

LA COSTUMBRE

Luis Eduardo CARPIO LEIVA⁶¹⁵

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Concepto.- 3. Características.- 4. Elementos.- 5. Clases.- 6. La costumbre como fuente de Derecho.- 7. La costumbre en algunas ramas del Derecho.- 8. Conclusiones

1. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad explicar de manera general a la costumbre, abordar su concepto desde distintos autores, también se verá sus características, elementos, clases, su aspecto como fuente de Derecho a lo largo de la historia y su uso en las ramas del Derecho.

2. Concepto de costumbre

La palabra costumbre⁶¹⁶ proviene del latín *consuetudo*⁶¹⁷, utilizada por primera vez por los romanos. La costumbre es una práctica repetitiva, realizada constantemente por una población determinada, que tiene carácter obli-

gatorio dentro de esta, cuya fecha de inicio no se puede determinar, puesto que se desconoce.

LUIS CERVANTES la considera igual que una ley al afirmar que “*La costumbre es una práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley y es un Derecho no escrito que se ha introducido por el uso*”⁶¹⁸.

Otro posible concepto, es el utilizado por el *Diccionario jurídico Espasa* define a la costumbre de la siguiente manera “*La Costumbre es una fuente de Derecho, norma impuesta por el uso social, de origen popular, y, con frecuencia, manifestada de manera no escrita. Regularmente, origen de las normas, luego exteriorizadas legalmente, sobre todo hasta la aparición del Estado liberal*”⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Alumno de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma, estudiante de la Asociación Cultural Peruano Británico y miembro de la selección de Ajedrez de la Universidad Ricardo Palma.

⁶¹⁶ Las costumbres son una acepción del ius romano, los romanos se regían por las conductas reiteradas de sus miembros. Esta era transmitida de generación en generación y adquirió la convicción de obligatoriedad.

⁶¹⁷ Consuetudo significa costumbre, uso, norma de uso. Ver BARBERÍA, María, *Diccionario de Latín jurídico*. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2008, p. 231.

CLAUDE DU PASQUIER define a la costumbre como “*Un uso implantado en una colectividad y considerado por ella como jurídicamen-*

⁶¹⁸ CERVANTES LIÑÁN, *Diccionario de la legislación peruana*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007, p. 639.

⁶¹⁹ FUNDACIÓN TOMÁS MORO, *Diccionario jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 2007, p. 441.

te obligatorio; es el Derecho creado por las costumbres, el *ius moribus constitutum*⁶²⁰.

Para RAFAEL MARTÍNEZ, “La Costumbre es lo usual, la práctica normal, lo que se estila de manera reiterada y se consiente”⁶²¹.

3. Características

La costumbre tiene las siguientes características:

- Espontaneidad, en el aspecto que nace de la voluntad de la población.
- Uniformidad, en el aspecto que las personas o grupo de personas realizan la misma conducta ante el mismo hecho.
- Generalidad, en el aspecto de que la conducta debe ser común, es decir, estar difundida entre los miembros de una comunidad.
- Continuidad, en el aspecto de que debe ser una repetición constante a través del tiempo.

4. Elementos

La Costumbre está compuesta por dos elementos que están relacionados al comportamiento repetido que son: el elemento interno o psicológico⁶²² y otro elemento externo o material⁶²³.

El elemento interno o psicológico consiste en el sentimiento jurídico de los grupos so-

ciales que lo realizan, es decir, en su práctica obligatoria.

El elemento externo o material consiste en la práctica repetida de determinadas conductas en un medio social.

5. Clases

La *Enciclopedia jurídica Omeba* señala que “La Costumbre es una manifestación del Derecho, mientras que la ley es una manifestación reflexiva”⁶²⁴. La costumbre al estar relacionada con la ley se puede clasificar de la siguiente manera:

La Costumbre según ley, llamada también *secundum legem*, consiste en que la práctica de la costumbre está conforme a la ley expresa, sin contradecirla.

La Costumbre fuera de ley, llamada también *extra legem*, es aquella costumbre que complementa a la ley al tener conductas no previstas por esta, dichas conductas no se oponen a la ley.

La Costumbre contra ley, llamada también *contra legem*, es aquella costumbre cuyas conductas contradicen a la ley, dicha conducta puede derogar a la ley. IVÁN RODRÍGUEZ desde un punto de vista doctrinario afirma que en estos casos “La ley prevalece sobre la costumbre, quedando en pie la obligación de aplicarla dejando sin efecto la costumbre”⁶²⁵.

6. La costumbre como fuente del Derecho

No existe un registro exacto sobre cómo empezó la costumbre en la vida de las perso-

⁶²⁰ DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho* Traducción del francés por Julio Ayasta Gonzales, Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1994 p. 36

⁶²¹ MARTÍNEZ, Rafael, *Diccionario jurídico general. Tomo I (A-C)*. México: Iure Editores, 2006, p. 357

⁶²² Elemento interno o psicológico, representado en la fórmula Romana como *opinio iuris seu necessitate*.

⁶²³ Elemento externo o material, representado en la fórmula Romana como *inveterata consuetudo*

⁶²⁴ FIGUEROLA, José, *Enciclopedia jurídica OMEBA Tomo V*, Driskill, Buenos Aires 1993, p. 13

⁶²⁵ RODRÍGUEZ, Iván, *Introducción al Derecho*. Lima: Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria, 2006, p. 116.

nas, tampoco se sabe quien o quienes la realizaron por primera vez pero se tienen datos históricos que nos hablan de su incidencia en la historia como fuente de Derecho. MARIO ALZAMORA afirma que *“La Costumbre ha constituido la primera fuente formal de Derecho”*⁶²⁶. Asimismo, Pedro Flores Polo afirma lo siguiente *“La costumbre es una norma cuyo valor jurídico reposa en la tradición y en su cumplimiento constante y uniforme a través del tiempo con la misma fuerza de la ley, constituyendo también fuente de Derecho”*⁶²⁷.

La Costumbre se originó junto con el Derecho, debido a que, hubo un momento en el que los hombres, al intentar alcanzar sus objetivos decidieron no perjudicar a los demás, ahí nació el sentido de justicia⁶²⁸. Mientras se realizaban este tipo de prácticas se creó la costumbre dentro de la sociedad. Respecto a esto, HANS KELSEN señala que *“En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, la producción de normas jurídicas generales se realiza por vía de la costumbre, es decir, por la práctica de parte de sus miembros; y no existen en su origen tribunales centrales para la institución de la norma individual, ni tampoco en particular, para su ejecución en el acto coactivo”*⁶²⁹.

Existieron documentos escritos que tenían el carácter de leyes como por ejemplo: el Código de Hammurabi en Babilonia (2000 a.C.), las leyes de Moisés, las leyes de Manú en la India antigua, las leyes de Solón y Dracon en Atenas, “Los Coutumiers”⁶³⁰, la ordenanza de Montils-les-Tours (1454 d.C.), la redacción oficial de las costumbres provinciales de Carlos VII (siglos XV-XVI), la lectura pública de

las tradiciones en Suiza, documentos que en su mayoría fueron redactados a partir de costumbres.

En el caso de Roma a la costumbre tuvo valor como fuente de Derecho, se le denominó como “*mores*” o “*consuetudo*”, cuyas palabras tenían el mismo significado.

En la Edad Media, surgió un nuevo Derecho Consuetudinario, con el cual lucharon letrados y canonistas con el propósito de una unidad legislativa.

El Derecho Francés fue esencialmente consuetudinario hasta la aparición del Código de Napoleón (1804).

Para el racionalismo, la costumbre tiene validez por mandato del legislador y en la medida en que este le admite.

La corriente histórica del Derecho, encabezado por Savigny, ha sostenido que en las civilizaciones primitivas las normas primitivas no eran impuestas desde arriba, sino se desarrollaban desde abajo, de conformidad con la conciencia jurídica popular, es decir, el Derecho nace de la voluntad del pueblo.

Para ANÍBAL TORRES *“La Costumbre tiene distinta fuerza obligatoria en las diversas disciplinas jurídicas, y en algunas ramas, no tiene eficacia, por ejemplo, en el Derecho Penal”*⁶³¹.

7. La costumbre en algunas ramas del Derecho

La costumbre tiene mayor importancia en el Derecho Comercial, puesto que, existen innumerables situaciones jurídicas resueltas por su intermedio.

⁶²⁶ ALZAMORA, Mario, *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima: Eddili, 1987, p. 241.

⁶²⁷ FLORES, Pedro, *Diccionario de términos jurídicos*. Volumen I, Lima: Marsol Editores, 1987, p. 626.

⁶²⁸ Justicia, Aristóteles ya se había pronunciado en ese sentido, confundiéndolo con la ética.

⁶²⁹ KELSEN, Hans, *La teoría del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, 2003, p. 158.

⁶³⁰ *Los Coutumiers*, obra de juristas privados franceses.

⁶³¹ TORRES, ANÍBAL, *Introducción al Derecho*. Lima: IDEM-SA, 2008, p. 475.

En el caso del Derecho Marítimo, cuyos principales preceptos radican en el Código de Comercio, imponiendo muchas veces la costumbre, sobre las leyes.

En el caso del Derecho Civil, se puede apreciar que en el Derecho Argentino, la costumbre, el uso o la práctica no pueden crear Derecho, excepto cuando las leyes se refieren a ello.

En el caso del Derecho Administrativo, la costumbre es fuente de Derecho y está formada por un conjunto de reglas jurídicas tradicionales arraigadas en el pueblo, que se aplican para cumplir la misión del Estado en la vida de relación de los ciudadanos.

En el caso del Derecho Agrario, en esta área muchas veces la costumbre se impone sobre la norma.

En el caso del Derecho Penal, la costumbre queda excluida, solo interesa en cuanto se usa para interpretar la ley penal.

En el caso del Derecho Internacional Público, es eminentemente consuetudinario en sus orígenes. Cuando surge una costumbre internacional, no nace un convenio tácito entre los Estados, sino que estos se limitan a aplicar la idea del Derecho a una relación interestatal.

En el caso del Derecho Internacional Privado, tanto la costumbre como los tratados internacionales son fuentes que han servido de base para la redacción de nuevas doctrinas jurídicas, que convirtieron a estas fuentes materiales en fuentes formales, esto quiere decir que se garantizan mediante diversas acciones jurídicas del Derecho.

8. Conclusiones

La costumbre es una práctica constante, repetida por un determinado grupo social, que considera a esta como obligatoria por dicha población.

Siempre ha existido la necesidad de redactar las costumbres en documentos escritos para convertirla en ley.

La costumbre al nacer de una práctica constante y repetitiva se amolda a las necesidades de la sociedad, evolucionando con ella. Mientras que la elaboración de una ley emplea mucho tiempo, la costumbre puede reglamentar esta materia rápida y adecuadamente.

Por otro lado, la costumbre tiene dificultades, puesto que no es precisa ni cierta, mientras que la ley ofrece mayor seguridad y es mucho más completa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAMORA, Mario
1987 *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima: Eddili, 1987.
- CERVANTES LIÑÁN, Luis
2007 *Diccionario de la legislación peruana*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007.
- RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Iván
2006 *Introducción al Derecho*. Lima: Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria, 2006.
- DU PASQUIER, Claude
1994 *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima.
- FIGUEROLA, José
1993 *Enciclopedia jurídica Omeba*. Tomo V. Buenos Aires: Driskill, 1993.
- FLORES POLO
1987 *Diccionario de términos jurídicos*. Volumen I. Lima: Marsol Editores, 1987.
- FUNDACIÓN TOMÁS MORO
2007 *Diccionario jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 2007.
- HANS KELSEN
2003 *La teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, 2003.
- MARTÍNEZ, Rafael
2006 *Diccionario jurídico general*. Tomo I (A-C). México: Iure Editores, 2006.