

A-342078

NORBERTO BOBBIO

340.1
3663 pj
1993-
c 4

EL POSITIVISMO JURÍDICO

Lecciones de Filosofía del Derecho
reunidas por el doctor Nello Morra



DEBATE

43. *La costumbre como fuente del Derecho en la historia del pensamiento jurídico y en la de las instituciones positivas*

La posición teórica y práctica que se atribuye a la costumbre tiene una relevancia especial en el proceso histórico que condujo al predominio de la ley sobre las restantes fuentes del Derecho.

1) *Las doctrinas de la costumbre como fuente del Derecho.* Existen tres categorías principales elaboradas por el pensamiento jurídico para explicar el fundamento de la juridicidad de las normas consuetudinarias: la doctrina romano-canónica, la moderna y la de la escuela histórica. De estas tres teorías las dos primeras niegan a la costumbre el carácter de fuente de calificación jurídica, porque señalan como fundamento de validez de las normas consuetudinarias una fuente que no coincide con la propia costumbre (en concreto, el poder legislativo o el judicial).

La *doctrina romano-canónica* (así llamada porque tiene su origen en algunos fragmentos del *Corpus iuris civilis* y fue adoptada por el pensamiento canónico) reduce la costumbre a la ley en cuanto que determina que su fundamento de juridicidad es el mismo hecho que fundamenta la juridicidad de la ley: la *voluntad del pueblo*. Así como la ley es un acuerdo estipulado entre ciudadanos, también la costumbre, según Hermogeniano, es una *tacita civium conventio* (D.1, 3, 35): la diferencia entre ley y costumbre estriba únicamente en la forma, expresa o tácita, en que el pueblo expresa su voluntad, lo cual sería una diferencia muy poco importante porque, como dice Juliano,

Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? (D. 1, 3, 32, 1).

En un primer momento esta concepción de la costumbre fue recogida también por los internacionalistas que justificaron el valor de las costumbres internacionales al considerarlos como tratados tácitos entre Estados (esta es, sin embargo, una justificación que hoy en día ha sido abandonada por completo).

La *doctrina moderna* de la costumbre, que se suele atribuir a Austin, señala como fundamento de validez de las normas consuetudinarias el poder del juez que recoge dichas normas al resolver una controversia. Las normas consuetudinarias, al haber sido creadas por la sociedad, no son jurídicas: se convierten en jurídicas sólo cuando el poder judicial las aplica pero, en ese mismo momento, dejan de ser normas populares y se convierten en estatales. Así es como Austin expresa estos conceptos:

En su origen la costumbre es una regla de conducta que es cumplida espontáneamente y no como ejecución de una ley impuesta por un superior político. La costumbre se transforma en Derecho positivo en el momento en

el que es adoptada como tal por un Tribunal y cuando las decisiones judiciales basadas en ella son hechas valer con la fuerza por el poder del Estado. Antes de haber sido adoptada por los tribunales y de haber recibido una sanción legal es sólo una regla de moralidad positiva, una regla generalmente observada por los ciudadanos o los individuos; pero la fuerza que pueda tener deriva de la desaprobación general que recae sobre quienes la incumplen. (*Lect. on Jur.*, cit., pp. 101-102).

La tesis de Austin fue recogida por Lambert en su estudio sobre *La fonction du droit civil comparé* (París, 1903), en el que lleva a cabo una amplísima investigación histórica no sólo del Derecho occidental, sino también del islámico y de otras sociedades, para demostrar que la costumbre se convierte en Derecho sólo cuando hay tribunales que la hacen valer. A esta concepción de la costumbre (aunque parezca un poco más firme que la doctrina un tanto ambigua de la *opinio iuris*) pueden hacerse algunas objeciones. Así, si para distinguir las costumbres jurídicas de los meros usos sociales adoptamos el criterio de la aplicación por los tribunales, no es posible explicar la existencia de costumbres en Derecho público (en particular en el Derecho constitucional), donde no existen jueces que reciban y apliquen las normas consuetudinarias: sin embargo, existen costumbres en Derecho público, e incluso hay ciertas Constituciones, como la inglesa, que son principalmente consuetudinarias. Hay también otra objeción de mayor gravedad: la concepción de la costumbre de Austin no permite explicar cómo en ciertos ordenamientos el juez está obligado a aplicar las costumbres preexistentes; en efecto, según la teoría de Austin el juez siempre es libre de aplicar o no las normas consuetudinarias: el problema es precisamente saber si pueden existir costumbres obligatorias para el poder judicial.

La única doctrina que encuentra el fundamento de la validez de las normas consuetudinarias en la propia costumbre es la *doctrina de la escuela histórica* (Savigny y, especialmente, Puchta): según esta escuela la costumbre tiene carácter jurídico con independencia del legislador, del poder judicial y del científico del Derecho porque su validez se funda en la convicción jurídica del pueblo, en un sentido de justicia innato del pueblo, el cual permite distinguir las costumbres jurídicas de los simples usos. Pero esta doctrina no ha tenido continuadores y los juristas han mantenido siempre o bien la doctrina romano-canónica o bien la de Austin: esto significa que ha prevalecido la tendencia a negar a la costumbre el carácter de fuente autónoma del Derecho.

2) *Las relaciones históricas entre la ley y la costumbre.* Si consideramos las relaciones entre la ley y la costumbre tal como se han desarrollado en los Ordenamientos jurídicos conocidos a lo largo de la historia, podemos considerar tres situaciones típicas:

a) la costumbre es superior a la ley;

b) la costumbre y la ley están en un mismo plano;

c) la costumbre es inferior a la ley.

a) Por lo que respecta a la primera situación es difícil encontrar ejemplos reales plenamente satisfactorios: en efecto, no se puede citar el caso del Ordenamiento internacional porque en él, a pesar de que la costumbre es fuente primaria del Derecho, no es porque ella prevalezca sobre la ley, sino porque esta última no existe (la otra fuente del Derecho internacional es el tratado que equivale a las normas de Derecho interno establecidas por los particulares en virtud de su poder negocial). Puede citarse quizá el caso del Ordenamiento inglés antes de la consolidación de la monarquía parlamentaria en el que el *common law* limitaba el poder del rey como se desprende de estas palabras de sir Edward Coke (aquel jurista que ya hemos tenido ocasión de citar al hablar de Hobbes: cfr. pp. 50 y ss.):

El rey con sus actos o de cualquier otra manera no puede cambiar parte alguna de la ley consuetudinaria o del Derecho estatutario o de las costumbres del reino (*12 Reports*, 75).

En este caso se está rechazando que la ley pueda tener fuerza derogatoria con respecto a la costumbre (esto es, está negando la *lex contra consuetudinem*, en lugar de la *consuetudo contra legem*).

b) Un ejemplo de Ordenamiento en el que la ley y la costumbre están en un mismo plano (y en que, por tanto, se pueden derogar recíprocamente) podría ser el del Derecho canónico. En la Edad Media la doctrina canónica (y el pensamiento jurídico en general) estaba dividida en relación con el problema de las relaciones entre ley y costumbre porque la compilación justiniana, a la cual se apelaba para resolver las controversias jurídicas, contenía dos afirmaciones que parecían contradictorias. La primera se encuentra en un fragmento de Juliano en el que se admite la costumbre derogatoria:

Rectissime etiam illum receptum est, ut leges non solum suffragio legis, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (D. I, 3, 32).

La segunda formulación está contenida en una constitución de Constantino que, por el contrario, niega a la costumbre su eficacia derogatoria de la ley:

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem (C. I, 8, 52).

La controversia en Derecho canónico fue resuelta por Gregorio IX con la Decretal *Quum tanto* que, aceptando en línea de principio la solución de

Constantino, admite que la costumbre pueda derogar la ley con tal de que sea *rationabilis* y *legitime praescripta* (esto es, cuando haya sido seguida por un período de tiempo determinado). Esta solución ha perdurado en toda la historia del Derecho canónico y ha sido consagrada definitivamente en el canon 27 del *Codex iuris canonici*, que toma en consideración tres hipótesis: a) la costumbre nunca puede derogar el Derecho divino o natural; b) la costumbre puede derogar la ley si es *rationabilis* y tiene una vigencia de 40 años; c) incluso en aquellos casos en los que la ley excluya su derogación por la costumbre, ésta podrá derogarla si se mantiene por un período de 100 años o es de duración inmemorial.

c) La tercera situación, aquella en la que la ley prevalece sobre la costumbre (de forma que se admite sólo la costumbre *secundum legem* o, como mucho, la *praeter legem*, pero nunca la *contra legem*), es la que se dio con la formación del Estado moderno y que ha sido teorizada por el positivismo jurídico. Por ejemplo, en Francia con el art. 7 de la ley de aplicación del Código civil del 30 Ventoso del año XIII (1805) que deroga las costumbres generales y locales relativas a materias contenidas en el propio Código, dejando en vigor sólo aquellas costumbres a las que la ley se refiere expresamente (y, siguiendo la interpretación más benévola, también las relativas a materias no reguladas por el Código).

Los mismos criterios fueron seguidos por el legislador del Código civil italiano del 1865; el art. 5 de las Disposiciones Preliminares disponía que «las leyes sólo son derogadas por leyes posteriores» (excluyendo, por tanto, de forma implícita, la eficacia abrogativa de las costumbres), y el art. 48 de las Disposiciones transitorias establecía (recogiendo casi al pie de la letra el art. 7 de la ley francesa que acabamos de citar, como se verá incluso en la terminología que utiliza):

En las materias que son objeto del nuevo Código dejan de tener fuerza a partir del día de entrada en vigor del mismo todas las demás leyes generales o especiales, así como también los usos y costumbres a los que el Código se refiera expresamente.

Nuestro Código civil vigente repite en sus *Disposiciones sobre la ley en general* idénticas prescripciones: el art. 15 reproduce literalmente el art. 5 del Código derogado, y el art. 8 dispone lo siguiente con respecto a los «usos» (o sea, a las costumbres):

En las materias reguladas por las leyes y los reglamentos, los usos sólo son eficaces en la medida en que se haga referencia a ellos³.

³ Nuestro Código civil español señala, por su parte, en el art. 2.2: «Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran

Concluye de esta forma la larga evolución de las relaciones entre costumbre y ley, que podemos resumir con un fragmento de la obra de Lebrun sobre la costumbre:

Desde el siglo X hasta el siglo XII, nuestro Derecho había sido puramente consuetudinario; después aparecieron las primeras ordenanzas (regias). El período monárquico había representado una fase transitoria durante la cual la costumbre había ido decayendo. Finalmente llegó la Codificación y, poco después de la promulgación de los Códigos, nuestro Derecho llegó a ser puramente legislativo. La rivalidad entre ley y costumbre terminaba con la derrota de esta última. La Codificación consagraba su final y el triunfo de la ley. (*La coutume*, París, 1932, pp. 135-136).

44. La decisión judicial como fuente del Derecho. La equidad

La evolución histórica del poder judicial como fuente del Derecho es análoga a la de la costumbre: en el proceso de formación del Estado moderno el juez perdió la posición de fuente principal del Derecho que había tenido con anterioridad, convirtiéndose en un órgano estatal subordinado al poder legislativo y encargado de aplicar fielmente (se podría decir mecánicamente) la normas establecidas por este último. Este proceso histórico ya fue analizado por nosotros en la parte I a propósito de la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu, de la teoría del silogismo de Beccaria (ver pp. 56 y ss.), y de la escuela de la exégesis (en particular el fragmento de Moulon citado en la p. 100); el resultado de esta evolución puede resumirse diciendo que, sobre la base de los principios del positivismo jurídico tal como han sido asumidos por los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos, el juez no puede derogar la ley en sus sentencias, así como tampoco puede hacerlo la costumbre. En otras palabras, el poder judicial no es una fuente principal (o fuente de calificación) del Derecho. En cualquier caso, ello no excluye que el juez pueda ser en algunos casos una fuente subordinada, en concreto una fuente *delegada*. Esto ocurre cuando se llevan a cabo *juicios de equidad*, es decir, juicios en los que no se aplican normas jurídicas positivas preexistentes (legislativas y, se podría añadir, consuetudinarias). En el juicio de equidad el juez decide «en conciencia» o «según su propio sentimiento de justicia»: también podría decirse que decide aplicando normas de Derecho natural si concebimos este último como un conjunto de reglas preexistentes. Al realizar un juicio de

vigencia las que ésta hubiese derogado». En el art. 1.3 puede leerse: «La costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos judiciales que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbres».

equidad el juez se convierte en fuente del Derecho, pero no en fuente principal sino sólo en fuente subordinada, y ello porque únicamente podrá emitir un juicio de equidad en la medida en que esté autorizado por la ley y, en cualquier caso, nunca en contra de las disposiciones de la ley; esto es lo que sucede cuando el legislador se encuentra ante ciertas situaciones que considera imposible o inoportuno regular mediante normas generales y en las que, por tanto, demanda su regulación por el poder judicial.

Si quisiéramos poner un ejemplo concreto podríamos considerar el ordenamiento jurídico italiano. Nuestro *Codice di Procedura Civile* establece en su art. 113:

En su pronunciamiento sobre la causa el juez debe seguir las normas del Derecho, salvo que la ley le atribuya la facultad de decidir en equidad. El árbitro decide en equidad las causas cuyo valor no exceda las dos mil liras⁴.

Un caso importante en el que el juez puede decidir en equidad se contempla en el artículo siguiente, el 114:

El juez, tanto en primera como en segunda instancia, resolverá en equidad cuando la causa afecte a derechos disponibles de las partes y éstas así lo soliciten de común acuerdo⁵.

⁴ La redacción actual de este artículo, modificado por el art. 3 de la Ley de 30 de julio de 1984, dice así: «En su pronunciamiento sobre la causa el juez debe seguir las normas de Derecho, salvo que la ley le atribuya la facultad de decidir en equidad. El árbitro decide en equidad observando los principios reguladores de la materia». La regulación española sobre la materia viene a coincidir con la italiana. En relación con los jueces y magistrados, tanto la Constitución (en su título IX), como la Ley Orgánica del Poder Judicial (en su título preliminar) establecen la sujeción al Derecho. Por su parte, el art. 1.7 de Código civil señala: «Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Ciertamente, la equidad no aparece de forma explícita entre las fuentes que alude el Código. No obstante, el art. 3.1 de este cuerpo legal dice: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita». Respecto a los árbitros, la Ley 36/88, de 5 de diciembre, sobre arbitraje, dispone en su art. 4.1: «Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes». Por su parte, en el art. 4.2 se afirma: «En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación, en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento».

⁵ En el Derecho español no hay disposición de este tenor. La equidad sólo es aplicable en los casos en que la Ley lo permite expresamente. No existen muchas disposiciones de este tipo. Un ejemplo que puede servir es el del art. 1154 del Código civil referido a las obligaciones con cláusula penal: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».