

# EL REGIMEN DE LA COSTUMBRE EN LAS CODIFICACIONES CIVILES DE HISPANOAMERICA Y ESPAÑA EMPREDIDAS DURANTE EL SIGLO XIX\*

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO  
Universidad Católica de Valparaíso  
Universidad de Chile

## I. EL RÉGIMEN DE LA COSTUMBRE EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS Y AMERICANOS DEL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XIX

En los códigos del primer tercio del siglo XIX la costumbre no recibió un tratamiento uniforme. El Código Civil Francés (1804) calló sobre el tema; el código austríaco (1811) aceptó la costumbre únicamente en los casos en que la ley se refiriera a ella<sup>2</sup> y, en el orden del derecho supletorio de la ley, no mencionó al consuetudinario<sup>3</sup>: con tales dos posiciones

\* El presente trabajo fue presentado en el Congreso celebrado en Burgos (España) entre los días 12 y 15 de octubre de 1989 sobre el tema "El código civil español: puente de unión entre el derecho civil europeo y el latinoamericano" y que organizó la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

<sup>1</sup> Sin embargo, el *Livre préliminaire* del proyecto de código del año VIII, presentado por la comisión del gobierno y que sirvió de base a las sucesivas discusiones conducentes al código definitivo, contenía un art. 5 en su título I, el cual disponía: "*La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune*"; y un art. 11 en su título V, que rezaba: "*Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive*". Como se sabe, estas disposiciones, como tantas otras del extenso *Livre préliminaire*, fueron suprimidas; las que se conservaron dieron lugar al breve *Titre préliminaire* finalmente promulgado.

<sup>2</sup> CC. Austria, art. 10: "Sólo se tendrá en cuenta la costumbre en los casos en que la ley se refiere a ella".

<sup>3</sup> CC. Austria, art. 7: "Cuando un caso de derecho no pueda resolverse ni por las palabras ni por el sentido natural de una ley, se tomará en consideración los casos análogos expresamente resueltos por las leyes y los fundamentos de otras leyes conectadas. Si, no obstante, el caso de derecho permaneciese dudoso, se decidirá éste de acuerdo con los principios naturales del derecho (*natürlichen Rechtsgrundsätzen*), tomando en cuenta las circunstancias, reunidas con diligencia y bien meditadas".

quedó excluida la costumbre *contra legem* y *praeter legem*. Los autores suelen denominar costumbre *secundum legem* a la que se aplica por remisión expresa de la ley, aunque la denominación no concuerda con el uso tradicional en el derecho común, que llamaba de tal manera a la costumbre coincidente con la ley; en contra de este uso, empero, llamaremos *secundum legem* a la costumbre remitida por la ley; fue, entonces, ésta la única aceptada por el código austríaco. Una norma semejante contuvo el código holandés (1829), acogiendo, por un lado, ese tipo de costumbre en una disposición<sup>4</sup> que implícitamente, además, excluía la costumbre contraria a la ley y declarando, por otro, que la ley no podía ser derogada en todo o en parte sino por otra ley posterior<sup>5</sup>, con lo cual negó lugar a la costumbre contraria a la ley. El código de La Luisiana (1824), por su lado, dio acogida a la costumbre en el silencio de la ley o supletoria; por lo demás definió expresamente el concepto<sup>6</sup>; en forma implícita, sin embargo, negó lugar a la costumbre contraria a la ley al establecer que ésta podía ser derogada por otra ley sin mencionar a la costumbre como productora del mismo efecto<sup>7</sup>. Debe resultarse, sin embargo, que las disposiciones pertinentes de este código provenían del *Livre Préliminaire* del proyecto de código civil francés que la comisión designada por Napoleón en 1800 había elaborado y presentado a discusión, el cual resultó muy reducido y transformado en un *Titre Préliminaire*; así la definición de costumbre contenida en el art. 3 del código de La Luisiana se correspondía bastante con la definición del artículo 5 del título I del *Livre Préliminaire*; el art. 21 de aquél, que disponía la costumbre *praeter legem*, estaba basado en el artículo 11 del título IV del mismo libro<sup>8</sup>. De este modo, unas disposiciones que en Francia resultaron desechadas cobraron vigencia en América por intermediación del código Luisiano.

El silencio del código francés sobre la costumbre contrastaba con su artículo 4 que declaraba reo de denegación de justicia al juez que rehusara dar sentencia a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley; en caso de que efectivamente ésta fuera insuficiente o deficiente,

<sup>4</sup> CC. Holanda, art. 3: "El uso no establece derecho sino en el caso en que la ley lo consiente".

<sup>5</sup> CC. Holanda, art. 5: "La ley no puede derogarse en todo o en parte sino por otra ley posterior". Tal disposición es una versión prescriptiva del principio romanístico *lex posterior derogat priori* (forjado sobre la base de Dig. 1, 4, 4), que ponía su énfasis en que una ley s o l o por otra ley podía ser derogada, esto es, en especial, no por una costumbre.

<sup>6</sup> CC. La Luisiana, art. 21: "*Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité; pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi positive*".

<sup>7</sup> CC. La Luisiana, art. 3: "*La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui par cette répétition et une soumission non interrompue, ont acquis la force d'un consentement tacite et commune*".

<sup>8</sup> Vid. n. 1.

¿con base en qué el juez debía dar la sentencia a que estaba obligado? Podría interpretarse con que base en la costumbre supletoria, como era la doctrina del derecho común; pero no fue siempre esa la interpretación que obtuvo la doctrina francesa, la cual, en algunos casos, aceptó primeramente la analogía y en su defecto la equidad natural como se ve, por ejemplo, en Delvincourt<sup>9</sup>, uno de los primeros comentaristas del código. En otros casos los autores, como por ejemplo Toullier<sup>10</sup>, dieron amplia acogida a la doctrina tradicional.

De este modo, pues, observamos que entre los primeros códigos unos aceptaron la costumbre remitida y otros la costumbre en el silencio de la ley, pero que todos rechazaron la costumbre contraria a ésta y su desuso; de acuerdo con lo dicho antes, sin embargo, el código francés rechazó todo tipo de costumbre. El factor común fue el repudio de la costumbre contraria a la ley; pero es notable que en ninguno de los casos de un modo explícito y directo, según hemos podido apreciar.

## II. EL RÉGIMEN DE LA COSTUMBRE EN LA PRIMERA FASE DEL PROCESO ESPAÑOL DE CODIFICACIÓN

Distinta fue la línea seguida por el proceso de codificación en España<sup>11</sup>. Ya en el artículo 30 del proyecto de 1821 encontramos, en efecto, una disposición del tenor siguiente: "*Las leyes no pierden su fuerza y vigor por el no uso, ni por los usos o actos contrarios*"; el artículo 12 del proyecto de 1836, a su vez, decía: "*Contra las leyes de este código no puede alegarse el no uso ni los actos posteriores contrarios, ni la costumbre o fuero particular de cualquier pueblo observados anteriormente a su promulgación*". Ambas disposiciones condenaban el desuso de la ley y la costumbre contraria a ella; la del proyecto de 1836 aclaraba que la ininvocabilidad de esta última se refería a la costumbre contraria tanto anterior como posterior al código. Pero ninguno de estos proyectos aludía a la costumbre supletoria ni a la remitida; esto último, en realidad, carecía de importancia, porque de todos modos la ley puede remitirse a la costumbre aún cuando no contenga una norma general sobre la materia y, en efecto, por ejemplo, el artículo 1210<sup>o</sup> 2 del proyecto de 1836 declaraba que era obligación del arrendatario pagar al arrendador el precio convenido en el tiempo estipulado y, a falta de estipulación, "*según la costumbre que haya en el pueblo*".

<sup>9</sup> DELVINCOURT, *Cours de code civil* (ed. de 1824, Paris), t.1.p.8.

<sup>10</sup> TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code* (ed. de 1819, Paris), t.1.p.125 ss.

<sup>11</sup> Los textos de los diferentes proyectos de código civil para España ha sido reunidos por LASSO G., Juan Francisco, *Crónica de la codificación española* (Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid 1979), t.4 vol. II. A esta edición nos remitimos para las citas que ofrecemos en el presente trabajo.

Se observa, pues, en estos proyectos un planteamiento diferente en torno a la costumbre respecto del observado en los códigos que examinamos anteriormente; mientras que éstos se preocuparon de regular el tipo de costumbre que aceptaban (fuera remitida o supletoria) y sólo indirectamente rechazaron la costumbre contraria o el desuso, los mencionados proyectos españoles tomaron como únto de referencia precisamente a estas dos últimas figuras, para prohibir su alegación, guardando, en cambio, silencio acerca de la costumbre supletoria (y de la remitida como categoría general).

### III. EL RÉGIMEN DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO REAL CASTELLANO

1. En ese planteamiento los proyectos seguían la tradición del derecho real de Castilla. La ley I de Toro (1505), al señalar el orden de prelación de fuentes, había dispuesto respecto de los ordenamientos y pragmáticas, cuya vigencia aceptaba en segundo lugar, y de las *Partidas*, localizadas en el tercero, que su aplicación era procedente no obstante decirse o alegarse que als respectivas leyes “no sean usadas ni guardadas”; aún cuando es cierto que, tratándose de los fueros, los cuales, ocupaban el priemr lugar, permitía la ley mencionada de Toro su aplicación “en lo que son o fueren usadas y guardadas”<sup>2</sup>. En otras palabras, esta ley prohibía alegar el desuso de la legislación real, pero exigía probar el uso de los fueros municipales.

Carácter más general tuvo una ley de Felipe V dada en 1705 y después recogida en la *Novísima Recopilación* (1805), que expresaba: “todas las leyes del reino, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso...”<sup>3</sup>.

Tanto la disposición de la ley I de Toro como la citada de Felipe V se referían exclusivamente al desuso, aún cuando la primera parte de esta última implícitamente desterraba la costumbre *contra legem*, pues establecía el doble principio de que una ley sólo podía ser derogada por otra posterior y de que aquélla debía observarse literalmente. En todo caso permaneció vigente la mayor parte del régimen que en materia de derecho consuetudinario habían establecido las *Partidas* (siglo XIII). Este cuerpo consideraba la costumbre “con fuerza de ley” en primer lugar si de un asunto controvertido “no hablan las leyes escritas”, refiriéndose así a la costumbre *praeter legem*; enseguida, que “la costumbre puede interpretar la ley cuando acaesciese dudba sobre ella”, pues “ansi acostumbraron los otros de la entender, ansi debe ser entendida i guardada”, con relación, en consecuencia, a la costumbre *secundum legem*; y, finalmente, que la

<sup>2</sup> Texto en Nueva Rec. 2,1,3 = Novis. Rec.3,2,3.

<sup>3</sup> Novis. Rec. 3,2,11. Cfr. Novis. Rec. 10,16,2.

costumbre “*puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas antes que ellas*”, con lo cual daba entrada a la costumbre *contra legem*.<sup>14</sup>

2. Como quiera que la regulación dada a la costumbre por las *Partidas* no era completa, pese a dedicarle tres leyes al uso<sup>15</sup> y tres a aquéllas misma<sup>16</sup>, y puesto que tanto la ley I de Toro como la de Felipe V se referían directamente tan sólo al desuso pero no a la costumbre contraria a la ley, la materia debió ser examinada a la luz del derecho común, con dos consecuencias de importancia: Primera, que las citadas leyes I de Toro y de Felipe V, cada cual en su momento, recibieron una interpretación restrictiva, según era el proceder usual entre los juristas de la época moderna al enfrentar sus derechos propios con el común; y enseguida, que se abrió amplio campo a la discusión y a la controversia acerca del exacto régimen de la costumbre en Castilla, como también era característico en la ciencia civilista de la misma época. Acerca de esta situación nos informa detalladamente, por ejemplo, Juan Francisco de Castro, en el discurso V del libro II: *Sobre la costumbre o derecho no escrito* de sus *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes* (1765)<sup>17</sup>. Ahí el autor exponía todas las controversias existentes entre los juristas castellanos acerca del alcance de la costumbre y mostraba la relativización a que habían reducido el veto de alegar el desuso contenido en las leyes reales. La conclusión de Castro era la siguiente: “...sería conveniente al sosiego público el desterrar absolutamente toda costumbre derogatoria de la ley”<sup>18</sup>. Fundaba este juicio en la observación de “la tenebrosa incertidumbre en materia de costumbre, en la que tan lejos de hallar consuelo los litigantes, experimentan frecuentemente mayores fatigas, siendo más útil a la república ceñirse a las leyes, frutos de los desvelos de nuestros sabios legisladores, que el vacilar por un derecho tan incierto y lleno de tantas variedades, como es el que se demuestra por costumbre”<sup>19</sup>. Más adelante explicaba cómo la costumbre derogatoria o bien resultaba ser una suerte de desobediencia al poder soberano, o bien un producto del error, o bien una consecuencia del

<sup>14</sup> Part. 1,2,6: “Fuerza muy grande ha la costumbre, quando es puesta con razón, así como diximos, ca las contiendas que los homes han entre si, de que no faldan las leyes escritas, puedense librar por la costumbre que fuese usada sobre las razones sobre que fue la contienda, e aun ha fuerza de ley. Otrosi decimos que la costumbre puede interpretar la ley quando acesciese dubda sobre ella, que así como acostumbraron los otros de la entender, así debe ser entendida e guardada. E aun ha otro poderio muy grande, que puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas antes que ella, pues que el rey de la tierra consintiese usar contra ellas tanto tiempo como sobredicho es, o mayor...” Vid. GIBERT, Rafael, *La costumbre a partir de las Partidas*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 9 (Madrid 1985), p.35 ss.

<sup>15</sup> Part. 1,2,1-3.

<sup>16</sup> Part. 1,2,4-6.

<sup>17</sup> He visto la ed. de 1829, Madrid, que es la segunda.

<sup>18</sup> *Ibid.* p.119

<sup>19</sup> *Ibid.* p.118

cambio de las circunstancias; y que en los dos primeros casos no podía un comportamiento tal conducir a la formación de una verdadera, legítima y racional costumbre y que, en el tercero, mejor era consultar con el legislador para que resolviera lo apropiado a las nuevas circunstancias.<sup>20</sup> De esta manera, la incertidumbre propia del derecho consuetudinario, por un lado, y una majestad y providencia del legislador, por otro, resultaban ser los fundamentos que De Castro tuvo en vista para sugerir la abolición de la costumbre, al menos de la contraria a la ley. Todavía a principios del siglo XIX la doctrina de la costumbre no estaba fijada. Así, por ejemplo, puede verse en el difundido libro de Juan Sala (1731-1806) titulado *Ilustración del derecho real de España* (1803), en donde la teoría del derecho consuetudinario que se desprende de las *Partidas* y de las glosas gregorianas aparece ampliamente discutida<sup>21</sup>.

3. Los dos mismos puntos de vista ofrecidos por De Castro en su crítica a la costumbre también fueron importantes en el parecer de la comisión redactora del proyecto de código de 1821; en el *Discurso preliminar* con que éste fue representado a las cortes quedó dicho acerca del uso y la costumbre: “¿No son por ventura un semillero de disputas, que se reproducen en cada caso práctico? Inciertos por naturaleza, sin principio ni fin conocido, sólo pueden tolerarse en la infancia de las naciones, que se resienten todavía del estado salvaje; pero donde ha progresado felizmente la civilización, sería gran mengua del legislador el consentirlos”<sup>22</sup>. Incertidumbre del derecho consuetudinario, pues, e integridad del poder legislativo fueron los motivos que la comisión tuvo en vista para redactar el artículo 30 del proyecto que, como vimos, establecía: “Las leyes no pierden su fuerza y vigor por el no uso, ni por los usos o actos contrarios”. Con ello, al mismo tiempo de continuar con la tradición del derecho real, este proyecto inició, dentro del proceso de la codificación española, la depresión del desuso y de la costumbre contraria a la ley, que fue el punto central en la consideración del derecho consuetudinario, a diferencia de los códigos contemporáneos, como en su momento vimos.

#### IV. EL RÉGIMEN DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO INDIANO

En los reinos y provincias americanos de la corona española el régimen de la costumbre fue similar a la de Castilla, basado fundamentalmente en las *Partidas*. Una ley incorporada en la *Recopilación de las leyes de Indias*

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 1120

<sup>21</sup> *Ilust. cit.* en el cuerpo (ed. de 1837, Paris), Lib. I. tít. 1, párrs. 10-12 (t. 1, p. 26 s.).

<sup>22</sup> Lasso, *Crónica* (n. 11), t. 4 vol. II, p. 14.

incluso reglamentó la costumbre *secundum legem* para los casos en que el rey, al ser consultado sobre una cuestión, respondiese que debía estarse a aquélla<sup>25</sup>. Por lo demás, la recopilación misma solía remitir a la costumbre<sup>26</sup> y ésta tuvo mucha importancia en la configuración y en el funcionamiento de varias instituciones del derecho indiano, incluso en el privado<sup>27</sup>. Los juristas la aceptaban. El más grande indianista, Juan de Solórzano Pereira (1575-1655), le dio amplia acogida en la elaboración de su célebre *Política indiana*<sup>28</sup> (1547); Juan de Hevia Bolaños (1570-1623) recogió la teoría del derecho común (civil y canónico) y del real, reconociendo fuerza de ley a la costumbre legítimamente usada y prescrita por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, determinada al menos por dos actos en el decurso de ese tiempo y aunque fuera contra el derecho y para corregirlo, salvo respecto del canónico, para el cual exigía cuarenta años, y, en todo caso, siempre que se tratase de una costumbre afirmativa de usarse una cosa, y no de una negativa de no usarse<sup>29</sup>. Los anotadores de la *Recopilación de Indias*, como Palacios<sup>30</sup> y Ayala<sup>31</sup>, aceptaban que la práctica podía derogar alguna forma o solemnidad introducidas por el derecho, si el príncipe tenía de ello

<sup>25</sup> Rec. Ind. 2, 2, 21.

<sup>26</sup> Vid.: ALTAMIRA, Rafael, *Estudios sobre las fuentes de conocimiento del derecho indiano. La costumbre jurídica en la colonización española*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* 8 (1846) 31, p. 143 ss.; 8 (1846) 32, p. 181 ss.; 9 (1947) 33, p. 199 ss.; 9 (1947) 34, p. 135 ss.; 9 (1947) 35-36, p. 311 ss.; 10 (1948) 37, p. 177 ss.; 10 (1948) 38, p. 147 ss.; 10 (1948) 39-40, p. 225 ss. Véanse los ejemplos citados en 8 (1846) 31, p. 147 s.

<sup>27</sup> Lit.: aparte del citado trabajo de Altamira (n.24), vid. LEVENE, R., *El derecho consuetudinario y la doctrina de los juristas en la formación del derecho indiano*, en *The Hispanic American Historical Review* 3 (1920) 2, p. 144 ss.; TAU, Víctor, *La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, en *III Congreso del Instituto Internacional del Historia del Derecho Indiano, Actas y estudios* (Madrid 1973), p. 115 ss.; EL MISMO, *La costumbre en el derecho indiano del siglo XVIII. La doctrina jurídica y la praxis rioplatense a través de los cabildos*, en *Memoria del IV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (México 1976), p. 671 ss.; EL MISMO, *La costumbre jurídica en la América Española. Siglos XVI-XVIII*, en *Revista de Historia del Derecho* 14 (Buenos Aires 1986), p. 355 ss.; DOUGNAC, A., *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7 (Santiago 1978), p. 107 ss.; AVILA, Almirante de y BRAVO, Bernardino, *Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10 (Santiago 1984), p. 41 ss.; SALINAS, Carlos, *Un aporte sobre la costumbre indiana como fuente del derecho en Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 11 (Valparaíso 1986), p. 165 ss.

<sup>28</sup> TAU, Víctor, *Elementos consuetudinarios en la política indiana de Solórzano*, en *Revista de Historia del Derecho* 15 (Buenos Aires 1987), p. 469 ss.

<sup>29</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica* (Lima 1603), parte I, párr. 8, núm. 18.

<sup>30</sup> PALACIOS, P.A., *Notas a la Recopilación de Indias* ad 2,1,1 (ed. Bernal, México 1979), p. 113.

<sup>31</sup> AYALA, M. J., *Notas a la Recopilación de Indias* ad 2, 1, 1 n.1 (ed. Manzano, Madrid 1946), p.8.

ciencia y paciencia, con actos positivos y notorios. Todavía a principios del siglo XIX el guatemalteco José María Álvarez (1757-1820) resumía la doctrina diciendo que la costumbre tiene la misma fuerza que la ley porque su autoridad la toma del mismo legislador y es indiferente que éste quiera expresa o tácitamente que se haga algo; y que la costumbre deroga la ley anterior por ser lo mismo que otra ley, siendo constante el principio de que la ley posterior deroga a la anterior.<sup>30</sup>

En consecuencia, la tradición jurídica en Indias incluía una vigorosa aceptación de la costumbre en todas sus formas y si nos atenemos a textos como los de Hevia y Álvarez, la doctrina del derecho consuetudinario aparece fijada y asegurada, a diferencia de cuanto podía ocurrir entre los juristas peninsulares.

Aparte de la importancia que tuvo la costumbre en el derecho general de Indias, menester es recordar también que ella resultaba básica en la configuración de un derecho indiano especial: el indígena. Ya en 1555 una ley de Carlos V, después recogida en la recopilación de 1680, había conservado la vigencia que tenían hasta antes de la conquista "*las leyes y buenas costumbres*" de los indios, como también "*los usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos*" en la medida en que todo ello no contradijera a la religión católica ni a las leyes<sup>31</sup>. Por su naturaleza, pues, los derechos indígenas eran reconocidos como consuetudinarios.

#### V. EL RÉGIMEN DE LA COSTUMBRE EN LAS CODIFICACIONES DE HISPANOAMÉRICA Y ESPAÑA HASTA MEDIADOS DEL S. XIX

Esta tradición quedó interrumpida con la introducción del derecho del código civil francés. Los primeros códigos promulgados en tierras hispanoamericanas<sup>32</sup>, a saber en: Oaxaca (1828-1829), en Bolivia (1831), en Costa Rica (1841) y en la República Dominicana (1845) fueron, en efecto, traducciones más o menos adaptadas del código napoleónico; todos ellos, sin embargo, siguieron su línea de ignorar la costumbre y de no destinarle ninguna regulación general.

1. No ocurrió lo propio con la primera codificación autónoma, la del Perú. Ya en el proyecto de 1847, su artículo 6 dispuso: "*La costumbre o el desuso no deroga las leyes*"; y su artículo 5: "*Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes bajo ningún pretexto o excusa; ni juzgar por otras leyes que las de los*

<sup>30</sup> ALVAREZ, J. M., *Instituciones de derecho real de Castilla e Indias* (1818-1820), lib. I, tít. 2.

<sup>31</sup> Rec. Ind. 2, 1, 4. Lit.: Manzano, Juan, *Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 18 (Buenos Aires 1967), p. 65 ss.

<sup>32</sup> No conozco literatura sobre el tema de este trabajo, salvo HERNÁNDEZ GIL, Antonio y otros, *El tratamiento de la costumbre en la codificación hispanoamericana* (Madrid 1976): muy general.

códigos y nunca por la costumbre o el uso". Como podrá apreciarse, el proyecto excluía todo tipo de costumbre. El artículo 6 del mismo, que condenaba el desuso y la costumbre contraria a la ley, permaneció con el mismo número en el código promulgado en 1852, pero el artículo 5, que pasó a ser el 9, fue transformado para rezar así: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes: en tales casos resolverán atendiendo: 1º Al espíritu de la ley; 2º A otras disposiciones sobre casos análogos; 3º 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". La primera parte de este artículo, que contiene el principio de la inexcusabilidad, estuvo inspirada por el artículo 4 del código francés; la segunda parte, que establece un orden de prelación para el derecho supletorio (espíritu de la ley, analogía, principios generales del derecho) parece, en cambio, inspirada por el artículo 15 del código de Cerdeña (1837), el cual, a su vez, se basó en el artículo 7 del código austríaco;\* y la tercera parte, que contiene el "referimiento al legislador", era confirmación del derecho español del ordenamiento de Alcalá y de la ley I de Toro, los cuales, efectivamente, establecían en último término el recurso al rey en demanda de la ley nueva.\*\*

En lo que nos interesa, la prohibición expresa del proyecto de 1847, de no fallar nunca los jueces por la costumbre o el uso, quedó eliminada en el código de 1852, aunque se mantuvo la proscripción del desuso y de la costumbre contraria de la ley; pero como el artículo 9 era imperativo en el orden de prelación del derecho supletorio que establecía y en ese orden no estaba considerada la costumbre, en la práctica la eliminación de dicha prohibición no significó una admisión de la costumbre supletoria o *praeter legem*.

Con esta consideración, el Código civil del Perú se situó en la línea de la codificación española en orden a desecher expresamente la costumbre

\* El texto del art. 7 CC. Austria supra n. 3. El del art. 15 CC. Cerdeña: "Si una cuestión no puede ser resuelta ni por el texto ni por el espíritu de la ley, se mirará a los casos similares que las leyes hayan previsto especialmente y a los principios que sirven de fundamento a las leyes análogas; si, empero, la cuestión es aún dudosa, se recurrirá a los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias de hecho". Debe, sin embargo, recalarse que, en su parte final, esta disposición del código sardo introdujo una innovación: mientras el código austríaco hablaba de los "principios naturales del derecho" (*natürlichen Rechtsgrundsätzen*), el sardo dijo "principios generales del derecho", ofreciendo así un nuevo concepto llamado a adquirir la más resonante fortuna en la ciencia jurídica y en la legislación posteriores. Hace falta un estudio especial dedicado a este punto.

\*\* Vid. GUZMÁN, Alejandro, *Historia del referimiento al legislador, II: El derecho nacional chileno*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídico* 7 (Valparaíso 1982), p. 107 ss., donde quedan presentados los textos del derecho castellano.

contraria a la ley, tal como había ocurrido en los proyectos de 1821 y 1836 de España, pero dio un paso más adelante al abandonar, bien que de un modo implícito, la costumbre supletoria, con lo cual se puso además en la línea de las codificaciones europeas en general. De todas maneras, el artículo 6 del código de 1852 no parece inspirado por ningún código contemporáneo y pudo ser autónomo.

2. Entre el proyecto peruano de 1847 y el código de 1852, apareció en España un nuevo proyecto de código en 1851, cuyo redactor principal fue don Florencio García Goyena. Su artículo 5 establecía: "*Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean*". La primera parte estaba inspirada por el artículo 5 del código holandés; la segunda era una nueva redacción del principio ya sentado en los proyectos de 1821 y 1836; ambas partes se complementaban por lo demás.

En 1852, García Goyena editó en Madrid unas *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español* en que, artículo por artículo del proyecto de 1851, su autor exponía lo que el título de la obra indica. A propósito del artículo 5, García Goyena citaba textualmente, en primer lugar, el artículo 5 del código holandés e invocaba sin transcribir el capítulo I título 12 del código bávaro (que en el estilo retórico propio de ese código establecía el mismo principio que el mencionado de Holanda); recordaba que el francés nada decía sobre la materia y que el de La Luisiana contemplaba expresamente la costumbre. Enseguida García Goyena presentaba el derecho romano y el patrio español, que en definitiva habían admitido la costumbre *praeter legem, secundum legem y contra legem*, pero hacía presente que las Partidas habían sido derogadas en la materia por dos leyes reales recopiladas. El autor defendía el principio de la inderogabilidad de la ley por la costumbre: "*Conviene a la dignidad del legislador y a la de la ley misma que no pueda ser derogada sino por otra*"; además citaba en apoyo la regla contenida en Digesto 50, 17, 35: *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est* ("nada hay tan natural que disolver algo del modo en que ha sido unido"). Finalmente planteaba una serie de problemas ofrecidos por la costumbre: su prueba era difícil de fijar; no se sabía cuánto tiempo era necesario para constituir la ni por qué tipo de actos: si sólo judiciales o también extrajudiciales; si, suponiéndose necesaria la ciencia y tácita aprobación del legislador, cómo habrían de probarse ambas teniendo presente que la potestad de hacer las leyes residía en las cortes con el rey; si podría probarse dos costumbres contrarias al mismo tiempo.\* Como

<sup>35</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español* (Madrid 1852) t. 1, p. 17 s.

puede apreciarse, en García Goyena nuevamente vemos resurgir los temas que en el siglo XVIII y a principios del siglo XIX habían sido tenidos en vista para fundar una cierta hostilidad en contra de la costumbre.

3. Entre 1841 y 1853 tuvo lugar en Chile un proceso muy interesante en torno a la consolidación de la costumbre.

a) El artículo 4 del *Título preliminar* elaborado por Andrés Bello, el cual título fue publicado en el periódico *El Araucano* de 17 de mayo de 1841, establecía: “*Las leyes, una vez promulgadas, permanecerán en plena fuerza y vigor, mientras no se derogaren o modificaren por otras leyes, dictadas y promulgadas por la autoridad competente; y en ningún caso se podrá alegar contra ellas la falta de uso o costumbre*”. Este artículo parece claramente una nueva redacción basada en la ley de Felipe V recopilada, en el principio romanístico *lex posterior derogat priori*, en el artículo 30 del proyecto español de 1821 y en artículo 5 del código holandés que recoge el citado principio romanístico. De todas estas influencias la más curiosa es la del proyecto de 1821, que se revela por la presencia en el texto chileno de la expresión “*fuerza y vigor*”, aun cuando, de todos modos, hay que tener presente que ella traduce la latina “*vis ac potestas*”, que en algunos textos romanos aparece referida a las leyes.<sup>36</sup> En todo caso, nuevamente observamos aquí, en el inicio de un proceso hispanoamericano de codificación, el repudio al desuso de la ley y a la costumbre contraria a ella. La novedad introducida por el proyecto de *Título preliminar* de 1841 fue que su artículo 5 expresó: “*El uso o costumbre legalmente probado tendrá fuerza de ley en todo aquello que no fuera contrario a las leyes dictadas y promulgadas por la autoridad constitucional competente. Y sólo se tendrá por legalmente probado el uso o costumbre a cuyo favor constare haber habido tres o más decisiones judiciales conformes, pronunciadas dentro de los diez años anteriores por una corte superior o suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada. Pero se podrá refutar esta prueba aún por una sola decisión contraria que tenga las mismas calidades*”. Con esta disposición, que reflejaba la ley 5, título 2 de la Partida 1, con alguna variación, Bello daba entrada plena a la costumbre no contraria a la ley y, lo que era más novedoso para el derecho codificado moderno, regulaba su prueba.

b) Poco después de la aparición del comentario de García Goyena al proyecto español de 1851, en 1853 fue editado en Santiago el *Proyecto de Código Civil*, que era el primero con carácter íntegro, pues los anteriores habían sido parciales. El *Título preliminar* de este proyecto era notablemente más desarrollado que su homónimo de 1841 y en materia de costumbre ofrecía novedades muy importantes. Desde luego, en el artículo 2 se

<sup>36</sup> Por ejemplo: Dig. 1, 3, 17: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (“conocer las leyes no estar a sus palabras sino a su fuerza y potestad”).

reglamentaba la prueba de la costumbre con fuerza de ley, en términos más amplios a como se lo había hecho en el citado *Título preliminar* de 1841; en este último, en efecto, se exigía tres sentencias judiciales conformes; en el de 1853<sup>37</sup>, aparte de este medio, se permitía probar la costumbre a través de la declaración de cinco testigos, lo cual también era un reflejo del derecho tradicional expuesto en la glosa de Gregorio López a Partidas 1, 2, 5, como se ve, además, por las notas que en ese sentido puso Bello al pie del art. 2 del proyecto de 1853. Un artículo 3, también basado en López<sup>38</sup>, distinguía la costumbre general de la parcial en razón del territorio, la profesión o la clase de personas; el artículo 4 establecía el orden de prelación: *"En materia civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez..."* de acuerdo con la analogía y, en subsidio, con los principios generales del derecho y la equidad natural. El inc. 2 del art. 19, por otro lado, sancionaba la costumbre interpretativa al disponer que *"los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes o de costumbres que tengan fuerza de ley..."* Pero la novedad de mayor bulto la proporcionó el artículo 52 del proyecto<sup>39</sup>, el cual reconocía la costumbre derogatoria de la ley, cuyos requisitos y cuya prueba aparecían reglamentados por el mismo artículo; el artículo 53 acogía<sup>40</sup> el desuso y lo regulaba asimismo. Como puede apreciarse, en 1853 Bello había admitido todo tipo de costumbre, incluso la contraria a la ley y el desuso de ésta. No hay otro caso similar en alguna codificación europea o hispanoamericana del siglo XIX.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Proyecto de código civil (1853), art. 2: *"La costumbre tiene fuerza de ley cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes: 1º. Por tres decisiones judiciales conformes, pasadas en autoridad de cosa juzgada, dentro de los últimos diez años; 2º. Por declaraciones conformes de cinco personas inteligentes en la materia de que se trata, nombradas por el juez de oficio o a petición de parte. Solo a falta del primero de estos dos medios podrá recurrirse al segundo; y ni el uno, ni el otro, ni los dos juntos, valdrán, si durante dicho tiempo se hubiera pronunciado decisión judicial contraria, pasada en autoridad de cosa juzgada"*.

<sup>38</sup> Proyecto de código civil (1853), art. 3: *"La costumbre puede ser general o parcial. La costumbre parcial, limitada a cierta parte del territorio, a cierta profesión, a cierta clase de personas, no tendrá valor alguno fuera de estos límites"*.

<sup>39</sup> Proyecto de código civil (1853), art. 52: *"La mera costumbre, aun autorizada del modo dicho en el artículo 2, no podrá, en ningún caso, derogar la ley escrita; a menos que haya durado treinta años, sin interrupción, y se pruebe su existencia durante ese tiempo por seis decisiones judiciales conformes, pasadas en autoridad de cosa juzgada; o a falta de este medio, por declaraciones conformes de diez personas idóneas designadas como en el artículo 2. Pero será de ningún valor la una o la otra prueba o las dos unidas, si se probare haberse pronunciado durante el mismo tiempo decisión judicial en contrario sentido, lo cual haya pasado en autoridad de cosa juzgada"*.

<sup>40</sup> Proyecto de código civil (1853), art. 53: *"Las mismas reglas se aplicarán a la derogación tácita de las leyes por el desuso, si durante treinta años el cumplimiento de las obligaciones impuestas por una ley no ha sido jamás reclamado por los interesados o por el ministerio público, o si habiendo habido esa reclamación, no ha obtenido sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. La prueba compete a la parte que niega el desuso"*.

<sup>41</sup> Ya se ha indicado que, por lo que respecta a la regulación de la costumbre y del desuso. Bello recurrió a las *Partidas* y a la glosa de Gregorio López. Cabe, sin embargo,

c) Durante la discusión del proyecto en el seno de una comisión de juristas también integrada por Bello y dirigida por el presidente de la república en persona, para discutir el proyecto de 1853, las cosas cambiaron de rumbo. El acta del debate en torno al artículo 2 del proyecto que antes examinamos, dice: "*Se convino unánimemente en suprimir estos artículos como en casi todos los códigos modernos*";<sup>a</sup> el plural "estos artículos" en realidad se refería desde luego al artículo 2, pero también al 3, al 52 y al 53. Para salvar en algo la situación, Bello hizo esta proposición que nos revela la misma acta: "*El señor Bello propuso la introducción de un nuevo artículo en conformidad al 10 del código austriaco. Aceptado*"<sup>a</sup>. El proyecto quedó, en consecuencia, redactado así: "*La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella*"; este fue el artículo 2, que no volvió a sufrir nuevas alteraciones y así quedó sancionado en el código promulgado en 1855. Por otro lado, la misma comisión revisora suprimió el artículo 4 del proyecto de 1853 que aceptaba la costumbre supletoria y la referencia a la costumbre interpretativa en el art. 19 inc. 2, en consecuencia con la decisión general adoptada acerca de la costumbre y con otras razones específicas, concernientes a la naturaleza de la disposición, que aquí no nos interesan.<sup>4</sup> Y de esta manera el código chileno, que en el momento de su formación había sostenido, en contra de todo los códigos de su época, el más amplio criterio de aceptación de todo tipo de costumbre, terminó por reconocer únicamente la costumbre remitida o *secundum legem* y por repudiar la supletoria, la contraria a la ley y el desuso de ésta.

## VI. EL RÉGIMEN DE LA COSTUMBRE EN LAS CODIFICACIONES DE HISPANOAMÉRICA Y ESPAÑA DURANTE LA SEGUNDA MITAD DEL S. XIX

A partir de ese momento las codificaciones hispanoamericanas se vieron influidas en materia de costumbre ora por el proyecto español de 1851, ora por el código chileno de 1855 y en algunos casos por ambos, todo en el modo que pasamos a examinar.

preguntarse por el origen de esta idea de confirmar el derecho de aquel cuerpo en el nuevo código civil, de una manera tan amplia. La respuesta parece que la encontramos en la adopción que Bello había hecho hacia la década de 1840, de las ideas de Savigny en torno a las fuentes del derecho, que tanta importancia daban precisamente al derecho consuetudinario: víd. el párr. 5 del *Proemio* a los *Principios del derecho romano según el orden de las Instituciones de Justiniano*, que Bello escribió hacia dicha época y que dejó inconclusos (en *Obras completas*, Caracas 1981, t. XVII, p. 247 s.), donde se encontrará una teoría de la costumbre como "*base original de todo derecho*".

<sup>a</sup> El acta en GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago 1982), t. II, doc. 221, p. 338.

<sup>a</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 339. Se alegó que el artículo era más propio del código de enjuiciamiento.

1. Es curioso observar que en algunos casos de recepción del código chileno en otros países de Hispanoamérica, dicha recepción no incluyó a su artículo 2 que reconocía la costumbre remitida.

Así ocurrió con el código civil promulgado para Venezuela en 1862 por el Presidente José Antonio Páez; dicho cuerpo no era otra cosa que el código de Bello, pero en su artículo 5 no contenía el principio del artículo 2 de éste, sino textualmente el del artículo 5 del proyecto de García Goyena: *"Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario por antiguas y universales que sean"*. Algo parcialmente semejante sucedió en Colombia, donde, como es sabido, el código de Bello fue paulatinamente recibido en sus diversas provincias entre 1858 y 1873; fecha última esta en que fue adoptado con carácter general. Entre las varias modificaciones que, empero, le fueron introducidas, estuvo la eliminación del original artículo 2 y su reemplazo por un artículo 8, que reza así: *"La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea"*. Este artículo estaba claramente basado en el 5 del proyecto de García Goyena, pero se eliminó ahí su primera parte: *"Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes"*, para reducirlo únicamente al tratamiento de la costumbre, repudiando la contraria a la ley y el desuso; la disposición colombiana reemplazó la expresión *"antiguas y universales"* del proyecto de García Goyena por *"inveterada y general"*.

En el caso del *Código civil de México* (1871), el artículo 5 del proyecto de García Goyena fue desglosado en dos: un artículo 8, que dispuso: *"La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior"*; y un artículo 9 que dijo: *"Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario"*. El artículo 20, al regular el derecho supletorio, en una disposición que pudo tener en cuenta el artículo 7 del código austríaco y seguramente el 15 del código de Cerdeña, no mencionó a la costumbre supletoria\*. Los dos primeros artículos del código mexicano pasaron literalmente al código de Guatemala (1877)\*. Lo propio ocurrió en el código de Costa Rica (1888), sólo que éste refundió los artículos 8 y 9 del código mexicano en uno solo\*, volviendo así al criterio del proyecto de 1851 de García Goyena, aunque no fue éste el modelo directo sino, como se dijo, el código mexicano. Pero en el nuevo código venezolano de 1873 sí que se volvió directamente al proyecto español últimamente citado y su artículo 5 repitió en forma literal el artículo 5 de dicho

\* CC. México (1871), art. 20: *"Si la controversia no se decide ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley, se decidirá por los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso"*. Cfr. supra nota 32.

\* CC. Guatemala (1877), artículos 6 y 11. También su artículo 18 era el art. 20 del código mexicano.

\* CC. Costa Rica (1888), art. 12.

proyecto, reemplazando tan sólo la expresión “*revocadas*” (las leyes) por “*derogadas*”<sup>4</sup>

Entre medio, en la propia España habían sido desarrollados dos nuevos proyectos: en 1869 y en 1882. El primero contenía un artículo 5 que reproducía literalmente y sin modificaciones el del mismo número del proyecto de 1851<sup>5</sup>, y agregaba un artículo 9, relativo al derecho supletorio, basado en el artículo 7 del código austríaco, en el cual no se mencionaba a la costumbre<sup>6</sup>. El proyecto de 1882 en su artículo 5 volvió a repetir el contenido del artículo 5 del 1869, que a su vez, como vimos, correspondía al proyecto de 1851, pero modificando levemente su redacción, pues decía: “*Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y no podrá invocarse contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario*”; quizá por influjo de la codificación americana la disposición reemplazó el antiguo verbo “*revocar*” por “*derogar*” y eliminó la expresión “*por antiguas y universales que sean*”. Un artículo 12 de este proyecto de 1882 reguló el derecho supletorio en el mismo sentido en que lo había hecho el de 1869, pero de un modo resumido, manteniendo la exclusión de la costumbre supletoria<sup>7</sup>. En 1889 finalmente fue promulgado el *Código civil de España*. Su artículo 5 mantuvo el artículo 5 del proyecto de 1882, pero su artículo 6 introdujo una novedad importante para lo que venía siendo la tradición en el proceso codificador español, pues dijo: “*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 efecto, los principios generales del derecho*”. De este modo, pues, el Código español, junto con haber mantenido la exclusión de la costumbre contraria a la ley y su desuso, incorporó la costumbre supletoria, volviendo así al derecho histórico de Castilla. Como este código fue introducido en 1889 en Cuba y en Puerto Rico también ahí, en consecuencia, se aplicó el mismo régimen relativo al derecho consuetudinario. Y el *Código Civil de Honduras* de 1889 en sus artículos 5 y 6 repitió literalmente los artículos 5 y 12 del código español de 1889. En 1896, sin embargo, al darse Venezuela un nuevo código, en su artículo 5 mantuvo el artículo 5 del proyecto de García Goyena y no tuvo en cuenta al nuevo régimen español, porque ese artículo ya se había convertido en traslaticio en las sucesivas codificaciones venezolanas. El Código Civil de Brasil (1916) parece haberse inspirado muy cercanamente, en cambio, en el proyecto español de 1882, pues su

<sup>4</sup> CC Venezuela (1873), art.5.

<sup>5</sup> Proyecto de Código Civil (España 1869), art. 5.

<sup>6</sup> Proyecto de Código Civil (España 1869), art. 9 inc. 2: “*Si las cuestiones sobre derechos u obligaciones no pudieran ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras leyes, serán decididas por los principios de derecho natural, conforme a las circunstancias del caso*”.

<sup>7</sup> Proyecto de código civil (España 1882), art. 12 inc. 2: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la que regule casos y materias semejantes, y en su defecto, los principios generales del derecho*”.

artículo 4, en efecto, dice: "*A ley só se revoga ou deroga por outra lei...*" y su artículo 6: "*Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos analogos, e, nao as havendo, os principios gerais de direito*". Hasta aquí la influencia del proyecto español de 1851.

2. Veamos ahora la influencia del artículo 2 del código civil chileno, que contenía el principio de la costumbre remitida; él fue recibido íntegramente, con todo el código por lo demás, en Ecuador<sup>24</sup> (1861), donde se agregó una disposición como artículo 18 regla 17, relativa al derecho supletorio que, empero, no incluía a la costumbre<sup>25</sup>. Una recepción del art. 2 también con el conjunto del código se dio asimismo en El Salvador<sup>26</sup> (1859) y en Honduras<sup>27</sup> (1906).

3. Finalmente examinemos las influencias entremezcladas que se produjeron en algunos países. En Uruguay, mientras el proyecto de 1852, debido a Eduardo Acevedo, nada decía directamente en torno a la costumbre y sólo indirectamente la excluía al no señalarla en ningún orden del derecho supletorio que establecía su artículo 7<sup>28</sup> el código civil de 1868, en el artículo 9, terminó por fundir el régimen del proyecto de García Goyena con el del código civil chileno. El inciso primero de dicho artículo reproducía, en efecto, el artículo 5 del mencionado español: "*Las leyes no pueden ser derogadas por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario*", aunque reemplazaba "*revocadas*" por "*derogadas*" y eliminaba la expresión "*por antiguas y universales que sean*", como haría después el proyecto español de 1882. El inciso segundo de este artículo 9 del código uruguayo, en cambio, reproducía el artículo 2 del código chileno. "*La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella*"; el artículo 16, que se refería al derecho supletorio, en una redacción semejante a la del artículo 15 sardo, no mencionaba a la costumbre<sup>29</sup>. De este modo, Uruguay, al mismo tiempo que repudiar la costumbre contraria a la ley y el desuso de la misma como España y de no considerar la costumbre supletoria, dio entrada a la costumbre remitida, como Chile. En un proyecto de Enrique Azarola publicado en 1895 para el Uruguay todavía se mantenía el mismo régimen del código de 1868.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> CC. Ecuador (1861), art. 2: "*La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella*".

<sup>25</sup> CC. Ecuador (1861), art. 18 regla 17: analogía y principio del derecho universal.

<sup>26</sup> CC. El Salvador (1859), art. 2 = art. 2 CC. Chile.

<sup>27</sup> CC. Honduras (1906), art. 2 = art. 2 CC. Chile.

<sup>28</sup> *Proyecto de código civil* (E. Acevedo 1852), art. 7: analogía y principios generales del derecho.

<sup>29</sup> CC. Uruguay (1868), art. 16: fundamentos de las leyes análogas, principios generales del derecho y doctrinas más recibidas.

<sup>30</sup> *Proyecto de código civil* (E. Azarola 1895), art. 7 = CC. Uruguay 1868.

El código argentino (1869) dedicó su artículo 17 al tratamiento de la costumbre: "*Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos*". La primera parte está claramente basada en el artículo 5 del código holandés, aunque Vélez no lo cita entre sus fuentes, invocando, en cambio, el derecho real de la *Novísima Recopilación* que ya antes hemos comentado, en lo cual, por lo demás, tenía razón. La segunda parte está también claramente influida por el artículo 2 del código civil chileno o por el artículo 10 del código de Austria, aunque tampoco Vélez cita a ninguno de ambos, recurriendo, en cambio, a Partidas 1, 2, 4 y 6, que no se refieren a la costumbre remitida sin embargo. El art. 16 del código regula el derecho supletorio y más parece basado en el art. 15 del código sardo<sup>99</sup> que en 7 austríaco, pese a la cita de éste. En todo caso el código argentino siguió las mismas aguas que el uruguayo. Como se sabe, en 1876 aquél fue introducido en el Paraguay. Todavía es interesante recordar que un proyecto de código civil para el Perú publicado en 1890 parece basado en el artículo 17 del código argentino<sup>100</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

Después de esta revisión del régimen de la costumbre en los códigos de América y de España en el siglo XIX, ya estamos en condiciones de obtener algunas conclusiones generales.

1. Fue constante el repudio del desuso de la ley. La única tentativa de aceptarlo, la de Bello en 1853, fracasó porque no fue sancionado en el código de 1855.

2. Esta constante vino claramente del derecho real de Castilla, concretamente de la ley de Felipe V dada en 1715 y recopilada en 1805.

3. Ella fue renovada en España por los proyectos de 1821 y 1836 y adquirió su forma casi definitiva en el proyecto de García Goyena de 1851, donde recibió en parte la redacción del artículo 5 del código holandés, que había usado el principio romanístico *lex posterior derogat priori*, al expresar que la ley sólo se puede derogar por una ley posterior.

4. También fue constante el rechazo de la costumbre contraria a la ley, ya en el proyecto español de 1821 y desde luego en el de García Goyena. Igual que en el caso anterior, el único intento de acoger este tipo de costumbre por Bello en 1853 no tuvo éxito.

<sup>99</sup>CC. Argentina (1869), art. 16: "*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun así la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, tomando en consideración las circunstancias del caso*".

<sup>100</sup>Proyecto de Código Civil (Perú 1890), art. 6: "*La costumbre y el uso no pueden crear derechos sino en los casos en que la ley lo declara expresamente*".

5. Fue asimismo constante la ignorancia de la costumbre supletoria de la ley, que sólo vino a resultar aceptada en el código civil español de 1889 y, por influencia suya, en el de Honduras de 1899 y en Cuba y Puerto Rico debido a la total introducción del primero en esos países en 1889 también. Nuevamente Bello había querido aceptar la costumbre supletoria y la interpretativa en 1853, pero una vez más su idea no encontró acogida.

6. Por influencia del código civil chileno, que en 1855 se limitó a aceptar la costumbre remitida, como en el código austríaco de 1811, este principio encontró adopción en los mismos términos que en Chile, en Ecuador, en El Salvador y en Honduras.

7. Una combinación entre la aceptación de la costumbre remitida con el repudio expreso al desuso y a la costumbre contraria a la ley se dio en los casos de Uruguay y Argentina lo mismo que en Paraguay, debido a la recepción ahí del código de Vélez, mezclándose, así, la norma española con la chilena.

8. En los países que recibieron el código napoleónico nada se dijo sobre la costumbre, en consecuencia del modelo que había adoptado (Oaxaca, Bolivia, Costa Rica 1841, República Dominicana).

9. La costumbre no apareció reglada en sus requisitos y en su régimen probatorio en ningún código. Bello quiso hacerlo de acuerdo con el derecho de las *Partidas* y la glosa de Gregorio López, pero sus ideas sufrieron la misma suerte que toda la materia relativa al derecho consuetudinario que él había elaborado.

El conjunto de los países de habla española por lo que respecta al régimen de la costumbre durante el siglo XIX lo podemos clasificar del modo que sigue: a) Países cuyos códigos guardaron silencio sobre la materia (Oaxaca, Bolivia, Costa Rica 1841, República Dominicana); b) Países que repudiaron expresamente la costumbre contraria a la ley y el desuso sin más (Perú, Venezuela, Colombia, México, Guatemala, Costa Rica 1888, Brasil); c) Países que sólo aceptaron la costumbre remitida (Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras); d) Países que rechazaron la costumbre contraria a la ley y el desuso y acogieron la costumbre remitida (Uruguay, Argentina, Paraguay); e) Países que condenaron la costumbre contraria a la ley y el desuso y que adoptaron la costumbre supletoria (España, Cuba, Puerto Rico, Honduras).

Todos ellos pueden reconducirse a un modelo: bien el código napoleónico, bien el proyecto español de García Goyena, bien el código civil chileno, bien el código español de 1889 por lo respecta a la costumbre supletoria. Es curioso observar que la tradición del derecho indiano, que daba amplia entrada a la costumbre indígena, no fue tomada en consideración en ninguno de los países iberoamericanos en el momento de redactar sus códigos, ni siquiera en aquellos en que parte importante de su población estaba integrada precisamente por indígenas. La razón es clara: el derecho de los indígenas -ya en el derecho indiano, por lo demás- era a lo más un derecho especial y, como tal, no tenía cabida en su código de derecho común y general como es el civil.