



DE TODO COMO EN BOTICA

La costumbre y LA LEY EN MÉXICO

POR **ELISUR ARTEAGA NAVA**

Primera parte

Hablar de la costumbre, como una forma de regular la conducta humana, ha vuelto a ser un tema de actualidad. La moda comenzó con la reforma constitucional de 2001. Por una u otra razón se ha vuelto a hablar de ella, esto es con motivo de los conflictos surgidos por tierras y aguas pertenecientes a las comunidades indígenas.

Derecho legislado y derecho consuetudinario

En la doctrina se habla de que existen países de derecho escrito y países de costumbre. México se inscribe dentro de los primeros; Inglaterra dentro de los segundos. En esta materia se impone hacer precisiones:

En la doctrina, a los países como lo es México, en que el poder legislativo, en su acepción genérica, es el autor principal y preferente de la Ley, se les inscribe en la categoría de derecho legislado o escrito.

El que lo sea de derecho legislado no impide que, por mandamiento expreso de la Constitución Política (art. 2), de las leyes y por un imperativo que deriva de los hechos, también se reconozca validez a los usos, en general, a los parlamentarios y los usos y costumbres, en particular y tengan reconocimiento expreso y sean obligatorios.

El que un sistema jurídico sea consuetudinario o de

costumbre, no es obstáculo para que, en forma paralela, existan leyes o actos del parlamento, escritos y formalmente promulgados, que tiene fuerza obligatoria.

En ese contexto es válido afirmar que existen países en los que el derecho escrito es lo que prevalece, sin excluir la costumbre; y que existen países en los que el derecho es, preferentemente, consuetudinario o de costumbre.

EN LA DOCTRINA SE HABLA DE QUE EXISTEN PAÍSES DE DERECHO ESCRITO Y PAÍSES DE COSTUMBRE. MÉXICO SE INSCRIBE DENTRO DE LOS PRIMEROS; INGLATERRA DENTRO DE LOS SEGUNDOS.

Los usos y costumbres

Los usos y las costumbres han vuelto a tener relevancia en México. Esa afirmación debe tomarse con ciertas reservas. La reforma al artículo 2° constitucional, de 14 de agosto de 2001; reconoció su existencia, les asignó un lugar dentro del orden jurídico y determinó quiénes se rigen por ellos.

A pesar de que su reconocimiento se hace en la Constitución Política, no tiene el alcance de generalidad, pero sí el de permanencia. Como fuente del derecho, su existencia está circunscrita a las comunidades indígenas. Del contexto de la reforma parece desprenderse que su validez es transitoria: mientras quienes forman parte de



Fotografía: Twitter



Viene de la
página anterior

ellas, no se integren a la forma de ser del grueso de la población y no pierdan el dominio de su idioma.

Dice Heródoto que la costumbre es la madre de la Ley (*Historia*, libro III, 38.). Ello es cierto. El grueso de las leyes, sobre todo las prohibiciones que son comunes a la humanidad: no matar, no robar, no engañar o defraudar, que son de observancia general y constante, pronto fueron acciones prohibidas, por cuanto alteraban gravemente la convivencia y afectaban la paz en una comunidad. Cuando se dieron los primeros casos de esas acciones, hubo un castigo, ese precedente se volvió a aplicar cuando la conducta se reiteró. Con el tiempo, al inventarse la escritura, a esa costumbre se le dio forma escrita en piedras, tablas, códices, pergaminos o papiros; se pusieron en lugares visibles: plazas o lugares concurridos o se depositaron en los templos y santuarios a disposición de quienes quisieran consultarlos. Con esto alcanzan notoriedad y permanencia.

Cuando los mitógrafos e historiadores refieren la existencia de legisladores míticos, como: Hammurabi, rey de Babilonia, Moisés, para los judíos y otros; o semi míticos como Licurgo, para Esparta; o históricos, como Solón, para Atenas y Carondas, para Catania, en Sicilia, a lo que aluden, en el fondo, es al hecho de se atribuye a ellos el haber dado forma escrita a esas costumbres y precedentes que ya existían. También fueron legisladores los conquistadores que, por medio de la fuerza, impusieron su voluntad a los conquistados (Rudolf von Irving, *El espíritu del derecho romano*, cap. 1).



La doctrina mexicana relativa a la costumbre

Los doctrinarios mexicanos que opinaron respecto de los usos y costumbres lo hicieron, por lo general, antes de la reforma de 14 de agosto de 2001, por ello es entendible lo que opinaron respecto de ellos.

“La costumbre desempeña en nuestro derecho un papel muy secundario. Sólo es jurídicamente obligatoria cuando la ley le otorga tal carácter. No es, por ende, fuente inmediata, sino *mediata* o *supletoria* del orden positivo.” (Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1975, p. 66).

“El sistema jurídico vigente en México pertenece al Derecho escrito. Por principio, --y como todos los sistemas de derecho escrito—reconoce a la Ley (Ya sea la Constitución, Códigos o Leyes propiamente dichas) el carácter de fuente formal primaria y principal. La costumbre no podrá ser más que fuente secundaria y supletoria. Los artículos 135 y 72 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* predeterminan respectivamente los procesos de reformas a la Constitución y la legislación en materias de competencia del Congreso de la Unión, sin hacer la menor referencia a las costumbres jurídicas; tampoco la hace el artículo 14, el cual, al establecer los criterios a los cuales debe sujetarse la interpretación de las leyes, dice que ‘en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho.’ Por consiguiente ... no cabe la posibilidad de costumbres jurídicas que vengán a derogar normas declaradas obligatorias por las leyes.” (Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2002, ps. 170 y 171).

“Dejamos en último lugar a la costumbre como fuente formal del Derecho porque en nuestro medio la costumbre desempeña un papel totalmente secundario, al revés de lo que ocurre en los países de Derecho consuetudinario, donde, a falta de ley escrita, son la jurisprudencia y la costumbre fuente primordial de su Derecho.” (Francisco J. Peniche Bolio, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1988, p. 71).

Eduardo García Máynez cita diversos preceptos del Código Civil, la Ley Federal del Trabajo y de las leyes mercantiles en los que se alude a los usos, costumbres o precedentes (*Ob. cit.*, ps. 67 y 68.).

En la actualidad, por disposición del legislador, en materia mercantil los usos y costumbre deben ser observados (arts. 2 de la *Ley general de títulos y operaciones de crédito* y 10 de la *Ley general de organizaciones auxiliares del crédito*). ↵