

La costumbre como fuente del derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Laura Liliana Micieli,⁵⁶⁰ Adrián Gustavo Vedia⁵⁶¹
y Yamila Fuentes Francis⁵⁶²

Resumen

Continuando con nuestro interés de demostrar la pervivencia del derecho romano en el articulado de nuestro Código Civil y Comercial, que atento al tiempo que tiene de vigencia no está trabajado por los romanistas en su totalidad, hemos seleccionado este aforismo del derecho romano que se podría entender como un principio jurídico y que corresponde a Paulo en D. 1. 3. 37 que literalmente dice: “Si se tratara de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero, de qué derecho habla usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes” (“*Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo*”). Paulo, en este fragmento, nos plantea algunas cuestiones de interés para comprender el concepto de costumbre y la contundencia de la misma para la interpretación de las normas.

⁵⁶⁰ Profesora Titular de Derecho Romano (Universidad Nacional de La Rioja).

⁵⁶¹ Profesor Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Romano (Universidad Nacional de La Rioja).

⁵⁶² Profesora Auxiliar de Derecho Romano (Universidad Nacional de La Rioja).

La costumbre, denominada en la terminología jurídica *mos*, *moresmaiorum*, *morescivitatatis*, *bonimores*, *consuetudo*, ha sido fuente del derecho en el devenir de la historia del derecho romano. Sin embargo, la trascendencia de la misma frente a la aparición y desarrollo del derecho escrito fue variando conforme al momento histórico en que nos posicionemos.

Palabras clave: Costumbre; fuente del derecho; derecho romano, Código Civil y Comercial

Sumario

I. Introducción; II. Evolución de la costumbre como fuente del derecho romano; II. a) *La costumbre en la época arcaica y preclásica*; II. b) *La costumbre a partir de la época clásica hasta el periodo justiniano*; III. El Código Civil y Comercial de la Nación y el rol de la costumbre para subsanar las lagunas normativas y efectuar la interpretación legal del derecho vigente; IV. Casos jurisprudenciales en los cuales se utilizó el uso y la costumbre para la resolución de la causa; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

I. Introducción

Durante los primeros siglos de su historia, la costumbre fue la fuente más importante de derecho en el ámbito del derecho privado. La sólida estructura de la familia romana, el respeto a unas creencias y tradiciones ancestrales permitieron que, durante mucho tiempo, el poder público se mantuviera al margen de realizar una labor legislativa.

Esta situación variará cuando la crisis ética y de valores sociales, unida al profundo cambio en el sistema político, provoque que el *ius scriptum* adquiriera su supremacía sobre la costumbre como fuente del derecho, llegando a asimilarse a la idea que de ella tenemos actualmente en nuestro derecho positivo.

Ahora bien, para la etapa más antigua del derecho romano, cuando la sociedad estaba estructurada en un sistema de gentes, donde la familia agnaticia era su núcleo fundamental y el mundo religioso impregnaba la vida pública y privada de los romanos, la costumbre era la principal fuente de regulación de los conflictos de carácter privado. Por ello, el término *mos*, *mores*, venía especificado con la expresión *mores maiorum*; esto es, como los usos y las costumbres que provenían de los antepasados de cada familia y que, transmitiéndose de generación en generación, llegaron a consolidarse como *mores civitatis*.⁵⁶³ Junto a ellos, aunque de aparición posterior, la palabra *consuetudo* viene a

enriquecer esta terminología. Así Juliano dirá de ella, en D. 1, 3, 32, 1, que se guarda como ley la costumbre inveterada, siendo éste el derecho que se dice establecido por la costumbre: *Inveterada consuetudo pro lege non immeritocustoditur, et hoc estius, quoddiciturmoribusconstitutum*.

Desde nuestro punto de vista, podemos decir que durante el período histórico que va desde el origen del derecho romano hasta la llegada de Octavio al poder, los términos *mores maiorum*, *mores civitatis*, representaron un momento histórico en el que la costumbre fue la principal fuente del derecho privado, mientras que el término *consuetudo* representa la etapa histórica en la que la costumbre adoptó un papel secundario frente al protagonismo de la norma escrita (*ius scriptum*) y que, aunque la mayoría de los autores la concreta en la época postclásica, no cabe duda que este proceso de decadencia se inició desde el propio período clásico. Por otro lado, también consideramos que dentro del primer período histórico, esto es, desde la época más antigua del derecho romano hasta la aparición de Octavio a finales del siglo I a. C., hay que distinguir dos etapas. La primera, coincidiendo con el pleno apogeo del carácter agnaticio de la familia romana, donde cualquier conflicto jurídico de derecho privado se resolvía por el *paterfamilias* y dentro del propio seno familiar. Tomando aquí la costumbre el contenido de ser los *mores maiorum*, esto es, las costumbres de los antepasados familiares que se transmitían oralmente de generación en generación y teniendo el carácter de ser la principal fuente de regulación. La segunda etapa se iniciaría en el siglo III a. C., coincidiendo con el comienzo de un cierto intervencionismo estatal en el ámbito familiar, como resultado de la propia evolución de la familia hacia un carácter más cognaticio. Por lo tanto, aunque la costumbre sigue siendo la principal fuente del derecho privado, ahora no solo se habla de *mores maiorum* sino más bien de *mores civitatis*, idea que intentaremos desarrollar a lo largo de este trabajo.

⁵⁶³ Cfr., entre otros, Kaser, M. (1939). *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, ZSS, 59, p. 52 ss.; Orestano, R. (1940). *Dallus al fas*, BIDR., 46, p. 194 ss.; Noailles, P., *Fas et Ius. Etudes de Droit* 5 Cfr., Gayo, Inst., I, 2.: *Constantia utem iura populi Romani ex legibus, plebiscites, ...*; Vid., Iglesias, J. (1989). *Las fuentes del Derecho romano*. Madrid, p. 23 ss. romain, Paris (1948), p. 23 ss.; Volterra, E. (1949). *Sui mores della familia romana*, Rendiconti Accademia Nazionale dei Lincei, ser., 8ª, IV, p. 516 ss.; Torrent, A. (1982). *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Oviedo, p. 111 ss.; Fernández de Buján, A. (2000). *Conceptos y dicotomías del Ius*, *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes*, coordinado por Alfonso Murillo Villar, Tomo I, Universidad de Burgos, p. 253 ss.

II. Evolución de la costumbre como fuente en el derecho romano

II. a) La costumbre en la época arcaica y preclásica

Así las cosas, como antes hemos señalado, el período histórico en el que la costumbre fue la principal fuente del derecho privado abarca desde los orígenes de Roma, en el siglo VIII a. C., hasta finales del siglo I a. C., coincidiendo con la llegada de Octavio al poder. La razón de ello es el escaso número de *leges* que surgieron regulando materias de derecho privado. Esto puso en evidencia, por un lado, el escaso intervencionismo del órgano público y, por otro, la fuerza y autonomía que ejerció la familia romana para resolver en su seno cualquier conflicto jurídico de derecho privado que surgiera entre los particulares. Prueba de ello es que si hacemos un repaso rápido a la legislación o derecho escrito que surgió en todo este período histórico de casi ocho siglos, podremos apreciar que son muy escasas las referencias a instituciones de derecho privado.⁵⁶⁴

Efectivamente, en la realidad primitiva de Roma como en todos los pueblos del Mediterráneo, las primeras manifestaciones de orden jurídico se producen por medio de esquemas religiosos. Intentar separar lo jurídico de lo religioso, solo se pudo alcanzar cuando comenzó a producirse el fenómeno de la laicización del derecho. De ahí que Mommsen⁵⁶⁵ pusiera de manifiesto la diferencia entre la época monárquica y la republicana; esto es, mientras en la primera el poder civil y religioso se concentra en las mismas manos, en la segunda comienza a producirse una separación. Por tanto, las *legesregiae* prescribieron no ya deberes civiles, sino religiosos cuya trasgresión requeriría un *piaculum* o *sacer*.

Iniciada la época republicana, surge la *Lex XII Tabularum* y, aunque en palabras de Tito Livio (III, 34, 6) fueron recordadas como *fonsomnis publici privatique iuris*, el protagonismo de la costumbre como fuente del derecho no perdió su fuerza. De ahí que la mayoría de los autores las consideren como el intento de plasmar por escrito un conjunto de *mores maiorum* imperantes.⁵⁶⁶ Sin embargo, a diferencia de las *legesregiae*, la Ley de las XII Tablas marcará un hito importantísimo en la evolución de la costumbre como fuente del derecho. La materialización en norma escrita de muchos usos y costumbres

⁵⁶⁴ Cfr., Rotondi, G. (1912). *Legespublicae populi romani*. Milano, reimp. Hildesheim (1962), p. 201 ss.; ID., *Scrittigiuridici, I, Studisullastoriadellefonti e suldirittopubblico romano*, Milano (1922), p. 43 ss.; Talamanca, M. (1979). *I mores edildiritto. Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, p. 36 ss.

⁵⁶⁵ Mommsen, T. (1893). *Manuel des Antiquitésromaines*. V. III. Paris, p. 46 ss.

familiares implicó elevar a *mores civitatis* muchos *mores maiorum*. O lo que es lo mismo, extraer de la hermética familia romana costumbres privadas de sus antepasados y elevarlas al reconocimiento general de toda la sociedad como *mores civitatis*. Pues, como dijera Quintiliano, *Inst. orat.*, 12, 3, 7, tan cierto es el derecho expresado en disposiciones escritas como el de los *mores civitatis*: *quaescriptasunt aut posita in more civitatis, nullam habent difficultatem, cognitionis untem...*

A partir de este momento, esta legislación sirvió de base para el desarrollo del *iuscivile* por parte de la labor interpretadora de los jurisconsultos, tal y como nos informa Pomponio, D. 1, 2, 5, cuando nos habla sobre el origen del derecho y, concretamente, las consecuencias que desencadenaron la legislación decemviral: “*His legibus latiscœpit, ut naturaliter eveniresolet, ut interpretatio desideraret prudentia auctoritate necessaria messedisputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut cetera partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus; sed communi nomine appellatur iuscivile*”.

Sin embargo, la costumbre no perdió su protagonismo porque, como podemos leer en este texto, la *interpretatio* de los juristas no siempre se materializó en derecho escrito y no por ello dejó de ser parte del *iuscivile*. De hecho, hasta el siglo III a. C. encontramos que la legislación comicial es muy escasa regulando materias de derecho privado, lo que significa que durante mucho tiempo la organización familiar fue la sede suficiente para la solución de conflictos jurídicos que se dieran entre los miembros de su grupo o con los de otros grupos familiares.

En definitiva, hasta este momento histórico la costumbre siguió teniendo su protagonismo como fuente principal del derecho frente a la norma escrita. Y la organización de la *civitas* no se vio en la necesidad de regular exhaustivamente las conductas de sus ciudadanos porque contaba con *paterfamilias* para ese cometido y con el *consilium domesticum* para realizar sobre él un cierto control.

⁵⁶⁶ Cfr., entre otros, Baviera, G. (1925). *Contributo critico alla storia della lex duodecim tabularum*, Scritti Perozzi, Napoli, p. 3 ss.; Solazzi, S. (1955). *La questione dell' autenticità delle Docitavole*, Scritti di diritto romano. I. Palermo, p. 83 ss.; Riccobono, S. (1957). *La Lex XII Tabularum*, Scritti di diritto romano. I. Palermo, p. 253 ss.; Bonfante, P. (1958-59). *L'autenticità legislativa delle XII tavole, apéndice I de la Storia del diritto romano*. II, reim., Milano, p. 83 ss.; Crifo, G. (1972). *La leggedelle XII tavole. Osservazioni e problemi, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt I: von den Augängen Roms bis zum Ausgang der Republik*. 2. Recht, Berlin–New York, p. 115 ss.; Torrent, A., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, op. cit., p. 120 ss.; Ortega Carrillo de Albornoz, A. (1988). *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*. Málaga, p. 18 ss.

Esta situación continuará todavía cuando se inicie el período republicano, aunque con la novedad de que a partir de la publicación de la *Lex XII Tabularum* se acudiría a la costumbre si cualquier comportamiento no estaba regulado por esta ley o por otra que se aprobase en las asambleas comiciales. Con todo, la costumbre siguió siendo la principal fuente del derecho privado porque la actividad comicial en este ámbito del derecho fue muy inferior respecto al derecho público. Sin embargo, la entrada de un nuevo sistema político, como fue la República, sí iba a mostrar ciertas novedades que provocarían la evolución de la costumbre como fuente del derecho, es decir, además de ser los usos y costumbres de la familia (*mores maiorum*), se ampliarían también como usos y costumbres de toda la sociedad (*mores civitatis*). No se trata de que un tipo de costumbre sustituya a la otra, sino que ambas convivan y se complementen para dar respuesta a una sociedad en donde la convivencia, a lo largo de esta época republicana, no se limita a los ciudadanos romanos (*cives*), sino a otros que disfrutaban de un *status civitatis* diferente: latinos y peregrinos, portadores de sus propias costumbres, usos sociales y culturales que, con el tiempo, llegarían a refundirse con los genuinamente romanos.

II. b) La costumbre a partir de la época clásica hasta el periodo justiniano

Sin embargo, un cambio importante se aprecia a partir del siglo III a. C. Concretamente, el fenómeno de la expansión territorial por el que se ve empujado el pueblo romano —si quiere convertirse en un gran imperio— lo conducirá, entre otras cosas, a un proceso de apertura e integración no solo de personas, sino de culturas y de modos de vida diferentes. Así, nos encontramos junto a las antiguas familias romanas, otras muchas de origen diverso que comenzarán a conformar una nueva sociedad. Y, muy pronto, ello se dejaría sentir en el ámbito jurídico, en el sentido de que la organización de la *civitas* tenía que comenzar a tomar nuevas medidas para controlar si dichas costumbres (*mores maiorum*, *mores civitatis*, *boni mores*) seguían o no siendo respetadas por medio de la eficacia de la *cura morum* que, hasta el momento, había realizado el censor. Y es que un cambio significativo se aprecia en esta época: los censores comenzaban a verse desbordados en la realización de sus funciones porque la densidad de la población era mayor, en correspondencia con el incremento de territorio conquistado en esta etapa de su historia. Un suceso muy representativo de esta situación —y que puede servir como ejemplo— es el relatado por Tito Livio cuando nos dice que, por iniciativa de los censores Marcus Livius Salinator y Claudius Nero, en el 204 a. C. durante la Segunda Guerra Púnica, acordaron enviar funcionarios al campo de batalla para que tomasen declaración a los soldados

—por la imposibilidad de éstos de presentarse ante el censor— y, basándose en tales declaraciones, confeccionar el censo,⁵⁶⁷ lo que implicaba en muchos casos una falta de rigor en la veracidad de los datos recopilados y, por otro lado, en no poder controlar sobre dichos ciudadanos la *curamorum*.

La crisis del propio sistema republicano contribuirá a que se acelere aún más el protagonismo del *ius scriptum* sobre los *mores*. Concretamente, el problema surge cuando la crisis de valores de la sociedad romana se traslada a la clase política y su poder, en vez de dirigirlo en velar por el bienestar social, se conduce hacia logros personales. Especialmente en el último siglo de la República se produce entre los políticos del momento una lucha inusitada, caprichosa y a veces violenta, por acaparar la atención necesaria que legitimara la ocupación —de manera irregular— de determinados cargos con los que sus protagonistas justificarán el ejercicio de poderes extraordinarios.⁵⁶⁸ Por ello, cuando accede Octavio al poder aprovecha este clima sociopolítico para justificar la tarea legislativa que iba a emprender —mediante la *Lex Iuliae Papiae Poppaeae*— en la que, de manera muy directa, regularía materias de derecho privado en general y de derecho de familia y sucesorio en particular, y por la que se proclamaría en el custodio directo de los *mores maiorum*, mediante la *cura morum*, de forma parecida a la desarrollada por los censores, pero con la diferencia de imponer ahora el imperio de la ley sobre la costumbre e, incluso, modificándola si la situación lo requería. De ahí que las palabras de Juliano, en D. 1, 3, 20, sean muy representativas de la nueva situación que, con sucesivos emperadores, se consolidaría: “*Non omnium, quae a maioribus constitutasunt, ratio reddipotest*”.

Así las cosas, esta nueva situación afectará muy directamente en la consideración que hasta el momento se tenía sobre la costumbre como fuente del derecho. Ahora no se limitará a expresar los usos y tradiciones de los antepasados transmitidos de generación en generación, sino que tendrá junto con la *lex* —pero distinta a ésta— la consideración de fuente del derecho que nace de la *natura*, es decir, de la opinión generalizada de toda la sociedad, o bien de la *vetustas*, esto es, de los usos y tradiciones antes mencionados.

⁵⁶⁷ Tito Livio, Ab. Urb. cond., XXIX, 37, 5-6: *Lustrum conditum serius quia per provincias dimiserunt censores ut civium Romanorum in exercitiibus quantus ubique esset referretur numerus. Censa cum iis ducenta quattuordecim milia hominum. Condidit lustrum C. Claudius.*

⁵⁶⁸ La dictadura de Sila (82-79 a. C.), la ejercida por Julio Cesar (49-44 a. C.), el consulado sin colega de Pompeyo en el 52, los poderes extraordinarios de los tres *virī rei publicae constituendae* conferidos a Lépido, Marco Antonio y Octavio por cinco años y renovados por otros cinco en virtud de la *Lex Titia* del 43, son algunos de los ejemplos en donde se aprecia la falta de respeto al significado de las magistraturas y, en consecuencia, atentando muy directamente contra los pilares del sistema republicano.

Desde el punto de vista terminológico, junto con las expresiones conocidas (*mores maiorum, mores civitatis, boni mores*)⁵⁶⁹ es usual hablar de ella mediante la expresión *consuetudo* que, aunque la opinión generalizada es la de considerar que tuvo su consolidación en época postclásica, sin embargo ya la podemos ver en muchas de las fuentes literarias de finales de la República y del Principado. Concretamente, en *Rhetorica ad Herennium* (siglo I a. C.) se hace un elenco de las distintas partes que se derivan del *ius* y mencionando a la *consuetudo* pero en ausencia de *leges*.⁵⁷⁰ Por otro lado, aunque la *consuetudo* como la *lex* se justifican y basan en la *voluntasomnium, vulgiadprobatio*, tal y como nos explica también Cicerón en distintos fragmentos,⁵⁷¹ sin embargo mientras la *lex* se manifiesta en la materialización expresa y directa de una norma escrita, la *consuetudo* no es más que el resultado de una tácita voluntad social. Además, la costumbre no se limita ya a las tradiciones típicamente romanas sino también en el respeto a las extranjeras. Así, por ejemplo, Cicerón nos relata la existencia de costumbres propias de la provincia siciliana y que Verres había violado en el ejercicio de su pretura.⁵⁷²

⁵⁶⁹ Cfr., entre otros, Torrent, A. *Derecho público romano*, op. cit., p. 112; Iglesias, J. *Las fuentes del Derecho Romano*, op. cit., p. 36 ss.; Fernández de Buján, A. *Conceptos y dicotomías del Ius*, op. cit., p. 258.

⁵⁷⁰ Auct. Ad Herenn., 2, 13, 19: ...ex quibuspartibusiusconstet, cognoverimus. Constatigitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequet bono, pacto. Natura iusest, quod cognationisautpietatis causa observatur... Legeiusest id, quod populi iussi sanctum est quod genus: ut in iuseas, cum voceris. Consuetudine iusest id, quod sine legeaeque, ac silegitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentariotuleris expensum, ab socio eius recte petere possis.

⁵⁷¹ Cicerón, *De inventione*, II, 22, 65 y 67: ...utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex rebus constet, considerandum est, initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitate aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem ad probata quaedam a consuetudine aut veru utilia visa legibus esse firmata; ac naturae quidem iuse esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vendicationem, observantiam, ac naturae quidem iura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili iure versantur et a vulgari intelligenti remotione; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda. Consuetudine autem iuse esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobatur. In ea autem quaedam sunt iura ipsa incerta propter vetustatem, quo in genere et alia sunt multa et eorum multa maxima pars, quae praetors edicere consueverunt, quaedam autem genera iuriam incerta consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum.

⁵⁷² Cicerón, *In Verr.*, II, 3, 6, 15: Ita quae decimas lege Hieronicas empervendundae censuerunt. Hoc iure ante Verre praetorem Siculis empervisunt: hic primus instituta omnium, consuetudinem a maioribus traditam, condicionem amicitiae, ius societatis convellere et commutare ausus est.

En definitiva, la fuerte tradición de la costumbre como fuente del derecho que apreciamos a lo largo de la historia del derecho romano hace que, cuando nos situemos en época postclásica, y a pesar de la importancia que adquiere el *ius scriptum*, sea comprensible la afirmación de Modestino cuando nos dice, en D. 1, 4, 40, que todo derecho o lo creo el consentimiento, o lo constituyó la necesidad o lo afirmó la costumbre: *Ergo omneius aut consensus fecit, aut necitas constituit, aut firmavit consuetudo*.

III. El Código Civil y Comercial de la Nación y el rol de la costumbre para subsanar las lagunas normativas y efectuar la interpretación legal del derecho vigente

El doctor Ricardo Luis Lorenzetti expresa: “Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas”.⁵⁷³

El Código Civil y Comercial inaugura su texto con un artículo que constituye la columna vertebral del instrumento legal más importante del derecho privado, a saber:

Artículo 1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

El artículo recepta cinco fuentes del derecho, tres de ellas ya vigentes en el anterior ordenamiento: a) la ley; b) los “usos, prácticas y costumbres” cuando “las leyes o los interesados se refieren a ellos”; y c) dichas prácticas “en situaciones no regladas legalmente”. A su vez, innova incorporando dos: d) la Constitución Nacional y e) los tratados de derechos humanos. El doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, acorde con el pensamiento de su tiempo, ciñó las fuentes del derecho a la ley y al papel del “uso, costumbre o práctica”, los que

⁵⁷³ Lorenzetti, R. (2012). *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, p. 581.

solo pueden crear derecho “cuando las leyes se refieren a ellos”. Este último punto fue reformado por la Ley 17.711 e incorporó a las costumbres *praeter legem*, a las que Llambías define como “la norma consuetudinaria que rige una situación no prevista por la ley”, excluyendo la voz “práctica”, y reemplazando las expresiones singulares “uso” y “costumbre” por las plurales y alterando la conjunción “o” por la “y”, que es gramaticalmente más precisa.⁵⁷⁴

La Comisión del Código Civil y Comercial no le dedicó mayor tratamiento a los usos, prácticas y costumbres por considerarlo innecesario. En tanto, el texto mantiene lo medular de la redacción del Código Civil velezano⁵⁷⁵ luego de la reforma de la Ley 17.711, con la salvedad de añadir a continuación de “las leyes” la referencia a “los interesados”, que se toma del proyecto de 1998, lo que revela una importante novedad, en tanto supone que estas normas no solo son fuentes jurídicas cuando la ley alude a ellas, sino cuando lo invocan los particulares, en línea con lo que ya disponía el Código de Comercio y en armonía con el reconocimiento jurídico a la personalidad humana en tanto portadora de derechos innatos e inalienables.

IV. Casos jurisprudenciales en los cuales se utilizó el uso y la costumbre para la resolución de la causa

En la casuística que deben resolver en los estrados de la República Argentina, de manera constante se debe recurrir a la costumbre para la interpretación y resolución de conflictos. Hemos seleccionado algunos fallos donde los jueces recurrieron a la costumbre para poner luz a un conflicto judicial, siendo así una herramienta del juzgador a la hora de solucionar los casos que se presentan de una variada temática, desde el plano comercial, contractual, de derecho de familia, a modo ejemplificativo.

Así es el caso de la provincia de Santiago del Estero, donde la jurisprudencia ha recurrido a la costumbre para dictar un fallo en relación a la temática alimentaria: “Los usos y costumbres constituyen un importante marco interpretativo de la voluntad de las partes. Ello así, el uso y la práctica generalmente

⁵⁷⁴ En efecto, jurisprudencialmente se había establecido que, en nuestro sistema normativo, “la costumbre sólo adquiere poder jurígeno en situaciones no regladas legalmente” (CNCiv., sala G, 21/3/2011, La Ley, 2011-C, 357).

⁵⁷⁵ Artículo 17 del Código Civil de la Nación Argentina: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente” (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

observados en casos de igual naturaleza y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse lo convenido, prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras”.⁵⁷⁶

También se apoyaron en la costumbre al momento de brindar solución a un proceso por daños y perjuicios de una colisión de automotores, en la provincia de Chubut:

No existe prueba en autos de que el vehículo haya sido entregado con la voluntad de no uso, ni ello es presumible de las costumbres de la venta de automotores, que suele ser utilizado el vehículo al menos para probarlo y ni qué decir si el mismo es vendido. Si el vendedor quiere que no se utilice el bien no tiene que ponerlo a la venta o tiene que hacer la denuncia de venta. Imaginando la situación, la entrega de un vehículo a una concesionaria se hace con la sobreentendida y tácita autorización de uso, aun si se entrega en consignación para su venta: al menos para ser probado por los clientes potencialmente interesados en comprarlo. Ni que hablar si se le vende el vehículo a la concesionaria, el titular pierde con la entrega la posibilidad de decidir si el vehículo va a circular o no y a quién se le va a vender. Por ello la versión fáctica o, mejor, la interpretación de esos hechos que intenta dar el apelante violenta una lógica mínima y contraviene las costumbres del país en este tema y el principio de normalidad, con lo que no puede tenerse por válida una serie de inferencias carentes de apoyatura que el mismo intenta levantar (Del voto del Dr. Mesa).⁵⁷⁷

La Cámara Nacional Civil al momento de resolver una cuestión suscitada por cobro de honorarios, al resolver una discrepancia en relación a lo acordado para la fijación de honorarios se basó en la costumbre al momento de brindar la solución al caso:

Corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor y, en consecuencia, condenar a la demandada a pagarle los honorarios que le corresponden por las tareas realizadas en su calidad de martillero, toda

⁵⁷⁶ B., R. E. vs. A., L. V. s. Alimentos /// CCC 2^º Nom., Santiago del Estero, Santiago del Estero; 19/04/2007; Rubinzal Online; RC J 701/08.

⁵⁷⁷ Nagüelquin, María Inderledina y otro vs. Díaz Godoy, Diego Hernán y otros s. Daños y perjuicios /// Cám. Apel. Sala A, Trelew, Chubut; 29/07/2011; Rubinzal Online; 114/2011; RC J 824/14.

vez que, conforme a las constancias probatorias obrantes en autos, cabe concluir que el reclamante fue contratado para efectuar una tasación de los campos denunciados y que realizó el trabajo; y si bien es cierto que con algunas deficiencias y con carencia de alguna documentación, pero también debe valorarse que la demandada, cuando el trabajo estaba avanzado, no colaboró con él sino que, por el contrario, pretendió desligarse del vínculo, negándolo. Además, lo cierto es que no hay grandes diferencias entre los valores informados por el actor y por el perito oficial, quien estuvo bastante tiempo para realizar su labor, como surge de las constancias de autos. Se trata de un trabajo que, obviamente, salvo pacto en contrario, es oneroso. Más aún, el entonces letrado de la accionada sugirió una reunión para discutir el asunto de los honorarios, que no llegó a concretarse. En torno al precio de la locación de obras o servicios, tiene gran importancia lo que se acostumbrare a hacer en casos análogos (artículo 1627 del Código Civil). Y es costumbre que cuando una persona requiere la intervención de un martillero para una tasación, consulte previamente sobre el honorario que deberá satisfacer, máxime cuando los valores involucrados son de cierta importancia. No es común que se encarguen estos trabajos sin que se sepa previamente cuál será la retribución. El precio es un elemento esencial del contrato de locación de servicios y de obra (artículos 1493 y 1623 del Código Civil); su determinación puede hacerse antes de la prestación de los servicios, durante el curso de ellos, o después de prestados. Si no hay prueba de haberse convenido el precio, o no existe constancia documentada y surgen discrepancias al respecto, debe recurrirse a la pauta del artículo 1627 del Código Civil, es decir, el precio de costumbre, que es el corriente en un lugar y tiempo determinados.⁵⁷⁸

En las nuevas temáticas de responsabilidad parental previstas en el Código Civil y Comercial, la Cámara Segunda en lo Civil Comercial de la Provincia de la Rioja ha fallado fundándose en la costumbre al momento de resolver un pedido de custodia del padre por agresión de la madre al menor:

Que a los pocos meses de firmado el acuerdo, el Sr. F..., progenitor del menor, solicita una medida precautoria de protección de personas por cuanto la madre y abuela materna del niño habrían pegado, motivo por el cual se realizó una denuncia penal (fs. 1). Frente a estos hechos decla-

⁵⁷⁸ A., H. D. vs. D. A., M. G. s. Cobro de honorarios profesionales /// CNCiv. Sala H; 06/12/2016; Rubinzal Online; 29209/2013; RC J 556/17.

rados, solicita la guarda provisoria, pero teniendo en cuenta que ya hace dos días que lo tiene al hijo, lo que de hecho, ya se configuró la guarda transitoria a favor del padre, y estas medidas son temporales, lo que en miras del bienestar del menor, no podemos cambiarle bruscamente su modo de vida normal, su ambiente, entorno, vecinos, lugar, ya que puede ser perjudicial para el mismo. No contamos con la constatación de las lesiones, aunque sabemos que un simple chirlo como medida correctiva entra en la configuración del delito de “lesión leve”, que si bien lo prohíben las nuevas normativas nacionales (artículo 647 del Código Civil y Comercial) e internacionales, debemos presumir que la lesión no ha sido de magnitud por el relato de los hechos, y en atención a las costumbres en el modo de crianza que permita a los padres el control sin que revista el carácter de una agresión severa. Que de la demanda donde se peticionó la homologación de acuerdo de Régimen de Visitas, tenencia y alimentos, surge que el padre del menor es comerciante, por lo que debemos inferir que trabaja todo el día, mañana y tarde, incluso los sábados, o sea que sí me preocupa pensar que el padre no está en la casa con el menor, no sabemos quién se encarga de su cuidado, su asistencia, quién lo acompaña y brinda colaboración, ya que no es una situación acordada ni programada. Entonces todas estas nuevas circunstancias podrían dañar emocionalmente al menor, quizás más que una medida correctiva y consuetudinaria. Ante la presencia de dos males, debo estar por el mal menor, ya que el niño se crió a la par de su mamá. Situación que se deberá mantener hasta que se demuestre que es contraproducente. Considero que el niño MF debe regresar con su mamá y mantener contacto con su padre como se ha acordado en la Resolución de fecha 8 de abril de 2015. De ahí en más deberá solicitarse la intervención de la Dirección General de Niñez y Adolescencia a los fines que evalúen y monitoreen el desenvolvimiento del niño, y aconsejen cuando el mismo esté en condiciones de ser escuchado. Que por todo lo expresado, considero que debe rechazarse la Medida Precautoria de guarda provisoria del menor, debiéndose reintegrar a su madre”.⁵⁷⁹

Con esta selección de casos judiciales se ha podido afirmar que el concepto de costumbre, como fuente del derecho, pervive en la interpretación e integración del derecho actual, más en las instituciones del Código Civil

⁵⁷⁹ Cámara 2º en lo Civil Comercial y de Minas de la Rioja, Expte. N° 10202150000003229/1 – Letra “F” – Año: 2.015, Caratulados: “FMJ c/ TIV – MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN DE PERSONA”

y Comercial. De allí la importancia de entender su génesis, analizando en consecuencia el enfoque romanista de la institución.

V. Conclusión

Analizados los antecedentes romanistas de la costumbre como fuente del derecho, su trascendencia durante los primeros siglos de su historia y los cambios que fueron dando lugar a un avance de la ley escrita como fuente predilecta por sobre los mores, hemos abordado su situación actual, pasando por el tratamiento en el Código velezano y su recepción en el Código Civil y Comercial.

Los cambios normativos que dan cuenta de una evolución en el pensamiento jurídico no implican el completo reemplazo de las fuentes clásicas del derecho. En esto nos hemos centrado, en materializar al exponer algunas consideraciones de la costumbre como fuente de derecho en el derecho romano antiguo y clásico, pero también resaltando la actual aplicación que tiene esta fuente en la jurisprudencia de la República y en diferentes temáticas.

Por ello es que la costumbre sigue siendo una herramienta válida para la solución de problemas de interpretación e integración del derecho, la que puede utilizarse de una manera eficaz y correcta siempre que los operadores jurídicos comprendan la génesis de la institución.

Perviven en este instituto del derecho los principios romanistas que no obstante el cambio y evolución legislativa, se mantienen como un norte indicando siempre el camino para una correcta utilización de esta fuente del derecho, dando luz a su aplicación práctica.

VI. Bibliografía

Argentina. *Código Civil*. Id SAIJ: LNS0002653; *Código Civil y Comercial de la Nación*. 1º edición. Buenos Aires, Infojus, 2014; *Constitución de la Nación*. 1º edición. Buenos Aires, Infojus, 2013.

Corpus Iuris Civilis Romanorum. A doble texto, traducido del latín al castellano por Idelfonso L. García del Corral. Barcelona, 1889-1898.

Fernández Baquero, M. E. (2003). “La costumbre como Fuente del Derecho Romano”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 6, p. 61-80.

García Garrido, M. (1993). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Madrid: Dykinson.

Vázquez, H. (1998). *Diccionario de Derecho Romano. Palabras, locuciones y aforismos latinos*. Buenos Aires: Zavalia.

