

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO: SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO Y COMPARADO

*Germán Savastano**

| | | |
|-------|--|-----|
| I. | INTRODUCCIÓN..... | 721 |
| II. | FUENTES DEL DERECHO | 722 |
| III. | CONCEPTO | 722 |
| IV. | EVOLUCIÓN HISTÓRICA..... | 723 |
| V. | ELEMENTOS CONSTITUTIVOS | 724 |
| | A. <i>Materiales</i> | 724 |
| | B. <i>Subjetivos—Opinio Juris et Necessitatis</i> | 725 |
| | C. <i>Axiológicos</i> | 725 |
| VI. | LA LEY Y TIPOS DE COSTUMBRE..... | 725 |
| | A. <i>Costumbre Secundum Legem</i> | 725 |
| | B. <i>Costumbre Praeter Legem</i> | 726 |
| | C. <i>Costumbre Contra Legem</i> | 726 |
| VII. | EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, ARTÍCULO 17..... | 728 |
| | A. <i>El Código de Dalmacio Vélez Sarsfield</i> | 728 |
| | B. <i>La Reforma del Decreto/ Ley 17.711</i> | 729 |
| VIII. | DERECHO LABORAL..... | 730 |
| IX. | CARGA DE LA PRUEBA | 732 |
| X. | LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA..... | 732 |
| XI. | ALGUNAS NORMAS DE LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS COMPARADAS | 733 |
| | A. <i>Venezuela</i> | 733 |
| | B. <i>México</i> | 733 |
| XII. | TENDENCIAS ACTUALES..... | 734 |
| XIII. | CONCLUSIÓN | 736 |

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es reflexionar sobre la costumbre como fuente del derecho en el sistema jurídico argentino y comparado. El estudio de la costumbre ha sido dividido en tres secciones. En la primera, se la ubica entre las fuentes del derecho, se define su concepto y se analiza su evolución histórica, sus elementos constitutivos y las modalidades que

* El autor es abogado de la Provincia de Mendoza, Argentina. Es integrante del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado (COLADIC), adscripto a la cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza y se ha desempeñado como Administrador de las Rondas Nacionales Argentinas de la Competencia de Derecho Internacional, Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition, en 2008.

puede asumir en relación con la ley. En la segunda sección, se profundiza en la recepción de Dalmacio Vélez Sarsfield respecto a la costumbre en el Código Civil Argentino (1871) por él redactado. Posteriormente, se considera la reforma del mismo impulsado por Guillermo Antonio Borda a través del Decreto/Ley 17.711 de 1968. En este marco, también se desarrolla una breve referencia a la situación de la costumbre en el ámbito del derecho laboral argentino. En la tercera sección, se estudian recientes situaciones generadas en Europa y Latinoamérica respecto a la costumbre y se concluye con su revalorización como fuente de derecho.

II. FUENTES DEL DERECHO

La expresión “fuentes del derecho” es de antigua data y ha sido empleada con diversos significados según la finalidad perseguida.¹ En el presente artículo haremos referencia a ella en su aspecto *formal*, entendiendo por tal aquellas normas o preceptos de derecho positivo del cual nacen derechos y obligaciones para las personas.² En este sentido, a decir de Julio César Cueto Rúa, las fuentes del derecho son aquellas “instancias a las que acuden los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos, cuando deben asumir la responsabilidad de crear una norma jurídica . . .” para un caso concreto.³ Así, entre las fuentes de derecho, encontramos la ley positiva y la costumbre.⁴

III. CONCEPTO

Al brindar un concepto de costumbre, la doctrina sostiene unánimemente que se trata de la “observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica.”⁵

En este sentido, poniendo en evidencia cuáles son los elementos constitutivos que convierten una acción u omisión en un comportamiento

1. Ver LUIS DíEZ-PICAZO, EXPERIENCIAS JURÍDICAS Y TEORÍA DEL DERECHO 110, 111–18 (3ra ed. 1999). El origen del término fuentes aplicado al campo del derecho, se encuentra en el *Tractatus de Legibus* de Cicerón (siglo I A.C.). La idea moderna de fuentes del derecho nace de los comentarios que se producen en torno al Título II del Libro 1º del Digesto y se generaliza en la literatura europea de los siglos XVIII y XIX con Savigny, Puchta y Vallet de Goytisolo. *Id.*

2. GUILLERMO BORDA, TRATADO DE DERECHO CIVIL 59 (14a ed.) (Nota del editor: esta fuente no ha sido verificada).

3. JULIO CUETO RÚA, FUENTES DEL DERECHO 13, 20 (Abeledo-Perrot 1994).

4. GUILLERMO E. GARBINO ET AL., 1 CÓDIGO CIVIL Y LEYES COMPLEMENTARIAS: COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO 90 (4a ed. 1993).

5. 56 Enrique V. Del Carril & Mariano Gagliardo, *La Costumbre como Fuente del Derecho*, E.D. 26 (1974) (citando 1 ROBERTO DE RUGGIERO, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL 80 (4a ed. 1929)).

jurídicamente obligatorio, se afirma que la “costumbre es la reiteración de formas espontáneas de conducta, por miembros de un determinado grupo societario, con la convicción de cumplir un imperativo jurídico porque obedece a una necesidad jurídica.”⁶

Por otro lado, se establece una importante diferencia entre costumbre y los simples usos sociales, en base a la naturaleza e intensidad de las sanciones.⁷ El simple uso social no impone sanciones o, en casos en que son impuestos, éstas son muy leves.⁸ Son un pequeño malestar, tolerado en la mayoría de los casos. La “costumbre, en cambio, causa [mayores trastornos] a la comunidad e impone sanciones a los transgresores.”⁹ No se trata de una diferencia de naturaleza o género, sino solamente de especie.¹⁰

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La importancia de la costumbre como fuente de producción de derechos y obligaciones ha variado significativamente en el tiempo, caracterizándose por su permanente tensión con la ley positiva.¹¹ Así, se reconocen tres momentos históricos. En una primera etapa, marcada por la descentralización legislativa absoluta, la costumbre era considerada superior a la ley.¹² En las primeras sociedades, poco evolucionadas y por lo tanto más homogéneas, la costumbre aparece como exclusiva fuente de derecho, aceptando como obligatorio los usos inmemoriales recibidos por tradición.¹³ Con el posterior desarrollo cultural e irrupción de la ley escrita en el sistema jurídico romano de la Ley de las XII Tablas, se produce la transición del derecho consuetudinario al derecho escrito, encontrándose la costumbre y la ley en pie de igualdad.¹⁴ Por último, a medida que las relaciones interpersonales se volvieron más complejas, heterogéneas y múltiples, fue necesario determinar con más precisión el contenido y extensión de los derechos y obligaciones.¹⁵ De esta manera, la falta de certeza y unidad de

6. Eugenio O. Cardini, *La Costumbre en Nuestro Derecho Civil*, 122 L.L. 1091, 1094 (1966).

7. Julio César Castiglione, *La Costumbre Jurídica*, 2000 L.L.N.A. 730, 732 (2000).

8. *Id.*

9. *Id.*

10. *Id.*

11. Carlos Alfredo Hernández, *Orden Público y Buenas Costumbres: La Costumbre como Fuente de Derecho y las Buenas Costumbres Como Estándar Jurídico*, 3 REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO, 181 (2007).

12. *Id.*

13. GARBINO, *supra* nota 4, en 90.

14. *Ver* Del Carril, *supra* nota 5, en 804–05; *ver también* Hernández, *supra* nota 11, en 181–82.

15. GUILLERMO A. BORDA, *MANUAL DE DERECHO CIVIL: PARTE GENERAL* 46 (14a ed. 1999).

la costumbre llevó a que la ley fuera considerada fuente superior.¹⁶ Además, el auge del positivismo racionalista inspirado en el Código de Napoleón del siglo XIX y Código Alemán del siglo XX permitió que la técnica legislativa se perfeccionara paulatinamente mientras que en el campo de la costumbre se fue estrechando siempre más.¹⁷

V. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La doctrina ha entendido que no toda costumbre se considera fuente del derecho. Una práctica “necesariamente debe contar con los elementos específicos que caracterizan a la norma consuetudinaria pues, en caso contrario, no obliga.”¹⁸ Los elementos que caracterizan a la costumbre son de tres tipos: materiales, subjetivos y axiológicos.¹⁹

A. Materiales

- 1) Observación Constante y Uniforme: Se requiere una repetición de actos en forma constante, homogénea, sin interrupciones. Como tal, importa seguir una línea de conducta concordante respecto de una misma situación;²⁰
- 2) Generalidad: Se requiere que el uso sea aceptado por el mayor número de personas para casos idénticos, no solamente por un sector determinado de la misma;²¹
- 3) Duración: La importancia de este elemento ha variado en el tiempo, siendo indispensable tomar en cuenta cuando la costumbre ha sido considerada bajo la órbita de la prescripción adquisitiva.²² Sin embargo, la doctrina moderna es contraria a la fijación de un plazo como requisito, sosteniendo su innecesaridad y quedando este elemento como una cuestión de hecho, librada al prudente arbitrio judicial.²³

16. Hernández, *supra* nota 11, en 181.

17. *Ver generalmente* BORDA, *supra* nota 2.

18. GARBINO, *supra* nota 4, en 91.

19. *Ver* Del Carril, *supra* nota 5, en 804–05; *ver también* GARBINO, *supra* nota 4, en 91–92.

20. GARBINO, *supra* nota, 4 en 91–92.

21. *Id.* en 92.

22. En el Derecho Canónico (Cánones 27 y 28) se fijan plazos de cuarenta años para la costumbre *praeter legem* y de cien para la costumbre *contra legem*. GARBINO, *supra* nota 4, en 92. La Ley de Partidas (Puntos 1, 2 y 5) exigía un término de 10 o 20 años. Del Carril, *supra* nota 5, en 805. Se definía que la costumbre “. . . es derecho no es escrito que han usado los hombres luengo tiempo . . .” Castiglione, *supra* nota 7, en 735.

23. Cardini, *supra* nota 6, en 1094; Del Carril, *supra* nota 14, en 805.

- 4) Pública: El derecho cuyo ejercicio se pretende no debe ser ejercido secretamente. Es traído en paralelo al requisito de la publicación de las leyes;²⁴ y
- 5) *Patientia Principis*: La tolerancia estatal de la costumbre.²⁵

B. Subjetivos—*Opinio Juris et Necessitatis*

“Es la convicción general de que la práctica o uso que se observa constituye una norma jurídica que debe acatarse como tal y que, en caso contrario, será coercitivamente exigible.”²⁶ Es el elemento que permite distinguir la costumbre del mero uso o práctica.²⁷

C. Axiológicos

La costumbre significa ejemplaridad, al seguir patrones de conducta consideradas racionales y morales por la sociedad.²⁸ En este sentido, se debe descartar todo tipo de comportamiento disvalioso (a modo de ejemplo, no cancelar las deudas o no pagar los impuestos) y morigerar la pretendida libertad absoluta de las costumbres por medio de diversos límites como los principios generales del derecho y la dignidad de la persona.²⁹

VI. LA LEY Y TIPOS DE COSTUMBRE

En general, se ha reconocido que existen tres formas de vinculación entre la costumbre y la ley.³⁰ Estas son las costumbres *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*.³¹

A. Costumbre *Secundum Legem*

Es aquella costumbre expresamente reconocida en la ley y vale en tanto la legislación le de cabida.³² La misma ley reenvía a la costumbre,

24. Hernández, *supra* nota 11, en 188.

25. Cardini, *supra* nota 6, en 1094.

26. GARBINO, *supra* nota 4, en 93.

27. *Id.* en 92-93.

28. *Ver* Del Carril, *supra* nota 5, en 805; *ver también* ANTONIO VAZQUEZ VIALARD ET AL., TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO 432 (1982).

29. *Ver* Del Carril, *supra* nota 5, en 805; *ver también* Díez-PICAZO *supra* nota 1 en 148; *ver también* Philippe Le Torneau, *Derecho y Ética*, 99 C LL.1(2008).

30. Cardini, *supra* nota 6, en 1095; *ver también* Castiglione, *supra* nota 7, en 737.

31. Cardini, *supra* nota 6, en 1095.

32. *Id.*; *ver también* Castiglione, *supra* nota 7, en 737.

subordinándola al beneplácito del legislador.³³ En efecto, la inclusión en el texto legal es lo que provee a esta costumbre de su fuerza obligatoria, careciendo del elemento subjetivo de la *opinio iuris et necessitatis*.³⁴ En última instancia, no se trataría de una fuente de derecho propiamente dicha.³⁵

B. Costumbre Praeter Legem

Este tipo de costumbre surge espontáneamente al margen de las disposiciones legales, completando los vacíos del orden jurídico producidos en casos de materias no regladas o deficientemente normadas por la ley.³⁶ Históricamente, la costumbre *praeter legem* fue siempre relegada a un segundo plano. Así, el proceso codificador del siglo XIX importó consagrar el principio de supremacía de la ley por sobre las demás fuentes de derecho y la concepción de “plenitud” del ordenamiento jurídico.³⁷ En caso de haber alguna laguna legislativa, se recurría a elementos extraídos del propio ordenamiento como la analogía con otra norma legal y los principios generales del derecho, nunca a fuentes extrañas como la costumbre.³⁸ Sin embargo, en nuestra opinión, la negación de la costumbre *praeter legem* es excesiva y resulta incompatible con la realidad de la vida jurídica. En efecto, allí donde la ley no ha previsto soluciones, las relaciones de derecho se ordenan espontáneamente, colmando esas lagunas.³⁹ En la actualidad es admitida con pleno valor, manteniendo sin embargo la supremacía de la ley.⁴⁰

C. Costumbre Contra Legem

Es definida como aquella costumbre que deja sin efecto un precepto legal imperativo.⁴¹ De entre los tipos de costumbre, la costumbre *contra legem* es la que desde siempre ha generado mayor discusión y posturas enfrentadas respecto a su validez y posibilidad de derogar la ley.⁴²

Para aquellos autores que se enrolan en una postura monista e interpretan que el derecho solamente es un sistema de normas positivas, no

33. Castiglione, *supra* nota 7, en 373.

34. GARBINO, *supra* nota 4, en 94.

35. *Id.*

36. Cardini, *supra* nota 6, en 1095.

37. Hernández, *supra* nota 11 en 194.

38. Castiglione, *supra* nota 7, en 737.

39. *Ver generalmente* Guillermo A. Borda, *El Derecho Jurisprudencia General*, LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL 28 E.D. Jurisp. Gral. 817, 820; *ver también* GARBINO, *supra* nota 4, en 95.

40. GARBINO, *supra* nota 4, en 95.

41. *Id.*

42. Del Carril, *supra* nota 5, en 806.

es aceptable que la costumbre pueda privar por sobre la ley y provocar su pérdida de eficacia, amparándose en el principio de preeminencia legislativa.⁴³

Por otro lado, quienes defienden un sistema de pluralidad de fuentes, sostienen que si se considera al derecho como norma y además como realidad jurídica, la costumbre como expresión de esa realidad puede derogar a la ley.⁴⁴ Así, en cuanto la ley deriva de un sistema político y entramado social determinado, no podría ir totalmente en contra de las costumbres ni del sentido jurídico de la comunidad, sin grave desmedro de su autoridad.⁴⁵ La costumbre *contra legem* sería el derecho a la resistencia a las leyes injustas.⁴⁶

En nuestra opinión, la segunda postura es la correcta. En efecto, cuando se producen ciertos desfases entre el sentimiento social y lo reglado por normas dispositivas, puede ocurrir el desuso de la ley y el nacimiento de una costumbre contraria.⁴⁷ En este sentido, negar que las leyes puedan caer en desuso o que la sociedad pueda generar conductas contrarias a las normas escritas es ignorar la dimensión social del derecho y el principio de realidad.⁴⁸ Consideramos que sería manifiestamente imposible aceptar la ficción del imperio de una ley que de hecho no impera cuando los sujetos no se sienten obligados a su obediencia y respeto.⁴⁹ Sin embargo, no debe perderse de vista que el ordenamiento jurídico mediante el dictado de sus normas, impulsa una dirección determinada y que no toda evolución de las costumbres debe necesariamente ser avalada por él.⁵⁰ La normatividad no puede reducirse a la normalidad.⁵¹

43. I MIGUEL S. MARIENHOFF, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 306 (5a ed. 2000) (Nota del editor: esta fuente no ha sido verificada.)

44. Ver GARBINO, *supra* nota 4, en 95; ver también Del Carril, *supra* nota 5, en 801–11.

45. GARBINO, *supra* nota 4, en 95.

46. AMADO ADIP, CONFLICTO ENTRE LA LEY Y COSTUMBRE 43 (2a ed. 1975); ver también GARBINO, *supra* nota 4, en 96.

47. Creemos importante distinguir a las normas imperativas de las normas dispositivas, aceptando el valor de la costumbre *contra legem* solamente respecto de las últimas. No procede la derogación de normas imperativas por ser de orden público. Así, en el derecho laboral aseguran mínimos para el trabajador que no pueden ser modificados ni por otras disposiciones convencionales ni por la costumbre. Ver GARBINO, *supra* nota 4, en 96.

48. Imerio J. Catenacci, *Desuso y Desuetudo*, L.L. 1994-C 232 (1994).

49. Castiglione, *supra* nota 7, en 737.

50. Le Torneau, *supra* nota 29, en 3.

51. *Id.*

VII. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, ARTÍCULO 17

A. *El Código de Dalmacio Vélez Sarsfield*

En su redacción originaria, el Código Civil disponía en el artículo 17 que “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 refieran a ellos.”⁵² Para la redacción de este artículo, D. Vélez Sarsfield recurrió a la legislación patria de origen español (Novísima Recopilación), al Código Chileno de Andrés Bello, al Código Austriaco y al Código Holandés, como también al Proyecto de Goyena.⁵³

El codificador únicamente admitió la costumbre *secundum legem*, como señala el artículo transcrito *in fine*, negándole expreso valor a la costumbre *contra legem y praeter legem*.⁵⁴ Sin embargo, respecto de esta última, la jurisprudencia hizo lugar a numerosas normas consuetudinarias, como sucedió con el nombre de las personas físicas, el apellido de la mujer casada (cuya omisión era considerada como injuria grave causal de divorcio), el régimen de los sepulcros, de salarios y el régimen laboral.⁵⁵

En relación al tratamiento restrictivo brindado a la costumbre por D. Vélez Sarsfield, entendemos que respondió al encuadre histórico en el cual el Código Civil fue sancionado, empapado por los criterios de positivismo jurídico imperantes en el siglo XIX.⁵⁶ Así, resultaba “coherente con el proyecto de país que intentaba desarrollarse, sustentado en el respeto absoluto de la propiedad privada, [la plenitud normativa de la ley] y la rígida afirmación del principio de la autonomía de la voluntad.”⁵⁷

Para los autores racionalistas de la época, de reconocerse fuerza normativa a la costumbre, se violentarían los artículos 19 y 22 de la Constitución Nacional Argentina, según los cuales nadie está obligado a “hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” y que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes.⁵⁸ Elevar a la costumbre al grado de fuente creadora de derechos y obligaciones implicaría comprometer a los mencionados principios, al

52. Cardini, *supra* nota 6, en 1097; *ver también* Hernández, *supra* nota 11, en 201.

53. Cardini, *supra* nota 6, en 1100.

54. *Id.* en 1099–1100.

55. *Ver id.* en 1100–03; La mujer casada era empadronada por su apellido de soltera. Con ese apellido se le expedía la libreta cívica, pero la norma consuetudinaria imponía el uso del nombre marital. GARBINO, *supra* nota 4, en 95.

56. Hernández, *supra* nota 11, en 194–95.

57. Para la misma época, 1872, el gran escritor José Hernández publicaba la primera parte del *Martin Fierro*, obra maestra de la literatura gauchesca argentina.

58. CONST. ARG., Ch. I, art. XIX & XX, *disponible en* <http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm> (última visita el 3 de abril de 2009); Borda, *supra* nota 39, en 819–20.

encontrarse el pueblo en poder de establecer directamente la norma jurídica y no por medio de sus representantes.⁵⁹

Esta postura ha sido digna de revisiones y críticas posteriores, habiéndose señalado que el término ley mencionado en el artículo 19 es toda norma jurídica con carácter obligatorio, emane o no del poder legislativo (decretos, ordenanzas, edictos, jurisprudencia).⁶⁰ En cuanto al artículo 22 y el principio republicano de gobierno, desde luego que éste no se opone a la admisibilidad de la costumbre como fuente de derecho.⁶¹ En todo caso, debemos destacar que D. Vélez Sarsfield no ignoró la importancia de la costumbre, como lo demuestra en la nota al artículo 167 del Código Civil al referirse a la misión de las leyes, afirmando que es “sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas.”⁶²

B. La Reforma del Decreto/ Ley 17.711⁶³

Al cumplirse casi un siglo de la sanción del Código Civil,⁶⁴ la reforma introducida por el Decreto/Ley 17.711⁶⁵ impulsó un nuevo espíritu en la legislación civil. Así, reconoció un sistema de pluralidad de fuentes, siendo éstas la ley, los usos, la costumbre y los principios generales del derecho.

Al modificar el antiguo artículo 17, dispuso que “los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.”⁶⁶ El texto del nuevo artículo 17 establece un principio general y dos excepciones.⁶⁷ Como regla, se continúa sosteniendo la preeminencia de la ley en cuanto jerárquicamente superior a la costumbre como fuente de derecho (“los usos y costumbres no pueden crear derechos”).⁶⁸ Como primera excepción, la reforma mantuvo la costumbre *secundum legem* en su redacción original (“sino cuando las leyes se refieran a ellas”).⁶⁹ La novedad legislativa se produjo con la inclusión de la segunda excepción, al aceptar expresamente la fuerza obligatoria de la costumbre *praeter legem* para aquellos casos de

59. *Id.*

60. *Id.*

61. *Id.*

62. Castiglione, *supra* nota 7, en 736.

63. Ley No. 17711, 26 de abril de 1968, [CXVI] B.O. 1.

64. *Id.*

65. *Id.*

66. Del Carril, *supra* nota 5, en 809.

67. *Id.*

68. *Id.*

69. *Id.*

“situaciones no regladas legalmente.”⁷⁰ Con la reforma, se jerarquizó a la costumbre *praeter legem*, al admitir normas jurídicas extrañas a las legales.⁷¹

Respecto la validez de la discutida costumbre *contra legem*, el Decreto/Ley 17.711 suprimió la solución ideada por D. Vélez Sarsfield, al derogar el artículo 17 in limine el cual disponía que “las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes.”⁷² De esta manera, se mantiene abierta la polémica sobre su admisibilidad.⁷³ En efecto, el silencio del artículo reformado, “abre la puerta a la posibilidad de un reconocimiento excepcional del desuso como hecho derogatorio de la ley.”⁷⁴

Por un lado, “[I]a jurisprudencia ha sido particularmente crítica de las corrientes que proponen una hermenéutica favorable a la costumbre *contra legem*.”⁷⁵ Por otro, a favor de la apertura hacia la costumbre *contra legem*, se muestra el propio autor de la reforma, Guillermo A. Borda, amparado en una concepción menos formal y más realista del mundo jurídico.⁷⁶ Además, en respuesta a las críticas formuladas a raíz del silencio legislativo sobre este punto, Borda argumenta que si la ley consagrara expresamente que puede ser derogada por la costumbre, implicaría un principio anárquico, “pues estaría sugiriendo que basta con no cumplir la ley para que ella pierda su fuerza obligatoria.”⁷⁷

VIII. DERECHO LABORAL

Es interesante destacar que el ordenamiento jurídico argentino no solamente reconoce a la costumbre como fuente del derecho de la legislación civil sino también en sus demás ramas, como en el derecho

70. *Id.*; ver también Borda, *supra* nota 39, en 819.

71. Jorge Mosset Iturraspe, *El Plexo Normativo: El Finalismo de las Leyes, los Usos y Costumbre (En el Proyecto de Unificación)*, D.L.L. 1087, 1088 (1987).

72. Borda, *supra* nota 39, en 819.

73. *Id.*; Hernández, *supra* nota 11, en 196.

74. Borda, *supra* nota 39, en 820.

75. Hernández, *supra* nota 11, en 197. La maniobra realizada por el causante de un accidente ferroviario—en el caso, apartar un automóvil de la fila y adelantarse a otros dos que aguardaban el paso del tren e intentar cruzarlo con las barreras bajas, en zigzag y sin observar antes si se aproximaba un convoy en sentido contrario. Aun cuando pudiese resultar habitual por parte de peatones y vehículos la maniobra que realizó la víctima para cruzar las vías, no altera su condición de ilícita y violatoria de la ley 13.893, pues es sabido que la costumbre *contra legem* no puede generar derechos. Ver Alicia N. Descole, *Daños y Perjuicios*, D.L.L. 590, 590 (1998).

76. Hernández, *supra* nota, 11 en 196. “Un caso de costumbre *contra legem*, si bien en el ámbito del Derecho Constitucional, es la no aplicación de los juicios por jurados previstos por el art. 24 de la Constitución Nacional.” CONST. ARG., Cap. I, art. XXIV, disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm> (última visita el 3 de abril de 2009).

77. Borda, *supra* nota 39, en 820 (citando a JEAN CRUET, LA VUE DU DROIT ET L'IMPUISSANCE DES LOIS [LA VIDA DEL DERECHO Y LA INEFICACIA DE LAS LEYES] (5a ed. 1908). “Sí, es cierto que el desuso mata a las leyes, pero es mejor no decirlo.” *Id.*

laboral.⁷⁸ Históricamente, la costumbre ha desempeñado un rol medular en el ámbito laboral.⁷⁹ En su función *praeter legem*, junto a las disposiciones del derecho civil, constituyó el sistema de normas aplicables al trabajo en los períodos anteriores al nacimiento y desarrollo de la legislación laboral.⁸⁰ Sin embargo, ante el fenómeno actual de la inflación legislativa y negociaciones colectivas de orden público laboral, ha perdido su gravitación.⁸¹ El principio general es la admisión de la costumbre como fuente formal de derecho, aunque se suscitan situaciones de excepción cuando el sentir social se distancia de la legislación laboral positiva y se enfrenta al principio de supremacía legislativa.⁸²

Como en el derecho civil, en el laboral se respeta la misma clasificación de la costumbre en *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*. Respecto a los caracteres de la costumbre laboral, remarca la doctrina que ésta es local, solamente aceptada en determinado espacio geográfico y profesional por cuanto se refiere a una actividad específica.⁸³ En consecuencia, no procede su aplicación por analogía a situaciones diferentes.⁸⁴ En este contexto se encuentran los denominados “usos de empresa” que se generan por conductas reiteradas y uniformes de cada empresa.⁸⁵ En cada una de ellas surge un orden institucional compuesto por

78. En el caso de la República Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, art. 1º, y otras legislaciones latinoamericanas que aceptan la costumbre como fuente de derecho laboral son: de México (artículo 17); Brasil (artículo 8); Colombia (artículo 19); Costa Rica (artículo 15); Guatemala (artículo 15); y Nicaragua (artículo 9). Ley Federal del Trabajo [L.F.T.], art. 17, según reformada, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 1 de abril de 1970 (Mex.); disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-130.pdf> (última visita 3 de abril de 2009); Decreto No. 5.452, de 1 de maio de 1943, D.O.U. 9.8.1943, art. 8. (Brasil), disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/De15452compilado.htm> (última visita 27 de marzo de 2009); Decreto 3.743, art. 46 de 1950, Código Sustantivo del Trabajo, art. 17, 7 de junio de 1951 (Colom.), disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html (última visita 3 de abril de 2009); Código del Trabajo, Ley No. 2, art. 17, 26 de agosto de 1943 (Costa Rica), disponible en <http://www.mopt.go.cr/documentos/Maritimo-Portuaria/L.2.pdf> (última visita 3 de abril de 2009); Código del Trabajo, Decreto No. 1441, art. 15, 1947 (Guatemala), disponible en <http://www.mintrabajo.gov.gt/org/leyes-y-convenios/leyes-ordinarias/codigo-de-trabajo> (última visita 27 de marzo de 2009); Código del Trabajo, Ley No. 185, art. 11, 5 de septiembre de 1996, La Gaceta [L.G.] No. 205, 30 de octubre de 1996 (Nicaragua), disponible en http://www.construccion.com.ni/files/ley/1204139277_Codigo%20del%20Trabajo%20de%20Nicaragua.pdf (última visita 27 de marzo de 2009).

79. Vazquez, *supra* nota 28, en 438.

80. *Ver id.*

81. *Ver* Diego M. Tosca, *Fuentes del Derecho del Trabajo*, en *I TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DEL TRABAJO* 557 (Rubinzal & Culzoni eds., 2005). Al dar el ejemplo de la prohibición de recibir propinas, impuesta por el laudo gastronómico aprobado por Decreto 4.148/46, ratificado por ley 12.291 (actualmente derogado por ley 22.310). Según los artículos 2 y 4, su percepción constituía incumplimiento del contrato de trabajo y justificaba el despido. *Id.* Sin embargo, la disposición nunca se cumplió y en la práctica los trabajadores del sector percibían ese plus. *Id.*

82. *Ver id.*

83. JUSTO LÓPEZ ET AL., *I LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMENTADA* 20 (1977); *ver también* Tosca, *supra* nota 81, en 556.

84. LÓPEZ, *supra* nota 83, en 20.

85. Tosca, *supra* nota 81, en 558-59.

derechos y obligaciones no escritas que obliga al personal empleado.⁸⁶ Estas prácticas empresariales se convierten en verdaderas reglas con fuerza vinculante, al ser expresamente reconocidas primeramente por la jurisprudencia y luego por la legislación positiva, como ha sucedido respecto a las prácticas salariales y su exigibilidad para lo futuro, las licencias mayores que las previstas legalmente y el poder disciplinario que permite al empleador suspender al trabajador.⁸⁷

IX. CARGA DE LA PRUEBA

La carga probatoria de la costumbre se encuentra supeditada a su notoriedad en cada caso concreto. Así, cuando el juez tiene conocimiento de ella porque ha sido reconocida en precedentes jurisprudenciales o tratada particularmente por doctrina calificada, se torna una cuestión de derecho y aquél puede y debe aplicarla como norma jurídica obligatoria, sin necesidad de prueba alguna (*iura novit curia*).⁸⁸ Sin embargo, si se ha controvertido la existencia misma de la norma consuetudinaria, si el juez la desconoce o se la invoca como estándar de interpretación, (como sucede en el derecho mercantil) su demostración es la propia existencia de los hechos, cargando quien la alega con la prueba de sus elementos constitutivos materiales.⁸⁹

X. LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA

La relevancia de la costumbre como fuente de derecho varía significativamente según el tipo de sistema jurídico. En el ámbito del derecho comparado, tiene gran importancia en el sistema del *common law*, en el Derecho Islámico y en el derecho de los países recientemente descolonizados en los que la legislación colonial (importada, impuesta) es complementada a la luz de las normas consuetudinarias locales⁹⁰ (por ejemplo, el Derecho Africano).⁹¹

Por otro lado, respecto los países latinoamericanos, éstos comparten un devenir histórico y valores culturales comunes.⁹² Al integrar la costumbre una parte relevante de la cultura, se observa que existe una base jurídica

86. *Id.*

87. Los casos fueron tratados primeramente en jurisprudencia y luego por la Ley de Contrato de Trabajo. *Id.* en 559; *ver también* Vazquez, *supra* nota 28, en 439–41.

88. GARBINO, *supra* nota 4, en 97; *ver también* Cardini, *supra* nota 6, en 1096–97.

89. *Id.*

90. MARIO G. LOZANO, LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS, INTRODUCCIÓN AL DERECHO EUROPEO Y EXTRANJERO 164–65 (Alfonso Ruiz Miguel trans., Editora Debate 1993) (1982).

91. *Id.*

92. RICARDO LUIS LORENZETTI, LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE DERECHO PRIVADO 224 (Rubinzal & Culzoni eds., 1995).

común a los países del Mercosur⁹³ y latinoamericanos en general.⁹⁴ Por lo tanto, se afirma la presencia de un *sistema jurídico latinoamericano* de corte hispano-romanista-local, constituido por normas jurídicas y principios de derecho compartidos.⁹⁵ En este orden de ideas, es propio del sistema latino que las leyes sean consideradas como fuente de derecho principal, superiores a la costumbre y que las materias no legisladas se rijan por el derecho consuetudinario.⁹⁶

XI. ALGUNAS NORMAS DE LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS COMPARADAS

A. Venezuela

“Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean.”⁹⁷

B. México

La costumbre es admitida en algunos casos como fuente delegada de derecho. Por ejemplo:

[P]ara que la costumbre pueda invocarse como tal y estar en posibilidad de reclamar su reconocimiento e implantación definitiva, en términos del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se trate de una práctica reiterada e ininterrumpida por un tiempo considerable;
- b) Que dicha práctica se realice con el consentimiento de las partes;
- c) Que ese consenso se constituya como norma rectora de determinadas relaciones; y
- d) Que tal práctica no contravenga disposiciones legales o contractuales⁹⁸

93. *Id.* en 225.

94. *Id.* en 224.

95. *Id.*

96. GARBINO, *supra* nota 4, en 91.

97. Cod. Civ. Título Preliminar de las Leyes y sus Efectos. Y De las Reglas Generales para su Aplicación. No. 2.990, art. 7, 26 de julio de 1982 (Venezuela), disponible en <http://www.cajpe.org.pe/RLI/bases/legisla/venezuela/ve20a.HTM> (última visita 27 de marzo de 2009).

98. ENRIQUE CRUZ MARTÍNEZ & MARIO CRUZ MARTÍNEZ, ESTUDIOS EN HOMENAJE A DON JORGE FERNÁNDEZ RUIZ: DERECHO INTERNACIONAL Y OTROS TEMAS 83 (México 2005) (citando a Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XI, junio 2000. Tesis: I.60. T. J/31, p. 492),

XII. TENDENCIAS ACTUALES

Durante el siglo XIX, la legislación codificada descuidó a la costumbre como fuente del derecho al ser considerada incompatible con las construcciones jurídicas del positivismo racionalista. Sin embargo, la época contemporánea signada por una fuerte globalización de las normas jurídicas, la superación de las barreras nacionales y un creciente multiculturalismo, coloca a la costumbre como tema de capital importancia.⁹⁹ En este nuevo marco, ¿qué significado y extensión se atribuye al término “costumbre”?

Por un lado, en el actual derecho europeo se observa un mayor pluralismo social y jurídico resultante del creciente número de inmigrantes.¹⁰⁰ Pluralidad de idiomas, religiones, estilos de vida y estándares morales impactan sobre el derecho y han producido una modificación de gran trascendencia en el concepto de costumbre. Un claro ejemplo de los nuevos límites y contenido es dado por la reciente jurisprudencia de un tribunal de Francia al anular el matrimonio de una pareja de musulmanes porque la novia había mentido sobre su virginidad.¹⁰¹ El marido, respondiendo a la exigencia cultural musulmana de considerar jurídicamente obligatorio la virginidad de la mujer hasta el matrimonio, denunció la situación y solicitó la nulidad de la unión.¹⁰² El tribunal anuló el matrimonio porque estimó que el esposo actuó “bajo el imperio de un error objetivo.”¹⁰³ En épocas pasadas, antecedentes jurisprudenciales habían admitido la anulación del matrimonio para situaciones completamente diferentes—cuando uno de los contrayentes había mentido sobre su condición de divorciado, que se había prostituido en el pasado o un ex convicto condenado a trabajos forzados (1862).¹⁰⁴

La sentencia traída a estudio, evidencia el actual proceso que atraviesan la mayor parte de los países de la Unión Europea respecto a la existencia de nuevos valores y patrones culturales importados y su paulatina aceptación como jurídicamente obligatorios por parte de los sistemas legislativos nacionales y comunitarios.

disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1628/7.pdf> (última visita 27 de marzo de 2009); Ley Federal del Trabajo, *supra* nota 78.

99. Hernández, *supra* nota 11, en 183–84.

100. *Id.* en 184.

101. *Anulan la Boda Porque la Novia no era Virgen*, LA NACION, 31 de mayo de 2008, en 1, *disponible en* www.lanacion.com.ar/externo/nota.asp?nota_id=1017153&origen (última visita 2 de junio del 2008). Téngase presente que Francia es un país laico por excelencia en el cual se llega a prohibir todos los signos de pertenencia religiosa (velos islámicos, kipás, crucifijos...) en la administración pública y en las escuelas. TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE LILLE, Chambre 1 07/08458, JUGEMENT DU 01 Avril, 2008 en 1.

102. *Id.* en 2–3.

103. *Id.* en 3.

104. *Id.*

Por otro lado, en el sistema latinoamericano general, el multiculturalismo generado a partir de las corrientes de inmigración masivas del siglo XIX y XX, es hoy objeto de análisis, haciendo particular énfasis en la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas originarios.¹⁰⁵ Así, en el caso de la República Argentina, mediante la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional, se incluyó el artículo 75, inciso 17, el cual reza en su parte pertinente que, corresponde al Congreso de la Nación:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan . . . ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptibles de gravámenes o embargos¹⁰⁶

En este orden de ideas, la doctrina y jurisprudencia nacional se interroga si en el nuevo plexo constitucional se admite para las comunidades indígenas un sistema de derecho privado propio y de fuente consuetudinaria, separándose de la legislación común al resto de los habitantes de la nación.¹⁰⁷

Aquellos autores cuya respuesta es positiva, consideran que el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional reconoce un régimen especial, claramente operativo, de reparación histórica y que debe ser aplicado en toda su extensión.¹⁰⁸ Asimismo, esta posición sostiene que la propiedad consagrada por el mencionado artículo es una propiedad nueva que desborda el concepto tradicional en el que priva la relación individual, haciendo innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil.¹⁰⁹ En efecto, debe ser interpretada según la costumbre de los pueblos indígenas al tener estas comunidades una vinculación muy particular con la tierra de sus antepasados.¹¹⁰

105. Hernández, *supra* nota 11, en 183–84.

106. CONST. ARG., Cap. IV, art. LXXV, § 17, *disponible en*

<http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm> (última visita 3 de abril de 2009); ver Hernández, *supra* nota 11, en 185.

107. Ver Hernández, *supra* nota 11, en 185; ver también “Comunidad Mapuche Huayquillán c/ Brescia Celso y otro s/prescripción adquisitiva” JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA CON COMPETENCIA EN LA FAMILIA DE LA V CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN (Sentencia Firme) 18 de agosto 2004.

108. *Id.*; ver también Hernández, *supra* nota 11, en 185.

109. Comunidad Mapuche Huayquillán, *supra* nota 108.

110. Comisión N° IV de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Nota del editor: esta fuente no ha sido verificada).

Por nuestra parte, consideramos que el reconocimiento de la preexistencia de pueblos indígenas, como así también de otros grupos sociales que invoquen para sí estatutos legales propios y diferenciados en razón de la etnia o la cultura, es un tema de capital importancia. Como tal, requiere de acciones positivas concretas y suele ponerse en cuestión la propia existencia y pervivencia de un único estado nacional.¹¹¹ A modo de ilustración, el reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos implicaría la modificación de la legislación y principios jurídicos contenidos en el Código Civil para la propiedad privada.¹¹²

XIII. CONCLUSIÓN

El presente artículo ha sido elaborado desde una concepción amplia del término “derecho,” entendiendo que se trata de un sistema complejo e integrado por una pluralidad de distintas fuentes. Desde esta perspectiva, se comprende la íntima vinculación entre la ley y la costumbre, produciéndose entre ambas un profundo grado de complementariedad que varía según el momento, lugar, idiosincrasia y hábitos de cada pueblo.¹¹³ Así, la relajación de las costumbres impulsa la proliferación de las normas positivas, conocida como inflación legislativa, propia de nuestra época y contraria a los principios de seguridad jurídica.¹¹⁴ Sin embargo, el recurso excesivo a la costumbre por encima de la ley, puede llevar a la anarquía.¹¹⁵

Los postulados positivistas del siglo XIX, tales como la creencia en la perfección de la obra del legislador y que el ordenamiento jurídico solamente está compuesto por normas positivas, fueron paulatinamente evidenciando su inexactitud y sujetos a una serie de reformas legislativas.¹¹⁶ En el particular caso de la República Argentina, por intermedio de la reforma de 1968 del Código Civil se pretendió revalorizar la costumbre como fuente de derecho y ya no despreciarla.¹¹⁷

En nuestra opinión, en un mundo globalizado y dinámico, la costumbre adquiere un protagonismo impensado en años pasados y conduce a un nuevo análisis y reconsideración en el plano del derecho. A modo de ejemplo, producto de las corrientes migratorias europeas surgen interrogantes respecto a qué patrones culturales se elevan a la categoría de

111. MARÍA ANGÉLICA GELLI, CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, COMENTADA Y CONCORDADA 573-74 (2da Ed. 2004).

112. *Id.*

113. Ver Miguel Angel Ciuro Caldani, JURISPRUDENCIA ARGENTINA, *Reflexiones Sobre la Ley y la Costumbre*, 4 J.A. 789, 790 (1979).

114. Le Torneau, *supra* nota 29, en 3.

115. Ciuro Caldani, *supra* nota 114, en 795.

116. Ver generalmente Castiglione *supra* nota 7, en 736.

117. Ver *id.*

jurídicamente obligatorio para la sociedad o, como en el caso de las comunidades indígenas autóctonas el reconocimiento de grupos humanos con estatutos jurídicos propios.

En este orden de ideas, consideramos que la costumbre es una importante fuente de derecho en el sistema jurídico actual y tanto los jueces, abogados y doctrinarios deberían prestarle mayor atención, por ser una manera espontánea de regular las relaciones jurídicas y aglutinar en un núcleo básico aquellos valores coincidentes que permiten la participación en el conjunto social.¹¹⁸

118. J. C. CUETO RÚA, LA ACTITUD DE LOS JUECES FRENTE A LAS COSTUMBRES Y LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS, 80 J.A. 156 (1996).