecho escrito.

La preocupación que despierta en estos casos la llamada costumbre contra legem se vincula más con la oportunidad de la reacción del ordenamiento o de los agentes que velan por su fiel cumplimiento, así como con la inercia y la tolerancia ante semejantes prácticas.

Pueden coexistir un sinnúmero de factores que contribuyan a su aparición y que corresponde analizar más a los sociólogos o a los psicólogos. Pero parece claro que es inadmisibles que las "costumbres" que violentan las normas fundamentales de la convivencia se toleren por deficiencias en la organización de los agentes encargados de la custodia del orden jurídico.

El tema nos conduce a otro de similar importancia, cual es el de formular los interrogantes relacionados con la efectividad de estas normas imperativas que se encuentran formalmente vigentes y que, en realidad, tiene vinculación con todo tipo de normas.

Sin embargo, para poder explicar el problema de la efectividad de una norma jurídica, es necesario delimitar previamente algunos otros conceptos: existencia, vigencia, validez, legitimidad y eficacia.

La existencia de una norma jurídica representa el nacimiento de la misma, su incorporación al ordenamiento jurídico.

Para la existencia de una norma es necesario, según la Constitución, que ésta sea publicada. Así, el segundo párrafo del artículo 87 de la Constitución prescribe que: "La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los medios de su difusión oficial".

La existencia de una norma jurídica no implica inexorablemente que ella se considere vigente de manera inmediata. El concepto de vigencia se refiere, prima facie, a la exigibilidad de una norma, tratándose sobre todo de normas que requieren de una aplicación obligatoria.

Una norma jurídica existe pero no es vigente mientras medie ese plazo para su exigibilidad denominado *vacatio legis*.

Esta aseveración se corrobora cuando el artículo 195 de la Constitución preceptúa que: "La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto al plazo, disposición contraria de la misma ley. Las leyes que se refieren a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario".

Como se constata, la norma existe desde que es publicada, pero no es obligatoria sino una vez vencido el plazo que señala el artículo apenas transcrito o, tratándose de tributos de periodicidad anual, a partir del primer día del siguiente año calendario.

Un ejemplo de existencia y no vigencia de una norma jurídica lo constituye la promulgación y publicación del Código Civil Peruano de 1984, que fue promulgado el día 24 de julio de 1984 por Decreto Legislativo No. 295 y publicado en los días

posteriores, pero cuya vigencia se postergó, por mandato expreso del artículo 2 del citado Decreto Legislativo, hasta el 14 de Noviembre de 1984.

La vigencia, sin embargo, no sólo se refiere a la exigibilidad de una norma, como podría desprenderse de la expresión utilizada por el artículo 195 de la Constitución ("La ley es obligatoria").

Esta exigibilidad puede predicarse de las normas imperativas que prescriben un determinado comportamiento, o de las normas permisivas que facultan a su destinatario para hacer valer un derecho en una relación jurídica dada.

La vigencia puede significar también aplicabilidad de la norma jurídica, mas no obligatoriedad o exigibilidad, tratándose de normas de carácter supletorio. Aplicabilidad que puede como no traducirse en una real aplicación, pero esta última circunstancia escapa a la definición misma de vigencia.

Por ello, Alzamora ⁽²⁵⁾ presenta una concepción demasiado amplia de vigencia, pues no obstante señalar que ésta implica, de un lado, su imposición por la sociedad (costumbre) o por el Estado (ley), y, por otro, su aceptación por los obligados - esta aceptación no parece admisible -, inicia su breve estudio sobre el tema afirmando que la vigencia significa vida: "Derecho vigente es derecho vivo, esto es, derecho en vigor, de 'vigorar' dar vida" ⁽²⁶⁾, pero con ello comprende el momento de la existencia de una norma sin que hubiere transcurrido la *vacatio legis*.

Distinto es el concepto de validez.

El concepto de validez ha quedado diferenciado del de legitimidad o justificación de una norma jurídica, a partir de la teoría pura del derecho.

Kelsen distingue la validez de un orden jurídico de la validez de una norma jurídica aislada. Señala que un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo se sustenta en la norma fundamental ⁽²⁷⁾.

La norma fundamental es la hipótesis básica de la que parte la teoría pura, la cual es supuesta válida para que todo el orden jurídico que le está subordinado resulte también válido ⁽²⁸⁾.

²⁵ Alzamora Valdez, Mario, "Validez, vigencia e ideología en el Derecho", en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco S. A. Editores, Lima, 1985, pág. 8.

²⁶ Alzamora, op. cit. pág. 7.

²⁷ Kelsen, Hans, "Teoría pura del derecho", Eudeba, Buenos Aires, 1982, Capítulo IX.

²⁸ Kelsen, op. cit., pág. 135: "Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma básica. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando

La validez de una norma jurídica aislada se determina, según el mismo Kelsen, en relación con la primera Constitución (que, a su turno, se basa en la norma fundamental), de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas por sus disposiciones lo son también ⁽²⁹⁾.

Para Kelsen una norma jurídica es válida si ha sido creada de acuerdo a las normas jerárquicamente superiores en la estructura del ordenamiento jurídico, de conformidad a los procedimientos que éste establezca. Sin embargo, el carácter eminentemente normativo del concepto de validez formulado por Kelsen no siempre ha sido admitido, habiendo recibido fuertes críticas, sobre todo por los juristas realistas ⁽³⁰⁾.

existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden". Pág. 137: "Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma". Pág. 138: "Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado". En la misma página dice: "La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado...". Pág. 139: "La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma de derecho positivo; dicha norma no es 'puesta' sino 'supuesta'. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuestamente válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas".

²⁹ Kelsen, op. cit., pág. 145.

³⁰ Quizás haya sido el dñes Alf Ross, realista, quien más haya cuestionado el concepto kelseniano de validez. Enrico Pattaro ("La validez del Derecho en Alf Ross", en "ALF ROSS. Estudios en su homenaje", Tomo I, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Edeval, Universidad de Valparaíso, No. 25, Segundo Semestre, 1984, págs. 173 y ss.) ha analizado con meridiana precisión el pensamiento de Kelsen y el de Ross. Así, Pattaro señala (op. cit. 175) que: "Tanto Kelsen como Ross distinguen entre normatividad (deber ser) y validez (existencia) del derecho - recordemos que para Kelsen la validez es la existencia específica de la norma - y ambos proceden, aunque en sentido contrario, a la reducción de un término a otro. Kelsen reconduce la existencia del derecho al deber ser, la validez a la norma, ya que válida va a ser la norma conforme a otra superior. Ross reconduce el deber ser a la existencia, la norma a la validez, ya que la norma es en cuanto existente". Luego, líneas, después

Díez-Picazo, considera que el concepto kelseniano de validez es demasiado formalista y nada dice en torno al contenido de las normas, a su legitimidad ⁽³¹⁾.

Sin embargo, para evitar la confusión entre validez y legitimidad, otros autores -como es el caso de Elías Díaz ⁽³²⁾- los distinguen -aun cuando este jurista, como podra apreciarse, equipara los conceptos de vigencia y validez: "Son los juristas científicos del Derecho quienes, por supuesto, de manera más propia y específica conocen e informan del Derecho vigente, del Derecho válido, formalmente válido: con esta expresión no se alude, pues, a que tal Derecho sea más o menos "valioso" desde el punto de vista material, de su contenido, sino a que está "vigente", a que

agrega: "Kelsen identifica la categoría de la normatividad que en su concepción es la categoría del derecho, y a ella reconduce también el concepto de validez jurídica en cuanto conformidad a una norma. Ross reduce la categoría de la normatividad a un tipo de lenguaje, identifica al derecho con un cierto fenómeno real en el que consistirá la validez como realidad sociológica y psicológica, y a ella reconduce también el concepto de norma concebida por su función como esquema calificativo e interpretativo de una serie de hechos". El propio Pattaro señala (op. cit., pág. 177) que: "Ross parte de la misma intuición inicial, la norma como esquema calificativo e interpretativo pero lleva más allá la investigación sobre el fundamento de la validez: la norma no es válida en cuanto a su vez sea calificada en cuanto efectivamente calificante. Así como el proceso de Kelsen hacia atrás es un retorno de la validez a la norma y una reducción del ser al deber ser. El proceso hacia adelante de Ross es una reducción de la norma a su validez, de la esencia a la existencia y del deber ser al ser". "El concepto clave de esta construcción rossiana es el de la norma como esquema calificativo. A través de él la norma viene definida según la función que le es propia, como es la de calificar comportamientos. Por otra parte, gracias a tal con: 7, se da una noción empírico-fáctica de la validez en un sentido que especificaré mejor en seguida, identificándola con la eficacia y ya que el ser esquema calificativo, es decir válida, es tenido por Ross como carácter esencial de la norma, de ello se sigue que norma, validez y eficacia confluyen en uno solo: el derecho como realidad social viviente" (op. cit. págs 177 y 178). Existe discrepancia en torno a la interpretación del concepto de validez formulado por Ross, ya que mientras Pattaro señala que la validez (que Ross identifica con eficacia; sería preferible hablar de efectividad) no depende - para Alf Ross - de las decisiones de los tribunales, pues la norma es considerada válida si existe razón para creer que va a ser aplicada, su aplicación sería una verificación de la validez (op. cit. págs. 182 a 185); Nelson Reyes considera que la validez rossiana consiste en el efectivo cumplimiento de las normas por parte de los jueces, quienes las cumplen porque las viven como socialmente obligatorias (Vid. de Nelson Reyes Soto "El problema de la validez y la obligatoriedad del derecho en el pensamiento de Alf Ross" en el mismo volumen antes indicado en homenaje a Ross, págs. 205 y ss, concretamente, págs. 219 y 220). Sobre Ross y su concepto de validez también puede verse de Dante Cracogna "Sistema Jurídico, validez y norma fundamental en Alf Ross", en el mismo volumen, págs. 227 y ss.

³¹ Díez-Picazo, "Experiencias Jurídicas...", ya cit., pág. 184.

³² Díaz, Elías, "La sociedad entre el derecho y la justicia", Aula Abierta Salvat, Barcelona, 1985, pág. 42.

existe y ha sido creado por los procedimientos y con los requisitos establecidos por el propio sistema.

"Pero, junto a estas cuestiones sobre la validez del Derecho, sobre qué normas hay, por tanto, que obedecer para lograr un cierto objetivo propuesto (por ejemplo, para otorgar un testamento) o para evitar ser de hecho sancionado, casi todo el mundo se preocupa asimismo enseguida por saber por qué, para llegar a esos resultados, tiene, en definitiva, que obedecer tales normas y no otras; es decir, se preocupa sobre todo por saber si esas normas que se le imponen son buenas o malas, justas o injustas (para él, por de pronto, y en su consideración). Todo derecho intenta justificarse desde el poder que lo ha creado y, a su vez, todo individuo requiere y exige siempre, en mayor o menor grado, una justificación para la obediencia de aquél. Las cuestiones de justificación del Derecho aparecen, pues, en seguida al lado de las cuestiones de validez".

Validez y vigencia no son conceptos que se refieren al mismo hecho. Una norma vigente puede o ser válida por no haberse creado de acuerdo a los procedimientos que establece la norma superior, pero en tanto no se derogue continuará vigente.

Para Díaz, sin embargo, la validez de una norma (entendida con exactitud sólo parcialmente cuando señala que tal es el derecho que: "ha sido creado por los procedimientos y con los requisitos establecidos por el propio sistema."), no se confunde con la justificación o legitimidad.

La legitimidad se refiere a la fundamentación axiológica de una norma, a su justicia intrínseca o, al menos, en la cual debe sustentarse.

Díez-Picazo encuentra la legitimidad de las normas (que también llama validez) en la conciencia colectiva, en las convicciones generales o generalizadas de un grupo social ⁽³³⁾.

Estas convicciones o creencias que legitiman las normas son factores imprescindibles para determinar la efectividad de una norma jurídica.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto de efectividad ha sido inconcientemente confundido con el de eficacia.

La eficacia de una norma tiene que ver con la producción de los efectos previstos en la norma, es decir, con el logro de los propósitos perseguidos por el autor de la norma ⁽³⁴⁾.

La efectividad, por el contrario, es un concepto sociológico que se suele entender, señala Díez-Picazo (quién también advierte la no coincidencia de ambas) como el valor de la norma para inspirar la vida social: "La efectividad es la real consideración de la norma como tal norma por parte de sus destinatarios y su real-

³³ Díez-Picazo, op. cit., pág. 189 y 192.

³⁴ Díez-Picazo, op. cit., pág. 193.

aplicación" ⁽³⁵⁾.

Kelsen, no obstante su formalismo, también se refiere a la efectividad, pero lo hace mediante el uso del término eficacia . Señala que: "La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico sobre sus disposiciones" ⁽³⁶⁾.

Al lado de la efectividad de la norma jurídica encontramos el fenómeno opuesto: la inefectividad, que es la que aquí interesa estudiar siquiera brevemente.

La inefectividad de una norma jurídica puede ser originaria cuando la norma válida, vigente, no ha sido aplicada desde que se incorporó al ordenamiento jurídico.

Como señala Carbonnier: "La hipótesis no se puede referir al derecho consuetudinario, toda vez que éste, por definición, implica siempre cierta duración en su efectividad práctica. Sólo a las reglas del derecho escrito les es dado no existir más que sobre el papel; existir conceptualmente sin haber existido jamás materialmente. De ahí la expresión "impotencia de las leyes", que popularizó Jean Cruet ..." ⁽³⁷⁾.

La inefectividad de la norma en su inaplicación. Pero el fenómeno debe analizarse de acuerdo a la naturaleza de la norma.

En el caso de las normas supletorias o de aquellas que pueden ser usadas por las partes en el momento que les resulte conveniente, la aplicabilidad importa efectividad, pues dichas normas pueden permanecer indefinidamente inutilizadas sin que por ello se pueda plantear la derogación, salvo que transcurriese un tiempo demasiado extenso que traduzca que los hechos a los cuales se refieren las normas no se presentan en el plano sociológico.

Tratándose de normas imperativas, el problema es de mayor importancia, pues como señala Carbonnier: "Su tono imperativo no las preserva de la inefectividad, la cual parece, además, tener una significación mucho más grave que en las leyes facultativas, pues es violación o transgresión y no simplemente inaplicación" ⁽³⁸⁾.

En el caso de las normas permisivas "la efectividad de la ley que consagra una libertad de actuar, no se sitúa en la acción, sino en la libertad misma, es decir, en

³⁵ Díez-Picazo, op. y loc. cit.

³⁶ Kelsen, op. cit., pág. 144.

³⁷ Carbonnier, op. cit., pág. 116.

³⁸ Carbonnier, op. cit., pág. 119.

el poder de elegir tanto la inacción como la acción" (³⁹).

El desuso es otra de las manifestaciones más importantes de la ineffectividad de las normas con rango de ley.

También el desuso debe analizarse de acuerdo a la naturaleza de la norma y admitirse sólo en el caso de las normas supletorias, pero no en el terreno de las permisivas, pues el no uso de un derecho puede no ser generalizado y porque además es necesario algo más que un estado pasivo que un no uso de la libertad (⁴⁰). En cuanto a las normas imperativas, el problema debiera plantearse sólo si aquellas carecen totalmente de legitimidad.

Debe recordarse, por lo que se lleva dicho, que el desuso no tiene la capacidad de derogar una norma legal.

Aun cuando ésta fuera ineffectiva, seguirá existiendo, seguirá siendo vigente, continuará siendo válida si se creó de acuerdo al procedimiento que cada ordenamiento establece y podrá, como no, estar legitimada por las instancias axiológicas, aunque este último dato es importante para explicar el desuso, pero, en ningún caso, deroga la norma.

Lo cierto es que no puede elevarse la efectividad al rango de un requisito indispensable para la vida de una norma, ello "sería tanto como hacer necesario algo que es contingente" (⁴¹).

El desuso podrá despertar al legislador de su pasividad, de su falta de interés por lo que acontece en el terreno de lo fáctico, para investigar las razones de la ineffectividad y, de acuerdo a los factores que la originaron, instarle a la derogación.

Estos seis conceptos pueden entremezclarse y arrojar una serie de casos distintos; así una norma puede ser vigente, lo que supone su existencia, puede ser válida, legitimada, pero no eficaz ni efectiva. Una norma puede encontrarse vigente, pero no ser válida, aun cuando fuere justa, eficaz y efectiva.

Una norma puede no ser justa, pero estar vigente, ser válida, eficaz y hasta efectiva, aunque supeditada (la efectividad) a la reacción que provoque su inequidad; etc. Las hipótesis son múltiples.

Como se ha podido apreciar en la exposición de este ensayo referente a la ley y la costumbre, ésta última tiene un lugar importante en el mundo de lo jurídico. Es cierto que no se puede derogar una norma legal por una práctica que la torna ineffectiva, pero el rol que cumple la costumbre en el derecho debe rescatarse. .

³⁹ Carbonnier, op. cit., pág. 118.

⁴⁰ Carbonnier, op. cit., pág. 121.

⁴¹ Carbonnier, op. cit., pág. 129.

Quizá el legislador y los juristas que han secundado su hermetismo no se hayan planteado jamás la tarea de legislar en función de la costumbre e invertir la clásica tripartición de la costumbre (*secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*) en una muy diversa que revitalice el valor de aquélla. Sería preferible que el legislador iniciara su labor recogiendo las normas creadas extraestatalmente. No carecería de legitimidad el juzgar las leyes según su adecuación a la costumbre y hablar, así, de ley según costumbre, ley en ausencia de costumbre y ley contra costumbre.

El Código Civil Peruano de 1984 en el artículo I de su Título Preliminar excluye a la costumbre del fenómeno de la derogación, pero acaso la margina de entre las fuentes del derecho?

Hace unos años, Guzmán Brito conjugando los artículos IV, VII y VIII del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984 estableció un orden de las fuentes del derecho, basándose primordialmente en el artículo 7 que señala que: "Los jueces tiene la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda" (el subrayado es nuestro), entendiendo que norma jurídica no es sinónimo de ley.

La conclusión a la que arribó este ilustre jurista chileno es que el orden de las fuentes del derecho, de las normas jurídicas, que contiene nuestro Código es el siguiente: ley, analogía, principios generales del derecho peruano, principios generales del derecho, costumbre, jurisprudencia y doctrina⁽⁴²⁾. Quizá habría que señalar que antes de la analogía podría intentarse una interpretación extensiva del texto de la norma, aunque ella no es otra cosa que la aplicación de la ley.

Es ciertamente discutible admitir en nuestro sistema de derecho privado que las soluciones de la doctrina puedan considerarse fuentes del derecho en ausencia de normas jurídicas y principios. Precisamente, son los principios generales los que, sin ser propiamente normas, le dan cierta plenitud al ordenamiento jurídico e impiden que se pueda afirmar la laguna del derecho, que no es igual a la laguna de la ley.

La interpretación no ofrecería ningún tipo de dudas si nuestro Código contuviera una norma análoga al artículo I del Código Civil Suizo.

Lo trascendente es que entre las fuentes del derecho Guzmán Brito incorpora la costumbre. Sin embargo, su ámbito de operatividad parece estar restringido a los casos en que las normas legales se remiten a la costumbre, es decir, sólo tiene una aplicación por delegación.

Pese a ello, no puede discutirse que la costumbre continúa siendo un tema que despierta un vivo y renovado interés. El progreso que ha significado la racionalización del derecho, a través de su forma escrita, y el recurso a la seguridad frente a la falta de certeza que suele predicarse de la costumbre encuentran un límite: la equidad. Si la técnica legislativa sólo se mide con criterios técnicos y no

⁴² O Guzmán Brito, op. cit. págs. 73-76.

con pautas valorativas o axiológicas, puede alejarse de la realidad y de las soluciones justas que pueden ser adoptadas por esa fuerza social que el legislador ha sustituido.

La observación, creemos, debe suscitar una mayor atención por parte de la doctrina, la cual no sólo debe operar con los dogmas, sino también con criterios de orden sociológico.

No en vano el artículo 341 de nuestro viejo Código de Procedimientos Civiles aún vigente señala: "La prueba de la costumbre corresponde a quien la invoca como fundamento de su pretensión"⁽⁴³⁾.

La proliferación de leyes, la multiplicación de entes con capacidad para crear normas jurídicas no siempre representa un avance. El progreso no está en el número, sino en el contenido de las soluciones que se adopta. Por ello, el legislador debe imponerse como obligación el privilegiar, por sobre toda inclinación, el sentimiento jurídico de la sociedad a la cual se debe, sentimiento del que nace, precisamente, la costumbre⁽⁴⁴⁾.

⁴³ O Surge, entonces, un problema de interpretación sobre la admisibilidad de la costumbre en nuestro derecho civil. Si ésta debe probarse, se convierte en un hecho que debe demostrarse de acuerdo a los medios regulados por el Código de Procedimientos Civiles. Pero más allá de la dificultad de la prueba, cabría preguntarse si, teniendo en consideración los arts. IV, VII y VIII del Título Preliminar del Código civil, de no existir un determinado principio para regular una situación de hecho no prevista por la ley, se deberá recurrir a la costumbre, al ser ésta - de existir - la norma jurídica pertinente. La hipótesis es de difícil configuración, pero conviene plantearla. De otro lado, sabido es que los principios generales del derecho no son, propiamente, normas jurídicas, visto lo cual podría sugerirse que la costumbre, en defecto o deficiencia de la ley - no invocada, por no existir - debería ser aplicada en tanto se llegue a probar. Sin embargo, el texto del artículo VIII del T. P. no difiere el recurso a las costumbres en ausencia de ley; remite al juzgador a los principios, si es que no procede la analogía (art. IV del T.P.). Esta limitación conduciría a la siguiente conclusión: que la prueba de la costumbre corresponde a quien la invoca sólo cuando la ley se refiere a ella, cuando le delega la solución de una determinada relación o situación jurídica, no obstante que la propia ley pueda contener una respuesta de la cual prescinden los interesados (ley dispositiva). En estas hipótesis (por lo general de la material contractual), sin duda, el sistema y la jerarquía de las fuentes es divergente de la predispuesta por los arts. IV y VIII del T.P., pero debemos hacer hincapié que se trata de casos específicamente previstos por las normas legales.

⁴⁴ O El número de leyes no siempre habrá de significar progreso. Esta realidad ha sido volcada a uno de los poemas del talentoso poeta Gibrán Khalil Gibrán, titulado "Las Leyes y lo Legislativo":

"Años atrás existía un poderoso rey, que también era sabio. Y tuvo el deseo de redactar leyes para sus súbditos.

Convocó a mil hombres sabios pertenecientes a mil tribus diferentes y los hizo venir a su castillo para redactar las leyes.

Y ellos cumplieron con su trabajo.

Pero cuando las mil leyes escritas sobre pergamino fueron entregadas al rey, y luego de éste haberlas leído, lloró amargamente en su alma, pues ignoraba que hubiera mil formas de crimen en su reino.