

CONCEPTO Y ELEMENTOS

De acuerdo con García (1940), la a costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio.

François Gény la define como: “un uso reciente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo” (García, 1940, p. 61).

Las definiciones precedentes revelan que el derecho consuetudinario posee dos características:

- Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo.
- Tales reglas se transforman en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley. De acuerdo con la llamada teoría -romano-canónica-, la costumbre tiene dos elementos:
 - **Objetivo:** consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse.
 - **Subjetivo:** el uso en la práctica, suficientemente prolongado, de un determinado proceder.

FORMAS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

García (1940), nos señala las formas del derecho consuetudinario.

¿En qué momento deja una costumbre de ser mero hábito, para convertirse en una regla de derecho?

Algunos autores sostienen que la regla consuetudinaria no puede transformarse en precepto jurídico mientras el poder público no le reconoce el carácter obligatorio.

El reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita. El reconocimiento expreso realizase por medio de la ley. El legislador establece, por ejemplo, que, a falta de precepto aplicable a una determinada controversia, deberá el juez recurrir a la costumbre. El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos.

DISTINCIÓN ENTRE COSTUMBRES Y USOS

García (1940), menciona que François Gény los define como las prácticas, generales unas, otras locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente los contratos, y que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, se sobreentienden en todos esos actos, inclusive, con algunas reservas, en los de carácter solemne, para interpretar o complementar la voluntad de las partes.

Algunos autores consideran que los usos no son sino una variedad de la costumbre jurídica, sin embargo, existen importantes diferencias: en los usos encontramos el elemento objeto de la costumbre, la práctica más o menos reiterada y constante de ciertos actos; mas no podemos afirmar lo propio del elemento subjetivo, los usos sirven para completar o interpretar la voluntad de las partes solo en cuanto se estima que han querido libremente acogerse a ellos. La costumbre se distingue del uso en sentido técnico, en cuanto es fuente autónoma del derecho, mientras que el uso se aplica solo porque una norma de ley hace referencia a él. El uso, pues, no es por sí mismo fuente del derecho, sino que sirve solamente para dar el contenido a una determinada norma de ley, que le da eficacia.

También el uso en sentido técnico supone la existencia de un elemento subjetivo que, es menos intenso que la *opinio necessitatis*, y consiste solo en la conciencia

de la generalidad del uso. En este caso el elemento formal se encuentra en la norma que tiene eficacia al uso.

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO MEXICANO

La costumbre desempeña en nuestro derecho un papel muy secundario. Solo es jurídicamente obligatoria cuando la ley le otorga tal carácter. No es, por ende, fuente inmediata, sino mediata o supletoria del orden positivo.

REFERENCIA:

García, E. (1940). Introducción al estudio del derecho. México: Editorial Porrúa.