

EL FUNDAMENTO DE VALIDEZ DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO*

Alejandro Guzmán Brito
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile

I. La costumbre es un fenómeno en el que intervienen el derecho, la moral, la sociabilidad y aun la religión; en ella se entremezclan, pues, todas las formas que inciden normativamente en la conducta humana; de ahí su excepcional importancia.

En sí misma, la costumbre es un fenómeno prenormativo; constituye un hecho en la vida social, paragonable, en este sentido, a la posesión de las cosas, que también es un hecho, prejurídico esta vez, que incluso existiría aunque hubiera un solo hombre sobre la tierra. En tal caso, ese único hombre tendría la posesión de las cosas que efectivamente lograra ocupar y mantener bajo su poder material, si bien no podría decirse que fuera su dueño, por faltar otro sujeto a quien oponer su dominio. De la misma manera, en esa hipótesis de existir un solo hombre, también podría haber costumbres suyas, aunque resultaran ser individuales. Problema aparte, por cierto, es saber si serían obligatorias para él.

Este hecho consiste, así, en unos modos constantes y permanentes de conducta; en una cierta uniformidad, regularidad y reiteración de comportamientos. Suele agregarse el rasgo de la colectividad, es decir, que se trate de comportamientos generalizados entre los miembros de una determinada comunidad. Pero esto, si bien es así muchas veces, en realidad no pertenece a la estructura de la costumbre, pues, como ya insinué, puede haber costumbres individuales. Los juristas romanos, en quienes debemos apoyarnos siempre si no queremos errar, no tenían inconvenientes para hablar de una *consuetudo patrisfamilias*, como elemento para integrar alguna cláusula testamentaria lagunosa, por ejemplo. Así, cuando alguien lega alimentos sin fijar su cuantía, los juristas deciden que ha de atenderse a los que el testador acostumbraba a dar como alimentos en vida, para fijar los que se deberán al legatario¹. Se trata, pues, de una conducta, que no por individual deja de ser costumbre², porque lo decisivo de ésta no es el grado de generalidad, sino el grado de reiteración, si bien el grado de generalidad sirve, por cierto, para determinar la extensión de su vigencia³.

* Expuesto en la apertura del congreso internacional sobre "La costumbre", que tuvo lugar en Santiago los días 8 a 11 de agosto de 1994, organizado por las facultades de derecho de las Universidades de Chile y Católica de Valparaíso.

¹ Sobre la materia, *vid.* los siguientes textos: Frag. Vat. 70; Dig. 7.1.15.5; 7.127.1; 32.73.3-4; 32.91.3 y 6; 32.99 pr.; 33.7.18.1; 33.7.25 pr.; 33.8.23.1; 33.10.10; 34.2.19.8; 34.2.33.; 34.5.1.

² En materia constitucional, la individualidad puede ser rasgo característico de las costumbres: piénsese en aquellas que atañen al ejercicio de las jefaturas de gobierno no desempeñadas casi siempre por un solo individuo.

³ La costumbre individual también exige, por cierto, que esté constituida por una reiteración de actos, de modo que uno solo no sea suficiente para formarla. Individualidad y reiteración, pues, no se contradicen.

II. Con recurso a la noción de comportamiento constante, uniforme, regular, reiterado está suficientemente definida la costumbre. Cuestión aparte es la de su obligatoriedad.

Tal es un tema extrínseco a la costumbre. En sí misma ésta es, como ya se dijo, un hecho que ha ocurrido. En consecuencia, hacia el pasado no cabe plantearse cuestión de obligatoriedad. La obligatoriedad de las costumbres es un problema que sólo puede formularse para el presente, esto es, cuando acaezca que alguien se comportó en contra de la uniformidad; o bien hacia el futuro, cuando se pregunta si es permitido obrar en contra de la uniformidad pasada. Sólo entonces surge el tema de saber si el comportamiento en contra es lícito o ilícito y de ello dependerá que el comportamiento regular verificado sea propiamente vinculante o no lo sea y que estemos en presencia de una verdadera costumbre jurídica o sólo de una costumbre social no vinculante o de otro tipo.

III. Para la pregunta de por qué obliga la costumbre encontramos tres respuestas:

1. En un célebre texto romano, que en el *Digesto* viene atribuido a Juliano (mediados del s. II d. C.), el fundamento de obligar la *consuetudo* es el mismo que el de las leyes. Según dicho texto, estas últimas obligan en virtud del *iudicium populi*, curiosa expresión ésta que parece querer significar la aprobación que el comicio del pueblo, en efecto, daba a los proyectos de ley propuesta por el magistrado durante la época republicana de Roma. De la misma manera, continúa el texto, todo lo que sin estar escrito aprobó el pueblo, debe vincular a todos, ya que no importa que el pueblo declare su voluntad con votos o sufragios, como en las leyes, o que la declare *rebus ipsis et factis*, es decir, mediante comportamientos efectivos⁴. La idea es reiterada en otro texto, esta vez de Hermogeniano (s. III-IV d. C.), en donde leemos que la costumbre es como una tácita convención de los ciudadanos (*tacita civium conventio*), de modo que obliga no menos que las leyes, que serían, así, una convención expresa⁵. Algo semejante se vuelve a decir en la obra anónima de mediados del s. V d. C., que conocemos como *Tituli ex corpore Ulpiani*⁶. De acuerdo con todos estos textos,

⁴ D. 1.3.32.1: "No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y éste es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por el juicio del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que, sin estar escrito, aprobó el pueblo; porque ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos o con las mismas cosas y hechos? Por lo cual también está perfectamente admitido que las leyes se deroguen no sólo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso". (*Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes; nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*).

⁵ D. 1.3.35: "Pero también aquello que ha sido comprobado por una larga costumbre y observado por muchísimos años, como tácita convención de los ciudadanos, se observa como derecho no menos que aquello que está escrito". (*Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*).

⁶ Tit. Ulp. 1.4: "Los *mores* son el tácito acuerdo del pueblo prolongado en el tiempo por una larga costumbre". (*Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*). Cfr. también Inst. Iust. 1.2.9.

pues, la costumbre y la ley tienen un fundamento común de obligar: la voluntad del pueblo, expresa o tácitamente manifestada⁷.

2. En la Edad Media se creó otra doctrina que adquirió su desarrollo definitivo, sin embargo, siglos después, con Suárez⁸. De acuerdo con ella, el carácter jurídico y obligatorio de una costumbre está dado por el permiso (expreso o tácito) del príncipe (*consensus principis*). Suárez dice que tal es la principal y más importante causa eficiente de la costumbre.

Pero si bien se examina esta doctrina, viene a ser como un giro de la romana y termina siendo otra versión de la misma. El *consensus principis* es exigido en cuanto *legislator*. De esta manera, el centro de gravedad de la teoría continúa radicado, como en los textos romanos, en la *lex*. Sólo que, como en éstos la ley aparece fundada en el consenso popular, a éste, en cuanto tácito, se atribuye la obligatoriedad de la costumbre. Para Suárez, el legislador puede ser el pueblo en las democracias, o un rey en las monarquías, o un senado en las oligarquías. En cualquier caso, su permiso expreso o tácito de legislador cualifica a los comportamientos reiterados de la comunidad como propiamente obligatorios y como derecho⁹. La doctrina suareciana, en consecuencia, es una abstracción y generalización de la romana.

3. La tesis suareciana, fundando la obligatoriedad de la costumbre en el *consensus principis*, dejaba abierta la cuestión de quién era el *princeps*, de modo que éste podía ser el propio *populus*. Fue natural que en las monarquías, sin embargo, por *princeps* se entendiera al *rex*. Durante la época del absolutismo, en consecuencia, el poder de autorizar las costumbres quedó reservado exclusivamente a los monarcas.

Fue, en parte, reacción a esta praxis y, en parte, debido a su historicismo característico, que los romanistas alemanes de principios del s. XIX volvieron a los textos del *Digesto*, que directamente reservaban al *consensus populi* el establecimiento de la costumbre. Sólo que ellos interpretaron esta noción no en el sentido de aludir al pueblo en cuanto órgano legislador formal, reunido en comicios, sino en cuanto nación idealmente concebida y perdurante a través de las generaciones. El *consensus populi*, por ende, no significó ya una efectiva, aunque tácita aprobación, sino la convicción común sobre la existencia de una regla jurídica manifestada a través del comportamiento reiterado, convicción esta que recibió el nombre de *opinio iuris seu necessitatis*. Así se ve, por ejemplo, en Savigny¹⁰. Ello estuvo en perfecta consonancia con la idea común a toda

⁷ Aunque el tema de la autenticidad juliana del texto que en el *Digesto* aparece atribuido a Juliano, no nos debe ocupar aquí, difícilmente; sin embargo, Juliano lo escribió. El vivió en una época cuando habían desaparecido prácticamente las leyes populares. Por otro lado, jamás fue doctrina política de los romanos que éstas tuvieran su origen en la voluntad del pueblo. En fin, con muchas dificultades un jurista romano establecería una analogía entre la votación popular en los comicios para aprobar una ley y la costumbre. Esas ideas más bien pertenecen al mundo griego y, así, el texto que las contiene seguramente fue de origen bizantino. El pasaje de Hermogeniano, en cambio, puede ser auténtico; pero ese autor vivió en la época postclásica, invadida de ideas griegas, de modo que vale lo dicho antes para Juliano. Lo mismo se puede afirmar del texto de los *Tituli ex corpore Ulpiani*, cuya íntegra factura postclásica es innegable. De todas maneras *vid.*: SCHMIEDEL, Burkhard, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht* (Graz-Köln, Böhlau, 1966); BOVE, Lucio, *La consuetudine in diritto romano* (Napoli, Jovene, 1971).

⁸ SUÁREZ, Francisco, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 7, cap. 12.

⁹ Como se comprenderá fácilmente, tal es la doctrina que acoge la legislación chilena.

¹⁰ *Vid.* SAVIGNY, F. C., *Sistema de derecho romano actual* (trad. cast., Madrid, Centro Editorial de Góngora, s. d.), párr. 25; 29 (requisito 5º, p. 164).

la escuela histórica, de que la costumbre cumple un papel de primera importancia en cuanto fuente del derecho, como expresiva del *Volkgeist*.

Esta teoría, de origen pandectístico, es todavía la dominante en la moderna civilística. Pero no ha dejado de recibir críticas. La más conocida es la siguiente: como explicación de por qué obliga la costumbre, el recurso a una convicción común de juridicidad (*opinio iuris seu necessitatis*) envuelve un círculo vicioso, porque antes de formarse la convicción, aunque haya el elemento material, representado por el comportamiento reiterado, no habría costumbre jurídica; pero entonces no se explica por qué se da dicha reiteración. Y cuando se la quiere explicar, necesario fuera suponer que es porque ya existe la convicción, pues si no, la comunidad no se comportaría uniformemente. Pero en tal caso la comunidad estaría actuando sobre la base de un error, consistente en la creencia en ser vinculante el comportamiento, cuando todavía no lo es. De esta manera, al explicar la vinculación consuetudinaria con recurso a la *opinio necessitatis*, inevitablemente se cae en esta afirmación: una costumbre vincula, porque la comunidad cree que vincula; y en esta crítica: una creencia no debería ser el fundamento de una validez.

IV. En esta ocasión deseo ofrecer para debate una tesis distinta acerca de ese fundamento. Se base en el principio que suele ser formulado con recurso a la fórmula latina *contra factum suum nemo venire potest* (“nadie puede ir en contra de su propio hecho”). En cuanto al contenido y alcances generales de este principio, los doy por sentados y me excuso de traerlos especialmente, para entrar de manera directa a explicar por qué opino que es ese principio el que funda la obligatoriedad de las costumbres.

La enunciación de esta tesis es muy sencilla: la costumbre, ya lo vimos, es ante todo un hecho prenормativo, y como hecho que es, no puede obligar a nada ni a nadie. Pero cuando en el interior de una comunidad vienen repitiéndose de hecho unos determinados comportamientos, nadie puede ir en contra de ellos merced al principio antes enunciado.

Claro está que el principio *contra factum suum* debemos aplicarlo formalmente, *formaliter* dirían los escolásticos, y no *materialiter*. Esto concierne a la interpretación que debemos dar a la palabra *nemo*, o sea al “nadie” o “ninguno” de la fórmula *nemo venire potest*. Quiero decir que el sujeto *nemo* de ese enunciado no se refiere al sujeto considerado en su corporeidad individual, sino al sujeto considerado en su cualidad genérica de hombre, o de ciudadano, o de padre de familia, o de comerciante, o de estudiante, etc., y lo mismo habría que decir para las entidades, o para los cargos: no se trata de tal o cual sociedad comercial concreta, sino de las sociedades comerciales; no de la persona de este presidente de la república, sino del presidente de la república quienquiera que sea, etc.

Con este planteamiento quiero evitar una crítica a la vista. El principio de que tratamos supone, en efecto, un *factum suum* que no debe ser contradicho; pero en materia de costumbres no siempre ni necesariamente, incluso más, puede que nunca se trate de un *factum suum*, sino de un *factum alterius*, del hecho de otros. Porque, en efecto, si queremos explicar la obligatoriedad de la costumbre con base en el principio *nemo venire potest* y fuéramos muy estrictos, necesario sería probar que la costumbre invocada ha sido alguna vez practicada por aquel en contra de quien se la invoca, para en seguida exigirle consecuencia y no contradicción con su anterior acto propio. Sin embargo, nadie

jamás ha dicho que para la validez de una costumbre es necesario que ella haya sido practicada alguna vez por aquel en contra de quien se la invoca. Según esto, el principio *contra factum suum nemo venire potest* no podría ser el fundamento de la obligatoriedad de las costumbres, porque en la mayoría de los casos aquellos en contra de quienes se invocan éstas jamás antes la practicaron, por modo de ser lícito reprocharles después una contradicción con un *factum suum*. Y es entonces para evitar esta objeción que he dicho que no se trata del *factum* del individuo concreto a quien se le opone determinada costumbre, sino del *factum* imputable al género al cual él pertenece.

Ofreceré un ejemplo, basado en la figura del secreto bancario obligatorio que, como se sabe, tuvo orígenes consuetudinarios. Si queremos fundar su obligatoriedad en el antes recordado principio, ningún nuevo banco quedaría vinculado por el secreto, en efecto, porque, siendo nuevo, jamás podría reprochársele que al violarlo actuó *contra factum suum*. Pero así razonando, estaríamos interpretando *materialiter* el *nemo* o sujeto del enunciado. Cuando, en cambio, se lo interpreta formalmente, es decir, referido no a ese concreto banco, sino a los bancos, como género, al cual el nuevo banco pertenece, entonces resulta que éste queda comprendido en el *nemo* y regido por el principio, según el siguiente razonamiento lógico: nadie puede ir en contra de sus propios hechos; por ende los bancos no pueden ir en contra de sus propios hechos; es así que los bancos, de hecho, mantienen en secreto las operaciones de sus clientes; por tanto, los bancos no pueden dejar de mantener en secreto las operaciones de sus clientes; como tal concreta sociedad anónima es banco, de ello se sigue que esa sociedad no puede dejar de mantener en secreto las operaciones de sus clientes.

En este razonamiento, que corresponde a un silogismo del tipo denominado entimema por la lógica clásica, se observan dos niveles. El primero va desde la formulación del principio abstracto hasta la regla concreta de que los bancos no pueden dejar de mantener en secreto las operaciones de sus clientes, porque ello sería contrariar un hecho propio. El segundo empieza con la premisa de que tal concreta sociedad anónima es banco y termina con la inferencia final de que ella no puede dejar de mantener en secreto dichas operaciones. Como se ve, el punto de conexión entre ambos niveles está dado por la relación de género a especie que existe entre el concepto de "banco" y tal sociedad anónima que es "banco". Y es en esa conexión que está incluida la consideración del sujeto entendido formal y no materialmente. Así, pues, aunque tal sociedad anónima que es banco jamás haya practicado mantener en secreto las operaciones de sus clientes, porque es nueva, está cogida empero por la costumbre del secreto bancario, debido a que, al nacer a la vida jurídica como banco, inmediatamente se convirtió en sujeto de las reglas aplicables a los bancos, surgida de los hechos practicados por ellos, que ellos no pueden contravenir en virtud del principio general.

Si en este razonamiento hay algún vicio lógico que invalide su fuerza probatoria, yo no lo sé. Entretanto no lo descubra, prefiero explicar así por qué obligan las costumbres a recurrir a un elemento tan inasible como la *opinio iuris seu necessitatis*, al *consensus populi* o al *consensus principis*, que me parecen muy artificiales.

Debo advertir, con todo, que la invocación del principio *contra factum suum* es sólo para explicar la obligatoriedad de la costumbre, no para explicar qué sea ella. Por tal razón no podría aceptar la siguiente objeción: de acuerdo con las reglas generales, para hacer aplicable ese principio basta un único *factum* que no debe ser contradicho. La costumbre, por definición, en cambio,

exige reiteración de hechos (actos); es decir, una pluralidad sucesiva, por manera que jamás un solo acto la puede fundar. En consecuencia, el principio invocado no es aplicable.

No puedo aceptar esta dificultad por la siguiente razón: es verdad que para aplicar el principio *contra factum suum* es suficiente un solo acto; pero ello no excluye que también se lo pueda aplicar a una pluralidad sucesiva; por el contrario, la reiteración hace mayormente aplicable el principio, pues si un único acto ya puede obligar, con mayor razón obliga su repetición. Por ende, la antes expuesta objeción lo único que prueba es que jamás podrá invocarse como costumbre a un solo acto –cosa que ya sabíamos, por lo demás–, pero no prueba que, dada una reiteración de actos, no pueda decirse que ella vincula en virtud del principio.

V. Nos resta por aclarar un último punto. Si es correcta la tesis antes expuesta, el principio *contra factum suum* explicaría la fuerza obligatoria de las costumbres, pero no ayudaría a diferenciar las costumbres jurídicas de las no jurídicas, ya que también podría invocárselo para éstas.

En respuesta, digo que aquí es en donde entra a jugar su función decisiva la jurisdicción, a quien en último término queda confiada la labor de discernir en el complejo de regularidades de la conducta humana, aquello que es propiamente jurídico de aquello que no lo es. Y esto se entronca, como fácilmente podrá advertirse, con el tema de la existencia de un campo propio para lo jurídico, más allá del cual cesa el derecho. Así, pues, a la cuestión antes planteada doy una respuesta externa: son costumbres jurídicas aquellas que un juez decida aplicar, el cual decidirá aplicarlas o no, cuando considere que la regularidad de que se trate atañe o no al campo propio de lo jurídico.

Esta intervención decisiva del juez en la constitución de la juridicidad de las costumbres está plenamente reconocida por los artículos 4° y 5° del Código de Comercio, para el cual, como se sabe, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley; el Código agrega que los requisitos de la uniformidad, publicidad, generalidad y reiteración de los hechos que constituyan la costumbre son apreciados prudencialmente por los juzgados. En esta apreciación prudencial va implícito que éstos también deben discernir si unos determinados hechos, amén de constituir costumbres, constituyen costumbres mercantiles, esto es, atañen a la materia del derecho mercantil, o si son nada más que costumbres de la sociabilidad o de la moral, que, de obligar, sólo obligarían en esos campos, pero no en el jurídico.