

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, octubre 12 de 2006.

Doctores
MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente
RAFAEL FORERO CONTRERAS
Secretario General
Academia Colombiana de Jurisprudencia
Calle 84 # 9-32
Bogotá, D.C.

Referencia: Asignación de Consulta remitida por correo electrónico.

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, entidad en la cual ostento el título de Miembro Correspondiente, mediante el presente escrito y dentro del último término concedido, presento respuesta a la consulta de la referencia, que fue recibida de la Academia el veinticinco de agosto de 2005, formulada por la señora Ana María Murillo (americanamaria10@hotmail.com), residente en el Barrio Villa Carmenza, Edificio VI, apartamento 101 del municipio de Manizales, Caldas, teléfono 8883240.

Procedo a transcribir en primer lugar las inquietudes del consultante:

“qué es la costumbre” (sic).

Antes de continuar debo presentar excusas a la Academia por la tardanza en la respuesta, ya que no consideré que una pregunta de catorce letras me llevara tanto tiempo para cumplir adecuadamente el encargo de la Corporación, razón por la cual comencé por desarrollar este trabajo como parte de mis compromisos investigativos con la Universidad de La Sabana, particularmente dentro de la línea historia de las instituciones que hace parte de mi grupo de investigación “Cacique de Turmequé”.

Para poder emitir el correspondiente concepto, en el cual se han invertido más de sesenta horas, se considera en primer lugar que revisado el índice de las 332 Revistas de la Academia Colombiana de Jurisprudencia¹, hasta el momento no existe allí ningún estudio sobre el particular, teniendo en cuenta que como fuente del derecho que es la costumbre, creo se habría considerado innecesario entrar a estudiarla. Y, en otra prestigiosa revista jurídica colombiana, con más de 55 años de tradición, “*Univérsitas*”, de la Pontificia Universidad Javeriana, tan

¹ REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA. Índices, en Revista # 314 y en suplemento de 2005.

sólo encontramos dos estudios²: En el ejemplar 100 “*La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT*”, del profesor Ramón E. Madriñán de la Torre³ y en la 102 “*Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*”, del profesor Jorge Oviedo Albán⁴. Adicionalmente, en cuanto a la jurisprudencia sobre el tema, encontramos no más de cuatro registros en la Corte Constitucional⁵, mientras que en visita a la Corte Suprema de Justicia encontramos allí sobre costumbre más de 500 fallos sistematizados desde 1996, de los cuales, tan sólo veintiséis se refieren a la costumbre en materia civil y de tutela, pues los otros la tocan desde el ámbito penal y laboral.

Si fuera tan simple definir la costumbre, únicamente buscaríamos su acepción común para contestar de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia⁶, según el cual, procede del latín “*cosuetumen*, por *consuetudo*, *consuetudinis*. f. Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto. 2. Aquello que por carácter o propensión se hace más comúnmente. 3. p. us. Menstruo o regla de las mujeres. 4. pl. Conjunto de cualidades o inclinaciones y usos que forman el carácter distintivo de una nación o persona.// **contra ley**. f. Der. La que se opone a ella, y, sin embargo, en algunas épocas y legislaciones se ha considerado eficaz.// **fuera de ley**. f. Der. La que se establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por las leyes.// **holgazana**. f. Der. Práctica que duró en Córdoba hasta principios del siglo XIX, según la cual la mujer casada no participaba de los bienes gananciales, y que fue derogada por la Novísima Recopilación.// **según ley**. f. Der. La que corrobora y desenvuelve los preceptos de ella.// **de**. Loc. Adj. Usual y ordinario. U. t.c. adv. V. comedia de-s, signo por.”

Cabe indicar que la expresión “*costumbre*” no se encuentra contenida en el Diccionario de Construcción y Régimen de la Lengua Castellana⁷, ni tampoco en el Diccionario Panhispánico de Dudas⁸.

Por su parte, el, Diccionario Jurídico de Guillien y Vincent⁹, trae las siguientes acepciones:

“**COSTUMBRE**. Der. Civ. Regla que no es impuesta en forma de mandato por los poderes públicos, sino que es reducido de un uso general y prolongado (*repetitio*) y de la creencia en la existencia de una obligación (*opinio necessitatis*). Constituye una fuente de derecho, a condición de que no vaya en contra de alguna ley. Der. Lab. V. *Uso*.”

² Visto el Índice General que fue publicado en el año 2001 como addenda al ejemplar # 100.

³ MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón E. *La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT*. En: Univérsitas # 100, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, páginas 175 – 181.

⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*. En Univérsitas # 102, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, páginas 343 - 379.

⁵ Ver Sentencias C-486 de 1993, C-224 de 1994, T-340 de 1995 y C-1189 de 2000.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, tomo 4. 22ª edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001.

⁷ CARO, Rufino J. *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*”. Tomo II. Instituto Caro y Cuervo, Imprenta de Hierbabuena, Bogotá, 1954.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario Panhispánico de Dudas. Editorial Santillana, Madrid, 2005.

⁹ GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean. *Diccionario Jurídico*. Editorial Temis, Bogotá, 1986, página 110.

COSTUMBRE CONSTITUCIONAL. *Der. Const. Costumbre nacida en el interior de un estado que se rige por una Constitución escrita, a la cual ella viene a interpretar, completar y hasta modificar. (Ej.: práctica de los decretos-leyes bajo la IIIa. Y la IVa. República).*

COSTUMBRE INTERNACIONAL. *Der. Int. Publ. Práctica jurídica aceptada como si fuera derecho. (art. 38, &2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia); lo cual implica un elemento material (repetición de precedentes que constituyen un uso continuo y general) y un elemento psicológico (la opinio iuris, es decir, la convicción de que los Estados que observan ese uso obedecen a una norma de derecho). V. Codificación.”*

En su Diccionario Jurídico, Jaime Sierra García¹⁰ la define así:

“COSTUMBRE. *(Del latín consuetudo, derivado de suescere=acostumbrar, suceder). Es la repetición de actos colectivos con sanción externa organizada.*

Joaquín Escriche¹¹ en su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, explica la costumbre ampliamente, extractando lo siguiente:

“COSTUMBRE. *La práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley; o el derecho no escrito que se ha introducido por el uso. La costumbre puede ser general o especial; será general la que se observa en todo el reino; y especial la que se observa solo en algún distrito. No ha de confundirse la costumbre con el uso; el uso no es más que un hecho, y la costumbre es un derecho; puede haber uso sin costumbre, y no puede haber costumbre sin uso o sin que este la haya precedido; el uso consiste en la repetición de actos, y la costumbre nace de esta repetición; el uso, pues, produce la costumbre, la cual por consiguiente es un efecto del uso.”*

En la Enciclopedia Jurídica Omeba¹², se puede leer que la costumbre “*para algunos autores, nacida al impulso de individuos que realizan determinados actos, que a fuerza de repetirse por necesidad o tradición se convierten en dirección común. Para otros, es un uso que existe en el grupo social que expresa el sentir jurídico de los que componen ese grupo... El problema de la costumbre como fuente del Derecho viene precedido del problema del origen del Derecho... En los orígenes de todo pueblo, fue la costumbre la que consagró la práctica jurídica diaria, la que impuso un modus vivendi que se hizo imprescindible a todos...*”

Mientras que en la Enciclopedia Jurídica Básica¹³, encontramos lo siguiente:

¹⁰ SIERRA GARCÍA, Jaime. *Diccionario Jurídico*. 3ª edición. Librería Jurídica Sánchez, Bogotá, 2001, páginas 115 - 116.

¹¹ ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo II. Editorial TEMIS, Bogotá, 1977, páginas 267 – 268.

¹² Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982, páginas 11 a 22.

¹³ Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II. Editorial Civitas, Madrid, 1995, páginas 1774 – 1783.

“Defínase la costumbre como la norma establecida directamente por la comunidad a virtud del ejercicio o por actos jurídicos repetidos y constantes (De Diego), o más brevemente, como la norma creada e impuesta por el uso social (De Castro). En ambas definiciones se recogen sus peculiares características: 1. La de ser norma jurídica (distinta, por tanto, a los simples usos sociales o hábitos de cortesía) de origen extraestatal, esto es: nacida directamente de la sociedad (grupos locales o profesionales, preferentemente) sin pasar por el filtro de la organización estatal. 2. Su condición de norma no escrita: en cuanto que nacida inmediatamente, y manifestada, en la reiteración de los comportamientos. En nada afecta a la peculiaridad y significación de esta característica la práctica frecuente de recopilar por escrito y a posteriori las costumbres que se consideran existentes. 3. La espontaneidad de su producción –en claro contraste con el carácter reflexivo de la ley- justo por constituir norma emanada directamente del comportamiento social.”

De acuerdo con estas definiciones y según la doctrina tradicional, particularmente a nuestro Miembro de Número y Presidente, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra¹⁴, en la costumbre jurídica se pueden distinguir los siguientes elementos y caracteres:

“a) elemento material u objetivo, es decir, repetición constante de actos uniformes, y”, Que también podría considerarse como la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder: el *corpus*. Y,

“b) elemento espiritual o subjetivo o psicológico, que es la conciencia de su obligatoriedad, o como dicen Legaz y Lacambra, el convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse, porque es jurídicamente obligatorio.” También concebido en la idea de que el uso de que se trate es jurídicamente obligatorio y debe aplicarse: el *animus*.

“Esos elementos quedan expresados en la fórmula Inveterata consuetudo et opinio seu necessitatis.”

Y agrega:

“La costumbre tiene los siguientes caracteres: a) surge espontáneamente; b) es de formación lenta; c) no tiene autor conocido; d) suele ser incierta o imprecisa; e) es particularista.”

Igualmente, Monroy Cabra¹⁵ cita a Abelardo Torré, quien es el encargado de fijar las principales diferencias entre el derecho legislado y el derecho consuetudinario:

- a) El derecho consuetudinario es un producto inmediato, espontáneo y más bien intuitivo de la vida social; en cambio, el derecho legislado es un producto reflexivo, técnico y mediato.*
- b) La costumbre es lenta y, por el contrario, la ley es rápida en cuanto a su formación.*

¹⁴ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. 14ª edición. Editorial TEMIS, Bogotá, D.C., 2001, páginas 175 y ss.

¹⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., página 178.

- c) *La costumbre es incierta e imprecisa, en tanto que la ley es precisa y permite una mayor certeza y seguridad en las relaciones jurídicas.*
- d) *La costumbre se colige en el derecho moderno, el derecho legislado ostenta superioridad sobre el derecho consuetudinario.*

REFERENCIA HISTÓRICA:

Veamos ahora algunos antecedentes históricos acerca de la costumbre:

En los primeros tiempos de la historia de la humanidad, la costumbre constituyó la fuente por excelencia del derecho, pero a mediada que se desarrolló la conciencia jurídica de los pueblos, aquella fue paulatinamente perdiendo su primitiva importancia, mientras la ley acrecía la suya y se transformaba en el manantial principal de las normas jurídicas. Con la aspiración del derecho escrito iniciase una etapa trascendental en la evolución institucional de las naciones hacia la meta suprema: el imperio de la ley; tal es la importancia del Código Hamurabi en Caldea, las leyes de Manú en la India, las leyes de Dracón en Atenas o la ley de las doce tablas, una compilación de usos y costumbres practicadas hasta el momento en Roma.

Precisamente allí, en Roma, la fuente fundamental del derecho en su etapa inicial fue la costumbre. En los primeros tiempos, según la Enciclopedia Jurídica Omeba¹⁶, *“Roma tiene un Derecho eminentemente consuetudinario. Recién se torna escrito, cuando la cantidad de usos es tal que se hace imprescindible una ordenación sistemática que haga imposible el olvido de lo estatuido. Ese Derecho que nace con la costumbre debe ser fijado y adaptado a las necesidades que crea el avance por el cual atraviesa el pueblo romano, para gloria de la ciencia jurídica universal.”*

Cabe señalar que los períodos del Derecho romano son establecidos de forma sintética por la Académica de Número, doctora Emilssen González de Cancino¹⁷, así: 1. Período Arcaico: de la fundación de Roma 753 a.C., hasta la ley *Aebutia* (la cual autoriza el procedimiento formulario) año, 130 a.C.; 2. Período Clásico: de la ley *Aebutia* hasta el asesinato del jurista Ulpiano, 228 d.C.; 3. Período Post-clásico, que va del 228 d.C. hasta las caídas de los Imperios de Oriente (478 d.C.) y Occidente (1453 d.C.).

En el período inicial o arcaico, el pueblo no concebía la diferencia entre el *ius* y el *fas* (derecho y religión); así, la fuente de los derechos primitivos, obedecía a los usos y a las costumbres, las cuales ganaron cierto sentido de obligatoriedad generalizada en cuanto a su observancia.

La doctora González de Cancino¹⁸ señala que posteriormente *“en un complicado proceso de diferenciación que deben intentar describir la filosofía o la sociología del derecho, ciertas costumbres se convierten en jurídicas, mientras otras quedan en el estrato de los usos sociales o de la moral.”*

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982, página 21.

¹⁷ GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual de Derecho Romano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.

¹⁸ GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. Op. Cit., página 64.

Así entonces, las llamadas *mores maiorum* (costumbres de los antepasados) son la fuente esencial del derecho, y en los procesos legales era obligatorio, en el período arcaico, que los jueces aplicaran las *mores maiorum*, sobre todo en la observancia de tales costumbres. A través de dichas resoluciones judiciales, se empieza a dar el carácter positivo a la costumbre. Sin embargo, hay que precisar que por regla general las fuentes del derecho romano no definen a las figuras jurídicas ni a las instituciones.

Encontramos también en Omeba¹⁹:

“El ius scriptum es el que toma la directiva en la evolución del Derecho. La actividad legislativa, hija directa de la costumbre, se erige en principal fuente de las ramas jurídicas que se van desglosando.

Los juristas clásicos romanos acudieron en más de una ocasión a la costumbre. Toda laguna que presentara la ley u otra fuente del derecho, era salvada mediante la aplicación de usos. Se admitió que el derecho anticuado, incluyendo el escrito, quedaba de hecho derogado por el no uso continuado (desuetudo).”

Y más adelante agrega:

“La ley de las XII Tablas, que fue la primera obra codificada que apareció en Roma (en tiempos de la República, 451 a 499, a. C.), no es otra cosa que la redacción del antiguo derecho consuetudinario legado por la tradición, si bien puede observarse en algunas cuestiones un intento de modernización que luego sobresalió en otros cuerpos jurídicos posteriores. Es en la época monárquica donde el derecho consuetudinario tiene mayor importancia. Era un derecho al que los juristas romanos posteriores dieron un carácter de completador del orden jurídico. No afirmaron jamás que existiera un verdadero derecho consuetudinario, sino que reconocieron únicamente la costumbre, el uso, los mores. Son los glosadores los que hablan con firmeza del derecho consuetudinario.”

Realmente, son diversas las acepciones que encontramos en el derecho romano acerca de la costumbre, por ejemplo, el profesor Rafael Domingo²⁰, de la Universidad de Navarra, con la colaboración de Javier Ortega y Beatriz Rodríguez-Antolín, se ha dado a la tarea en el 2003 de editar el libro *“Principios de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados”*, que fue publicado por Thomson – Aranzadi y la Cátedra Garrigues. De su texto afirmamos que, nos permite hundir las raíces de la costumbre en el *ius Romanorum*, donde encontramos reglas que cumplen una función de primerísimo orden, no solo en el proceso de unificación de la jurisprudencia, como debería ser, sino también en el proceso de internacionalización de la justicia y de la integración de los derechos; veamos algunas de esas citas:

¹⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982, página 21.

²⁰ DOMINGO, Rafael (Director). *Principios de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados*. Editado por Thomson-Aranzadi y la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2003.

117. *Codex Iustinianus*, 8.53.2, del 319. **Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est.** No es menospreciable la autoridad de la costumbre y del uso longevo. En ese mismo sentido, Bracton II.22.27: **Longaevi enim usus est consuetudinis non est vilis auctoritas.** Así, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que se aplicará la costumbre internacional como prueba de una práctica comúnmente aceptada como derecho. En cualquier caso, sólo la costumbre probada puede ser tenida en cuenta: **consuetudo non praesumitur, sed probanda.**

118. *Aforismo 21.* **consuetudo legis species est.** La costumbre es una especie de ley. Es decir que los usos y costumbres sólo pueden crear derechos cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas por ley.

167. *Institutas* 1.2.9. **Diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.** Las costumbres antiguas confirmadas por el consenso de los que las usan semejan a las leyes.

191. Ulpiano, D.21.1.31.20. **Ea, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.** Los usos y costumbres deben ser incorporados en los juicios de buena fe. Sobre los requisitos que debe reunir la costumbre para ser aplicada, Brunnemann, *consilium* 163, núm. 120: **consuetudo sine veritate et iustitia vetustas errores est** (la costumbre es errónea cuando no se apoya en la verdad y la antigua justicia) y Borrello, *Decisiones*, tit. 14, núms. 28 y 29: **consuetudo esse debet uniformis** (la costumbre debe tener carácter uniforme).

479. Celso, D. 33.10.7.2. **Non ex opinionibus singulorum, sed ex común usu nomina exaudiri debent.** Los nombres deben entenderse no según la opinión de los particulares sino conforme al uso común. Es este el llamado “sentido propio de las palabras”.

531. Paulo, D.1.3.37. **Optima est legum interpretis consuetudo.** Es la costumbre la intérprete óptima de las leyes. Con las acepciones: **consuetudo est optima legum interpretis y optimus interpretis legum consuetudo.**

742. Livio, 45.32.7. **Usus est legum corrector.** El uso es el corrector de las leyes. Según este último aforismo, las normas han de interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

En otra cita tomada del Digesto, se encuentra la que de manera principal recoge lo que en suma es la costumbre jurídica,

322. Juliano, D.1.3.32.1. **Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur.** No sin motivo, la costumbre inveterada se guarda como ley. Este principio incluso ha pasado al refranero popular en diversos idiomas: *Costumbre hace ley; L'usage fait la loi; Custom rules the law; Gewohnheit Word Rect.; L'uso fa legge, etc.* No sin razón se guarda como ley la costumbre *inveterata*, y este es el derecho que dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan,

sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos los que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos?, por lo cual también esta perfectísima admitido que las leyes se deroguen no solo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso.

De acuerdo con Cuevas Gayosso²¹ esta cita es elocuente, ya que contiene muy claras acepciones acerca de la costumbre jurídica, las cuales se resumen así:

- *La costumbre tiene el carácter de inveterata. Ello se refiere al carácter ancestral que debe tener la costumbre, que más que cifrarse en un tiempo determinado que deba transcurrir para ser aceptada como tal, se entiende en el sentido de las mores maiorum.*
- *El carácter de aceptación generalizada en una comunidad de la costumbre, es desde nuestro punto de vista el elemento principal que la pondera. Este elemento implica que a través de una reflexión colectiva que se hace en torno al carácter de la propia regla de conducta expresada como costumbre, la misma comunidad, atendiendo a su escala axiológica, principios éticos, estéticos y morales, acepta como necesaria la observancia jurídica de tal costumbre.*
- *La costumbre tiene también, por regla general, la característica de no encontrarse escrita, no obstante decimos que su escritura se encuentra impresa en la conciencia de los seres humanos que integran determinada colectividad.*
- *Nótese finalmente, que la cita reconoce a la costumbre un doble carácter en la creación de la norma como fuente del derecho, y también como derogadora del mismo, a través del desuso de la propia norma. Es decir, la aceptación generalizada de que una norma deja de tener aplicación y por tanto pierde validez y sentido.*

Luego de esas apreciaciones, el mexicano Cuevas Gayosso agrega un carácter final de la costumbre jurídica, que si bien no se encuentra en la cita que se transcribió de Juliano, la haya en una cita diversa contenida en el mismo título del Digesto, que le da a la costumbre una función principalísima en la interpretación del derecho:

D. 1.4.37. Paulo. Cuestiones Libro I. Si se tratara de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero de que derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es la mejor intérprete de las leyes.

Es interesante transcribir también las palabras de Juliano, volcadas en el Digesto²²:

²¹ CUEVAS GAYOSSO, José Luis. *La Costumbre Jurídica, una expresión del Derecho Natural*. En: IURISVER. Revista del Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Veracruzana, # 1, enero-abril de 2006, Xalapa, página 239.

²² Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982, páginas 21 - 22.

“No sin razón la costumbre inmemorial se guarda como ley, y es el derecho que decimos introducido en los usos; pues no obligándonos las leyes sino a título de haber sido recibidas por el consentimiento del pueblo (judicio populi receptae), con igual razón han de obligar a todos, aquellas a que el pueblo prestó su aprobación sin consignarla por escrito, porque ¿qué más da que el pueblo declare su voluntad expresamente votando, o implícitamente por prácticas, por hechos?”

Luego, en las Siete Partidas, Alfonso X, El Sabio, dijo que la costumbre era:

“el derecho o fuero, no escrito, del cual han usado los hombres por largo tiempo, ayudándose de él en las cosas y en las razones sobre que la usaron. Y son tres maneras de costumbre. La primera es aquella que es sobre alguna cosa señaladamente, así como en lugar o persona cierta. La segunda, sobre todo, también en personas, como en lugares. La tercera sobre otros hechos señalados que hacen los hombres que se hallan bien y que están firmes.”(Ley IV, Título II, Partida I).

De acuerdo con Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becu²³, *“durante la Edad Media se reconoció a la costumbre como fuente importante de normas jurídicas, fijándose con mayor precisión sus caracteres y requisitos. En ausencia de derecho escrito, fue sin duda la fuente que prevaleció, inspirando además las leyes que paulatinamente aparecieron. Estas últimas, así como el derecho romano, quitaron importancia a las costumbres, sin que por ello desaparecieran en su totalidad. Por el contrario, en algunos países, como en el norte de Francia, conservaron el carácter de fuente que debía ser aplicada de preferencia por los jueces, mientras que en el sur predominó el derecho romano a partir del siglo XII. En España la legislación real y los fueros dieron primacía al derecho escrito. No obstante, las costumbres siguieron teniendo aplicación como elemento supletorio de la ley, pudiendo en casos especiales derogarla.”*

Más tarde, en la *Novísima Recopilación* de 1805, se hace una referencia a la costumbre al legislar los modos de probar que los bienes son de mayorazgo, al establecer que *“el mayorazgo se puede probar por la escritura de la institución de él...; y así mismo por costumbre inmemorial probada con las calidades que concluyan los pasados haber tenido y poseído aquellos bienes por mayorazgo...”*²⁴

J.J. Gómez²⁵, agrega –siguiendo a Esmein- otros aspectos acerca de la historia de la costumbre:

“Fue un período, los siglos X y XI, donde la ley no existía y donde todo estaba regido por la costumbre: sin duda, ésta, según las regiones, se hallaba más o menos impregnada de derecho germánico o de derecho romano; pero, de norte a mediodía, era la costumbre lo que reinaba sin excepción. Estas primeras costumbres presentaban

²³ MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo. *Introducción al Derecho*. 10ª edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, página 225.

²⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982, página 20.

²⁵ GÓMEZ, J.J. *Derecho Civil*. Tomo I, mimeógrafo. S.f., páginas 129 – 140.

dos caracteres principales. Eran estrictamente locales, no se aplicaban más que en un lugar estrechamente limitado: la razón es muy sencilla, las costumbres territoriales no eran, como se ha dicho varias veces, una creación propia de la época feudal; pero su formación coincide en el tiempo con el establecimiento de las instituciones feudales. Luego, la feudalidad había creado en el reino, un número inmenso de justicias absolutamente soberanas: en cada una de ellas tuvo el principio su costumbre particular. En segundo lugar, estas costumbres fueron largo tiempo flotantes y mal precisadas; puede decirse que durante un cierto período, la justicia fue con frecuencia rendida, no solamente sin Ley, sino aún sin regla fija.”

La teoría de la costumbre, en cuanto a su origen, naturaleza interpretación y aplicación²⁶, fue elaborada, en sus lineamientos generales por los jurisconsultos romanos y los comentarios de la escuela histórica, a los que debe agregarse las investigaciones de Summer Maine, inspiradoras de una escuela dentro de la doctrina inglesa, y las de Lambert y Géný en Francia. Esta doctrina general –dice Sánchez Agesta- acepta en cuanto a su naturaleza su carácter jurídico, sin que tenga hoy en día apenas valor la teoría que considera al estado y su legislación como única fuente del derecho, y conviene ampliamente en cuanto a su origen en que tanto deriva del elemento externo (práctica, *consuetudo*), como del elemento interno (convicción, *mos*, *consensum utentium*), sea cual sea la causa que determina a ambos (racionalidad, imitación tradicional o emocional). En cuanto a su interpretación, esta doctrina resalta la misión que compete al pensamiento científico y a la función judicial (decisiva en el derecho inglés); y, por último, en cuanto a su aplicación interesa recordar que, como hecho, necesita ser probada y reunir una serie de circunstancias que han de ser objeto de esta constancia, a saber: existencia de hecho, legalidad (no contradicción con un precepto legislativo por el menor valor que la costumbre posee en casi todos los sistemas frente a la ley), antigüedad, continuidad, goce pacífico, fuerza obligatoria (*opinio necessitatis*), certeza, consistencia (no ser contradicha por otras costumbres o prácticas) y racionalidad, esto es, concordancia con los fines generales del orden constitucional, que puede referirse a su origen o a su aplicación actual.

El concepto de la costumbre –dice Enrico Romani di Falco²⁷ es un concepto unitario, tanto en el derecho público como en el derecho privado. La costumbre es una norma jurídica. Es un convencimiento colectivo (no ya, por consiguiente, individual) que considera jurídicamente obligatoria una determinada actividad humana (elemento formal de la costumbre). Esta determinada actividad es determinada por la existencia de una práctica general y constante que es observada en una determinada materia de relaciones humanas (contenido material de la costumbre o elemento material).

LA COSTUMBRE EN COLOMBIA:

²⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2ª edición. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1977. Tomo 2, página 456.

²⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 455.

En cuanto a nuestro país, la primera norma vigente que trató la costumbre, fue el Código Civil, Ley 57 de 1887, que señala²⁸:

ARTÍCULO 8. *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.*

En dicha disposición, no es aceptada la costumbre en contra de la ley ni la desuetud de las disposiciones legales para no acatarlas.

En la Ley 153 de 1887, se expresaba lo siguiente²⁹:

ARTÍCULO 13. *La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva.*³⁰

Según el Profesor Jorge Oviedo Albán³¹, la costumbre en la legislación civil, de acuerdo con la anterior disposición, fue llamada en un plano secundario, ante el silencio de la legislación civil. La función asignada fue, de acuerdo con Valencia Zea, de norma supletiva que “...sirve para llenar los vacíos legales”.

Vale la pena decir que en la Constitución Política de Colombia no se hace referencia a la costumbre directamente, aunque en el artículo 230 Superior se dice que³²:

ARTÍCULO 230. *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Según la Sentencia C-224 de 1994 de la Corte Constitucional colombiana:

*“Según lo recuerda el señor Claro Solar, en su proyecto Don Andrés Bello, bajo el influjo del antiguo derecho español y del derecho consuetudinario inglés, reconocía fuerza de ley a las costumbres que no fueran contrarias a la ley. Después, la Comisión Revisora optó por la solución restringida de permitir solamente la costumbre **secundum legem**, tal como lo estatuye el artículo 2o. del Código Civil chileno: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.*

²⁸ CÓDIGO CIVIL. Comentado y Concordado por Torrado, Helí Abel. 2ª edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C., 1998.

²⁹ CÓDIGO CIVIL. Comentado y concordado por Torrado, Helí Abel. 2ª edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C., 1998.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1994, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

³¹ OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*. En *Univérsitas* # 102, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, páginas 343 - 379.

³² OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia –Comentada y Concordada-* 7ª edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2006.

Al adoptarse el Código chileno por el Estado de Cundinamarca, que lo sancionó como su Código Civil el 8 de enero de 1859, se consagró el mismo principio en el artículo 3o.: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que a ella se remite la lei".

Dicho sea de paso, en el artículo 4o. del Código Civil de Cundinamarca se definió la costumbre y se le exigió un mínimo de vigencia temporal:

"Costumbre es la práctica o uso lícito de un pueblo o Distrito, o de la mayor parte de sus moradores, observado por un tiempo que no pase de diez años, salvas las restricciones que de este tiempo haga la lei en casos especiales".

*El Código Civil, adoptado en virtud del artículo 1o. de la ley 57 de 1887, consagró, en su artículo 8o., como ya se vió, una solución contraria: **prohibir únicamente** la costumbre **contra legem**.*

*En concordancia con el artículo 8o. citado, el artículo 13 de la ley 153 de 1887, reconoció fuerza de ley, al decir que "constituye derecho", a la costumbre general y conforme con la moral cristiana, "**a falta de legislación positiva**", es decir, a falta de ley creada por el Estado. Se aceptó, pues, la costumbre **praeter legem**. Entre paréntesis, hay que aclarar que se incurre en un error al considerar que la "legislación positiva" o "el derecho positivo" es solamente la ley dictada por el legislador. Si así fuera, las naciones en las cuales predomina el derecho consuetudinario carecerían de derecho positivo, o éste se reduciría a unas cuantas normas. No, el derecho positivo, que es lo mismo que derecho objetivo, es el conjunto de normas vigentes en un pueblo en un determinado momento. Por esta razón, el artículo 13 ha debido referirse a la "falta de legislación dictada por el legislador."*

En consecuencia, a la luz de los artículos 8o. del Código Civil, y 13 de la ley 153 de 1887, la situación de la costumbre es ésta:

*a) Está prohibida la costumbre **contra legem**. Y hoy lo está, además, por el artículo 4o. de la Constitución, pues si hay que presumir que las leyes se ajustan a ella, la costumbre que **contraría una ley**, indirectamente **contraría la Constitución**.*

*b) Quedan la costumbre **praeter legem** y la costumbre **secundum legem**.*

El examen, pues, en relación con el inciso primero del artículo 230 de la Constitución, puede limitarse a estas dos clases de costumbre."

El Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio también tratan el tema de la costumbre:

En primer lugar el Código de Comercio³³, artículos 3º al 7º:

ARTÍCULO 3º. VALIDEZ DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. *La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.*

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

³³ CÓDIGO DE COMERCIO. Edición Conmemorativa 30 Años. LEGIS, Bogotá, 2001, páginas 3-4.

ARTÍCULO 4°. PREFERENCIA DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES. *Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.*

ARTÍCULO 5°. APLICACIÓN DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. *Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles.*

ARTÍCULO 6°. PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. *La costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, éstos deberán ser, por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el artículo 3o.; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.*

ARTÍCULO 7°. APLICACIÓN DE TRATADOS, CONVENCIONES Y COSTUMBRE INTERNACIONALES. *Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.³⁴*

Cuando se trate de probar la costumbre mercantil extranjera e internacional, debe darse aplicación a los artículos 8° y 9° del mismo Código de Comercio, que son del siguiente tenor:

ARTÍCULO 8°. PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL EXTRANJERA. ACREDITACIÓN. *La prueba de la existencia de una costumbre mercantil extranjera, y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o de la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial.*

ARTÍCULO 9°. PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL INTERNACIONAL. ACREDITACIÓN. *La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán mediante copia auténtica, conforme al Código de Procedimiento Civil, de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de la existencia de la respectiva costumbre.*

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil³⁵, dice en sus artículos 189° y 190°:

ARTÍCULO 189. *Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios.*

³⁴ El artículo en comento fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 6 de diciembre de 1972.

³⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Colección Códigos Básicos de LEGIS. 13ª. Edición, LEGIS, Bogotá, 2004, página 193.

ARTÍCULO 190. *La costumbre mercantil nacional invocada por alguna de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes:*

1. *Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia.*
2. *Certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija.*

Hasta ahí las citas del Código.

Estas disposiciones del C.P.C., derogaron la contenida en la Ley 105 de 1931, conocida como Código Judicial, acerca del número de testigos que antes eran siete y hoy se habla de un conjunto de testimonios, lo cual significa que con dos bastaría para relatar los casos por ellos conocidos que den lugar al reconocimiento de la costumbre.

LAS CLASES DE COSTUMBRE:

Para determinar el valor de la costumbre como fuente del derecho constitucional, consideramos que siendo útil la diferenciación entre sus distintas clases de acuerdo con la tradicional tipología romano-canonista: La costumbre *secundum legem* o interpretativa, la costumbre *praeter legem* o supletoria y la costumbre *contra legem* o modificatoria. Igualmente la Corte Constitucional³⁶ colombiana, en Sentencia C-224 de 1994, la cual tuvo como ponente al magistrado Jorge Arango Mejía, hizo una explicación acerca de las clases de costumbre, de acuerdo con la que es generalmente aceptada, la cual tiene su origen en el derecho romano y se basa en la conformidad u oposición entre la ley y la costumbre:

1. La costumbre ***secundum legem o interpretativa***, se funda en una cláusula expresa de la Constitución, a la que precisa o aclara completándola; en cuyo caso, la costumbre, más que como fuente del derecho constitucional, actúa como valioso elemento de aplicación e interpretación; lo que resulta, además de admisible recomendable. La costumbre *secundum legem*, supone siempre la preexistencia de la ley y se ajusta a sus previsiones; según Linares Quintana³⁷, la complementa por la observancia de sus preceptos o por su interpretación si es dudosa. Es el mejor intérprete de las leyes, *optima enim est legem interpres consueludo*. Podría afirmarse que no es derecho consuetudinario sino el derecho escrito convertido en costumbre. Como decían los canonistas, la costumbre *secundum legem* no es propiamente derecho, *non est juris*, sino un hecho, *facti tantum*. Monroy Cabra³⁸ agrega que es el mismo derecho escrito que se ha adaptado a las prácticas sociales.

Sobre ella dice la Corte: “Costumbre ***secundum legem*** es la norma que adquiere su carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella hace la ley. Es el caso de las **reparaciones** locativas, definidas por el artículo 1998 del Código Civil como “las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios”; o de la presunción simplemente legal de hacerse a prueba “la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo”, presunción de que trata el inciso segundo del artículo 1879 del mismo Código.”

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-224 de 1994, M.P., Dr. Jorge Arango Mejía.

³⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 476.

³⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., página 178.

Y agrega en la Conclusión del fallo:

*“Lo dicho hasta ahora permite afirmar que el artículo 13 de la ley 153 de 1887 en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre **praeter legem**, no es contrario a la Constitución.*

*Y con mayor razón puede decirse que la costumbre **secundum legem** se ajusta a la Constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella. Es lo que sucede, por ejemplo, en los artículos 3o. y 9o. del Código de Comercio que ya la Corte Constitucional declaró exequibles en la sentencia C-486, citada. En tratándose de la costumbre **secundum legem**, la propia ley se completa con la costumbre a que se refiere, como si formara un todo con ella.”*

2. La costumbre **praeter legem o supletoria**, que en el caso de silencio u omisión de la Constitución cubre la laguna constitucional, creando nuevas normas supletorias, actúa como real fuente del derecho constitucional. Más claramente se le define como *“la costumbre reguladora de materias para las que no existe régimen legal: la costumbre prevista como supletoria, sólo en defecto de ley aplicable.”*³⁹

En este carácter, y como principio general, dice Linares Quintana⁴⁰, no corresponde ser admitida y agrega:

“Únicamente, como excepción, puede ser aceptada, con serias reservas y las mas estricta prudencia, ante el silencio u omisión de la Constitución y cubriendo la laguna de esta, si las reglas consuetudinarias mantiene lógica y perfecta armonía y concordancia con los principios y normas del sistema constitucional y, además y esencialmente, resultan indispensables para consolidar y hacer mas efectivo el amparo de la libertad y la dignidad del hombre, que es la finalidad suprema de la Constitución y del derecho constitucional. Pero, en manera alguna, puede tener valor jurídico una costumbre praeter legem que extienda la competencia de los órganos del Estado o restrinja los derechos constitucionales de los habitantes, contrariando los grandes propósitos de la Constitución: la garantía de la libertad y la dignidad del hombre y la limitación de los poderes del Estado.”

Monroy Cabra⁴¹ la explica diciendo que esta costumbre es la que *“disciplina relaciones no contempladas en la ley y que llena las lagunas de este. Son normas que no se oponen a las prescripciones del derecho escrito, sino que las completan. Tienen vigencia como fuente paralela a la ley o subsidiaria, con eficacia únicamente cuando la ley permite su aplicación.”*

La Corte Constitucional colombiana dice sobre ella: *“Costumbre **praeter legem** es la relativa a un asunto no contemplado por la ley dictada por el legislador.”*

³⁹ Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II. Editorial Civitas, Madrid, 1995, página 1776.

⁴⁰ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 476.

⁴¹ MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., página 178.

3. Finalmente está la costumbre **contra legem o modificatoria**, la cual, para Monroy Cabra⁴², “es la costumbre que se opone abiertamente a las normas legales. En la antigüedad, y en especial en el derecho canónico, se le dio valor a la costumbre contra legem o práctica abrogatoria, pero siempre que reuniera los elementos de verdadera costumbre y que contara con la anuencia tácita de la autoridad.”

En favor de la validez jurídica de la costumbre *contra legem* o modificatoria, que pretende modificar una norma expresa de la Constitución, con la cual choca, se argumenta que la costumbre es la conciencia de la voluntad nacional y que si la nación es soberana, ella es el poder constituyente supremo. Linares Quintana⁴³ trae a cuento a Maurice Duverger, quien afirmó que poco importa, en el fondo, considerar en el campo de la teoría pura la posibilidad, o la imposibilidad de que la Constitución sea modificada por la costumbre; y recordaba que a un sofista que le pretendía demostrar la imposibilidad del movimiento, Sócrates le respondió poniéndose a caminar. “*bástanos – dice- comprobar que en la práctica es indiscutible la existencia de modificaciones en las constituciones escritas por la vía consuetudinaria. Todos los textos constitucionales han experimentado, luego de su aplicación, transformaciones más o menos profundas... Las costumbres que modifican las constituciones escritas tienen, en principio, el mismo valor jurídico que la Constitución a la que se refieren, por que tienen como fundamento una determinada interpretación de esta Constitución: toda medida interpretativa tiene la misma validez que el texto que interpreta. Normalmente una costumbre modificatoria no puede ser modificada si no por el órgano previsto por la Constitución que modifica o por otra costumbre*”.

En el Derecho moderno, la preferencia de la costumbre sobre la ley es “*señaladísima singularidad de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra.*”⁴⁴

En la Sentencia C-224 de 1994 de la Corte Constitucional, se puede apreciar lo siguiente:

*“Costumbre **contra legem** es la norma contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma, o establezca una solución diferente a la contenida en ella. Los dos casos implican que la ley escrita entra en **desuso**. En Colombia, por expresa disposición del Código Civil, no es aceptable la costumbre **contra legem**. Establece el artículo 8o.: “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”. Además, el artículo 246 de la Constitución que faculta a las “autoridades de los pueblos indígenas” para ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias normas y procedimientos, exige que éstos “no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. E igual exigencia habría que hacer, en virtud del artículo 4o., en el caso de la conformación y reglamentación de los consejos que deben gobernar los territorios indígenas, según el artículo 330.”*

⁴² MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., página 178.

⁴³ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 477.

⁴⁴ Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II. Editorial Civitas, Madrid, 1995, página 1776.

La costumbre *contra legem* o modificatoria plantea el problema de la perversión de la Constitución, a través de la violación reiterada de sus normas que, erigida en práctica sistemática, conduce a la segura destrucción de la ley fundamental.

ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

Los encontramos expuestos por Augusto González Ramírez⁴⁵, para quien una costumbre, para ser considerada regla de Derecho, debe estar constituida por los siguientes elementos:

- Antigüedad
- Generalidad
- Legalidad
- Moralidad
- Obligatoriedad
- Publicidad
- Uniformidad

Los cuales se explican brevemente así:

- Antigüedad. Es la longitud en el tiempo de una práctica, en tal forma, que mientras más prolongado sea el período en que los hechos constitutivos de una práctica se vengán sucediendo, más eficacia jurídica adquiere la costumbre.
- Generalidad. Es decir que el uso de la práctica provenga, si no de la totalidad de los miembros del grupo, por lo menos de su mayor parte. Mientras mayor sea el número de personas que observen una determinada práctica, mayor fuerza normativa adquiere ésta.
- Legalidad. Significa que la costumbre contraria a la norma escrita (*contra legem*) no tiene ninguna autoridad. Solamente en caso de ausencia de una ley escrita se aplica preferentemente la costumbre (*praeter legem*).
- Moralidad. La costumbre debe ser conforme con la moral imperante en el medio social. En Colombia es la moral cristiana.
- Obligatoriedad. Los individuos deben tener conciencia de que los mandatos contenidos en determinado uso son de obligatorio cumplimiento.
- Publicidad. Hace referencia a que las prácticas que pueden configurar una costumbre deben ser públicas y notorias, y no de uso clandestino y secreto.
- Uniformidad. Se refiere a que el uso de una práctica debe ser de manera igual aunque no idéntica por parte de los miembros del grupo social. Es decir, que los hechos que informan la costumbre, aunque no sean exactamente iguales, sí sigan un mismo patrón.

En el caso colombiano, por ejemplo, para la costumbre mercantil, definida “*como un conjunto de usos o prácticas que realizan los comerciantes y que cumplen con los requisitos exigidos*”

⁴⁵ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. *Introducción al Derecho*. 7ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000, páginas 86 - 88.

por el Código de Comercio para adquirir tal denominación”⁴⁶, los elementos que la conforman son:

- Conforme al derecho
- Materia mercantil
- Obligatoriedad
- Publicidad
- Reiteración
- Uniformidad
- Vigencia

Las cuales también poseen su propia explicación:

- Conforme al derecho. La costumbre no podrá en ningún caso ser contraria a la ley.
- Materia mercantil. La costumbre debe referirse a prácticas comerciales.
- Obligatoriedad. La costumbre mercantil debe considerarse obligatoria por quienes la practican.
- Publicidad. La costumbre mercantil debe ser conocida ampliamente por las personas que la practican.
- Reiteración. La práctica o uso debe repetirse por un cierto tiempo, es decir, debe ser constante y no simplemente transitoria o esporádica.
- Uniformidad. Los hechos que constituyen costumbre deben ser ejecutados de igual manera por el sector económico o grupo que realiza la práctica.
- Vigencia. La costumbre mercantil se debe estar practicando en la actualidad.

Hasta aquí los elementos.

CONCEPTO DE DIVERSOS TRATADISTAS COLOMBIANOS:

El padre Mario Valenzuela, S.J.⁴⁷, escribió y publicó en la ciudad de Pasto en el año 1895 su libro “*Notas Jurídico Teológicas según el Derecho Colombiano*”, donde se refirió así al poder de la costumbre:

“Poder de la costumbre.

438. *Conforme a los derechos canónico y romano la costumbre prevalece a veces contra la ley, con tal que, entre otras condiciones, tenga el consentimiento expreso, tácito, ó á lo menos jurídico del legislador. Cuando éste es un congreso o parlamento no hay lugar al consentimiento tácito, y del expreso no tenemos por qué tratar, pues no deja ocasión á dudas.*

⁴⁶ <http://camara.ccb.org.co/documentos/> consultada octubre 4 de 2006.

⁴⁷ VALENZUELA, Mario, S.J. *Notas Jurídico Teológicas según el Derecho Colombiano*. Imprenta de la Diócesis de Pasto, Pasto, 1895.

Por lo que hace al jurídico, los teólogos de Clairmont (De Legibus. n. 119) hacen notar que jamás lo hay en Francia, por que expresamente el Código niega la fuerza de la costumbre.

La ley colombiana (153 de 1887, art. 14), establece que “la costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, á falta de legislación positiva”; disposición que aunque da á la costumbre eficacia para constituir leyes, se la niega implícitamente para derogarlas, ni tampoco se la conceden otros artículos de nuestros Códigos cuando á ella se refieren.

Con todo eso puede llegar el caso de que la costumbre contraria destruya la obligación, no por el poder (digámoslo así) legislativo de la costumbre misma, sino por que la ley venga á ser injusta ó absolutamente inútil. A más de esto, en algunos casos en que la inmensa mayoría no guarda la ley, y esto por largo tiempo, un particular que en otras circunstancias la observaría, puede prudentemente exigir que uno solo lleve la carga. (Véase Ballerini, De Legibus, n.97).

El derecho canónico llama á la costumbre optima legum interpres, y si otras legislaciones no le conceden ese valor en cuanto á la interpretación auténtica, no se lo pueden negar en cuanto á la doctrinal, porque éste le viene de la naturaleza de la sociedad humana.”

Veamos el concepto de otros tratadistas colombianos:

Don Fernando Vélez⁴⁸, de manera muy resumida ha dicho que “A falta de ley se ha ocurrido a la costumbre para decidir las controversias judiciales...”

Y agrega:

“En conformidad con el artículo 13 de la Ley 153, la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva.

En vez de esta regla general, parece preferible la del Código chileno (art. 2º) que fue la misma de los Códigos de los antiguos Estados colombianos, consistente en establecer que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Por otra parte, la aceptación de la regla chilena quedaría de acuerdo con los artículos del Código en que manda observar la costumbre tales como el 1246, el 1256, el 1621 y el 2002.

Ahora bien, como la costumbre, según el artículo que comentamos, constituye derecho en tanto que sea general y conforme con la moral cristiana, será necesario, en los casos especiales en que la ley se refiere a la costumbre, acreditar que ésta tiene las condiciones que el presente artículo requiere.”

⁴⁸ VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano. Tomo Primero*. Imprenta París-América, París, 1926, páginas 23 – 24.

Por su parte, don Eduardo Rodríguez Piñeres⁴⁹ expresó que

“en el derecho antiguo, para llenar los vacíos de la ley, se le daba fuerza de tal a la costumbre, cuando llenaba ciertas condiciones de tiempo ‘sabiéndolo el señor de la tierra, e non lo contradiciendo o teniéndolo por bien’, y siempre que el uso fuese ‘con derecha razón et non contra ley de Dios, nin contra señorío, nin contra derecho natural, nin contra precomunal de toda la tierra de lograr do se face’. Según esto, la costumbre tenía efecto no sólo cuando no había ley en contrario, sino cuando evadía o interpretaba leyes contrarias a aquella.

(...)

La prescripción preinserta ha de entenderse en el sentido de que la fuerza legal de la costumbre se refiere no sólo al caso de la ausencia de reglas de derecho positivamente expedidas por el legislador, sino a las sacadas por inducción de las normas particulares establecidas por él, pues aun cuando aquellas deducciones no se hallen formuladas de una manera expresa, no por eso dejan de existir y de hacer parte del derecho positivo.”

Don J.J. Gómez⁵⁰, explicando los elementos subjetivo y objetivo de la costumbre, dice de ella que

“es fuente de Derecho Positivo. La costumbre tiene el mismo alcance y el mismo imperio de la Ley, cuando no hay norma escrita aplicable. El Derecho en su acepción más práctica comprende los derechos subjetivos de los asociados; luego la costumbre, fuente de Derecho Positivo, no puede existir sino en el terreno de los derechos y las obligaciones, no en el de la beneficencia, amistad o lazos domésticos. De aquí que para que el acto sea clasificable como uso jurídico, fundamento de costumbre, es menester que sea ejecutado con la convicción de que se ejerce un derecho, como tal sancionado por el poder público. En el campo de la caridad, generosidad, prodigalidad o amistad, no pueden darse usos jurídicos generadores de costumbres. Pero de aquí a sostener que la convicción de que se ejerce un derecho, sea esencial en el acto para que haga costumbre, hay gran distancia.”

Carlos Alberto Olano Valderrama⁵¹, se refiere así a la Costumbre:

“8. La costumbre. La costumbre constituye fuente autónoma de derecho objetivo, reconocido principalmente en las legislaciones del mundo occidental, a condición de que no contraríe lo preceptuado en la ley.

En la costumbre, como fuente de derecho, concurren dos elementos: uno material y otro psicológico. El material está constituido por la repetición constante de cierto comportamiento externo en una determinada área territorial; y el psicológico, por el

⁴⁹ RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Derecho Civil Colombiano. Tomo Primero*. 3ª edición corregida. Biblioteca Jurídica Díke, Bogotá, 1990, página 51.

⁵⁰ GÓMEZ, J.J. *Derecho Civil, Tomo I*. Mimeo., s.f., páginas 129-140.

⁵¹ OLANO VALDERRAMA, Carlos Alberto. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. 2ª edición. Editorial Temis, Bogotá, 1987, página 244.

convencimiento de que es necesario ejecutar los actos ordenados mediante la costumbre, como si se tratara de cumplir algo dispuesto positivamente en la ley. Considerada en la órbita de su eficacia normativa, la costumbre se estima como una fuente de comunicación en cuanto es el producto de una confluencia espontánea de actitudes tendentes a ordenar ciertas relaciones entre los miembros de un mismo grupo social. En el campo constitucional la costumbre presenta mayor elasticidad que en otros campos, dada la naturaleza de relaciones que dicha rama del derecho público está llamada a regular. Gran Bretaña es el país donde la costumbre ostenta mayor relieve como fuente de derecho, como ocurre, verbigracia, en la práctica constante de que sea llamado a ocupar el cargo de primer ministro el jefe del partido político que obtenga la victoria en las elecciones generales. ”

Sobre ese punto, anecdótico por demás, podemos incluir otro que señala Jorge Carpizo en el Diccionario de Derecho Constitucional⁵²:

“Incluso en sistemas jurídicos donde la costumbre juega un papel relevante su valor es relativo en el aspecto constitucional. Recordemos únicamente que en Estados Unidos de América, a partir de Washington, un presidente de la República sólo se reelegía una vez. Esta costumbre duró hasta que Franklin D. Roosevelt decidió reelegirse en tres ocasiones, aunque ello ocasionó, años después, una reforma para que la Constitución recogiera aquella costumbre constitucional.”

LA COSTUMBRE PARA DIVERSOS TRATADISTAS EXTRANJEROS:

A nivel internacional, el estudio más completo con la recopilación de diferentes posturas sobre lo que es la costumbre, lo encontramos en la obra del profesor Segundo V. Linares Quintana “*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*”⁵³, donde podemos apreciar que la costumbre es derecho no escrito, pero también es algo más. Como señala Gény, sería demasiado elemental comprender bajo el nombre de derecho consuetudinario toda formación de reglas jurídicas realizada fuera de la ley escrita, como suele hacerse con frecuencia. Semejante definición, negativa y vaga, haría entrar confundidos en el derecho consuetudinario a la práctica extrajudicial, la autoridad de la doctrina, la jurisprudencia y hasta las mil circunstancias de la vida social susceptibles de ilustrar la investigación libre de la ciencia y dirigir a ésta en la búsqueda de nuevas soluciones. Mas no puede servir para caracterizar específicamente esta fuente formal sui generis que aparece en los orígenes del derecho, precede a la ley escrita y subsiste después a su lado para traducir las aspiraciones de la conciencia popular, sentir profundamente las exigencias de la vida jurídica, y hallar, en una especie de instinto superior, el medio de satisfacerla.

Así pues, la costumbre es la observancia general, constante y uniforme de un determinado comportamiento por los integrantes de una comunidad social, con la convicción de que

⁵² CARPIZO, Jorge. En: *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, página 115.

⁵³ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2ª edición. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1977. Tomo 2, páginas 453 a 482.

responde a una necesidad jurídica y por ende es jurídicamente obligatorio. En el ámbito del derecho constitucional, la costumbre se refiere sustancialmente a las conductas de los funcionarios públicos que ejercen el poder político como titulares de los órganos básicos del Estado.

Para Francisco Géný,

“preséntase la costumbre como un hecho, o más bien un conjunto de hechos, reveladores de un sentimiento jurídico. La formación de un derecho consuetudinario supone primeramente el que por una serie bastante de hechos repetidos, se haya establecido una práctica constante respecto a una relación de la vida social. Es éste el elemento de hecho que sirve a la costumbre de sustrato necesario; pero no basta con una relación consagrada por el uso se erija en relación jurídica positiva; es necesario, además, que la práctica que la motiva la constituya con un carácter de necesidad – opinio necessitatis-, de modo que la imponga, en caso necesario, en virtud de una regla dotada de sanción pública; únicamente así revelará esta práctica un sentimiento jurídico.”

Hace notar Carlos Sánchez Viamonte⁵⁴ que las primeras leyes escritas conocidas presentan cierto carácter orgánico. Se les ha denominado también códigos. Con ellas se intentaba reunir en un solo cuerpo todas o casi todas las reglas, servían para regir la conducta de los individuos en sociedad y dar solución a los problemas suscitados por la conveniencia. También solían contener prohibiciones que alcanzaban a los propios reyes, destinadas a limitar sus facultades y a encauzar sus acciones.

Sánchez Viamonte⁵⁵ especifica que

“cuando se trata del derecho público, la costumbre es impuesta por la ley, proveniente del gobierno como titular del estado. En los sistemas autocráticos, la costumbre se manifiesta como voluntad social que pugna por atenuar el rigor de una nominación injusta sin poder expresarse como opinión pública, pero asumiendo forma de resistencia o rebeldía contra ese derecho público. Bajo los gobiernos republicanos democráticos, la situación se presenta a la inversa: gran parte del derecho público positivo contiene aspiraciones populares hacia la libertad y la justicia, y la costumbre se presenta en forma de procedimientos mediante los cuales se burlan las promesas que el derecho público positivo contiene, o se anulan sus beneficios o se los retacea. “Bajo los gobiernos monárquicos absolutos –dice el autor mencionado- estaba trabada la lucha entre la voluntad social y el derecho público positivo autocrático, en de avances o conquistas progresivas de la libertad y de la justicia que van asumiendo forma de costumbre. En los gobiernos republicanos democráticos, logradas ya esas conquistas como instituciones jurídico políticas e incorporadas al derecho público positivo, las clases económicamente privilegiadas y la burocracia -como también los gobiernos demagógicos, agregamos nosotros- tratan de anular en la práctica el

⁵⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 454.

⁵⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 455.

progreso institucional obtenido, de tal manera que adopta la forma de costumbre la constante violación de las normas éticas y de los preceptos institucionales relativos a la libertad personal o política y que el derecho político positivo ha consagrado-por ejemplo, el fraude electoral y la violencia gubernativa-, y también las aspiraciones con que se reacciona contra esa costumbre para rectificarla. Todo eso sin perjuicio de concretarse como aspiraciones jurídico políticas algunos aspectos de la inquietud social que acompañan a las transformaciones de carácter económico, como ha sucedido, por ejemplo, con el derecho de propiedad y con el derecho del trabajo.”

El colombiano Monroy Cabra⁵⁶, cita a su vez tres definiciones, la de Aftalión, según la cual “*la costumbre jurídica es la repetición de conducta en interferencia intersubjetiva*”; la de Abelardo Torrè, “*es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes*”, y la de Du Pasquier, quien dice que “*la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; el el derecho nacido consuetudinariamente, el ius moribus constitutum.*”

Para Adolfo Posada⁵⁷, la costumbre es “*el hacer jurídico espontáneo del pueblo como un todo, realizado bajo el influjo de las necesidades inaplazables de la vida; hacer, indeterminado en su origen, en su proceso, y, sobre todo, en cuanto al instante en que adquiere la fuerza de decisión eficaz o de norma respetada. En cambio, la ley es la expresión circunstancial de un hacer reflexivo, específicamente funcional, que se produce con técnica y se concreta en formulas definidas y solemnes, ciertas y visibles, obra de autoridad constituida. Estima el ilustre iuspublicista español que la teoría especial de la costumbre en el derecho constitucional debe formularse sobre tres bases esenciales: a) reconocimiento de la costumbre como fuente general del derecho del pueblo; b) considerando encada derecho publico la acción efectiva y eficaz de la costumbre ; c) teniendo en cuenta las condiciones generales del derecho político moderno, en el cual queda siempre amplio campo para la acción espontánea e indeterminada del espíritu general, bajo el influjo de los movimientos de la opinión publica, medio adecuado para la generación de normas, sin elaboración expresa y solemne.*”

La juridización de la costumbre tiene lugar a través de un proceso lento uniforme, que Giancarlo Ospitali⁵⁸ ha descrito con acierto. “*Por costumbre –dice- debe entenderse la repetición general, constante y uniforme d determinados comportamientos, con el convencimiento de que son jurídicamente necesarios, o sea, que responden a una obligación jurídica. La costumbre o uso (este autor no distingue entre una y otro) se inicia con un acto espontáneo; acto que es justo y honesto y cuya, observancia no se extiende siempre en forma espontánea. Poco a poco, todos son inducidos s proseguir la aplicación de una norma nacida espontáneamente; todos proceden así y el uso se generaliza, entra en la conciencia general, se hace constante. Obtenido lentamente este carácter de constancia, de generalidad, de uniformidad, lo que en un principio se podía hacer o no hacer, ahora se debe hacer o se debe hacer; es decir de un determinado modo, a ahora se ha convertido en una norma jurídica.*”

⁵⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., página 175.

⁵⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 456.

⁵⁸ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 457.

La costumbre es “*una repetición constante en el seno de una comunidad social de ciertos comportamientos determinados, repetición acompañada de la posesión o del sentido de la necesidad de esta repetición hasta el punto de que otros súbditos podrán exigirla por la fuerza en caso de trasgresión*”, como lo define Jorge del Vecchio.

Para Du Pasquier, es “*un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el jus moribus constitutum.*”

Mientras que para Bonnacase, la costumbre “*es una regla de derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno de orden material, no es una cosa distinta a la práctica por medio de la cual se resuelve en una época dada, fuera de la ley, una dificultad jurídica determinada; otro de orden psicológico es la convicción que tienen aquellos que han recurrido a esta práctica o que están sometidos a ella, sobre su fuerza obligatoria.*”

A lo cual agrega Ángel Latorre⁵⁹ lo siguiente: “*llamamos costumbre a la forma de conducta nacida en la práctica social y considerada como obligatoria por la comunidad. Su núcleo originario es un uso o práctica social, pero se diferencia de los usos sociales, en general, en que la comunidad lo estima obligatorio para todos, de forma que su violación acarrea una responsabilidad de tipo jurídico y no meramente una reprobación social.*”

Y, el jurista Alzate Noreña⁶⁰ manifiesta que “*la costumbre general de derecho es la norma o regla jurídica establecida por la sociedad sin la intervención del Poder Legislativo, y que está en vigencia por su continuado ejercicio dentro de la parte de la sociedad donde existe. Un hecho, pues, se hace costumbre por la repetición continuada y consciente, por el uso que es el que consagra ese hecho y le da fuerza de ley.*”

Al decir de Paolo Biscaretti di Ruffia⁶¹,

“la costumbre, según la opinión mas defendida, es una fuente de derecho que se concreta en la constante uní formalidad de un modo dado de obrar o no obrar, acompañada por la convicción que tal comportamiento sea jurídicamente obligatorio. Dos elementos resultan, por tanto, fundamentales para su existencia: uno material el usus, constituido por el simple repetirse en el tiempo de una determinada actitud elemento que tomado aisladamente, produciría solo un mero uso de hecho, y el otro, más propiamente psicológico –la opinio juris et nesessitatis-, a cuya formación colaboran variadísimos factores.”

Dentro del área del derecho constitucional –que es el que particularmente me interesa-, existen dos secciones claramente diferenciables: aquel que afecta a la organización del poder y aquel que regula la relación del Estado con los habitantes. En este último caso, son los tribunales

⁵⁹ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. *Introducción al Derecho*. Op. Cit., página 85.

⁶⁰ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. *Introducción al Derecho*. Op. Cit., página 86.

⁶¹ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 458.

judiciales los que interpretan la costumbre, reconociendo o no su vigencia; a cuyo efecto, deben cumplirse los mismos requisitos que en el derecho privado se exige a la costumbre, es decir: existencia de hecho, legalidad, antigüedad, continuidad, goce pacífico, fuerza obligatoria, certeza, consistencia y racionabilidad, de acuerdo con la enumeración de características que hace Sánchez Agesta citado por Linares Quintana⁶².

Precisamente Vladimiro Naranjo Mesa⁶³, dijo que los usos nacidos de la vida política en el interior del Estado es lo que comúnmente se califica como costumbre constitucional, y expresa que ésta es diferente de la costumbre consuetudinaria, *“puesto que esta resulta de tradiciones a las cuales no se opone ningún texto escrito anterior, en tanto que aquella surge dentro de un Estado regido por una Constitución escrita. Lo que sucede es que el desenvolvimiento de la vida política en estos casos, hace aparecer lo que hay de artificial en la Constitución dogmática, e introduce entonces usos y prácticas que a veces la complementan y en otras la deforman o contradicen. Como ejemplos de aplicación de la costumbre constitucional, podrían citarse la institución del presidente del Consejo, durante la III República francesa, la cual se impuso por la práctica mucho antes de ser consagrada en la Constitución; igualmente en Francia, el papel atribuido al jefe del Estado bajo la V República, que contradice la disposición de la Constitución de 1958 que confía al gobierno la conducción política de la Nación, o el uso introducido por los presidentes de los Estados Unidos, con muy raras excepciones, durante largo tiempo, de no postularse sino para una sola reelección.”*

Y agrega: *“La solución según la cual la costumbre no tiene valor ninguno cuando contradice textos constitucionales es también la adoptada por el constituyente colombiano; ella está implícita en los artículos 374 y siguientes de la Constitución Política, que establecen los sistemas de reforma de la Carta Fundamental.”*

Los hermanos Mazeaud⁶⁴, han expresado que

“La costumbre es una regla que emana directamente del pueblo, general y permanente, y que está reconocida como obligatoria por la autoridad... Por la formación lenta y no deliberada es por lo que la costumbre se distingue de la ley; la costumbre es un uso que no se convierte en regla de derecho más que generalizándose poco a poco, y porque el ambiente social, la conciencia popular, llegan a considerarla como obligatoria.

De esa formación de la costumbre proceden sus cualidades y sus defectos. Por formarse lentamente, al no alcanzar la jerarquía de costumbre sino por elección inconsciente, pero repetida sin cesar por la sociedad, el uso corresponde exactamente a las ideas morales, a las necesidades económicas y sociales del grupo; es moldeado estrechamente por ellas; con ellas evoluciona sin cesar. Por el contrario, la ley se

⁶² LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 462.

⁶³ NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 8ª. Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 2000, páginas 330 a 332.

⁶⁴ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1976, páginas 135 – 136.

adapta a veces mal a las necesidades; en todo caso, se encuentra estancada; no evoluciona.

Pero los defectos de la costumbre son considerables; su elasticidad, su maleabilidad, la tornan imprecisa, difícil de captar en su extensión así como en su sanción. No cumple pues una de las misiones de la regla de derecho, que consiste en garantizar la seguridad. Creada por la voluntad popular, solamente es conocida por los iniciados, por los especialistas, en cuyas manos el derecho es materia esotérica y que, en tales condiciones, se arrojan fácilmente el poder de crear la regla de derecho so pretexto de revelarla. Es notable que la voluntad popular se haya rebelado contra la costumbre, en razón de sus defectos. La plebe romana pidió la redacción de las costumbres, fuente de casi todas las reglas del antiguo derecho francés. Esa redacción de las costumbres no ha transformado, pese a todo, las reglas consuetudinarias en reglas legales; aunque puestas por escrito, no eran sin embargo la obra del legislador. Las ventajas de la ley son tales, que, en la mayoría de las civilizaciones, el ámbito de la costumbre se ha reducido en provecho de las reglas legales. Incluso en los países anglosajones, donde la costumbre es todavía la fuente principal del derecho privado, el legislador se ve constreñido a intervenir, y lo realiza con mayor frecuencia cada vez.”

Ripert y Boulanger⁶⁵, agregan algunos otros aportes acerca de la costumbre, al decir que

“El derecho consuetudinario, es aquel que, no habiendo sido objeto de promulgación legislativa, se compone de reglas tradicionales, establecidas poco a poco con el tiempo, y muy frecuentemente difíciles de conocer. Antes de la redacción oficial de las costumbres en Francia, el derecho no constaba en ningún texto oficial. No podía ser conocido más que por la práctica judicial, por la experiencia adquirida en una larga carrera de procurador o abogado, y no podía ser estudiado más que en las obras puramente privadas, sin valor legal.

Más tarde, las costumbres fueron redactadas, pero esta redacción no cambió el carácter de esta regla de derecho. La autoridad pública no intervino sino para fijar las costumbres con un texto escrito; no transformó la costumbre en ley. Comprobó la fuerza de la costumbre, pero no pretendió imponerla.

(...)

La costumbre es, en las sociedades poco avanzadas, la principal fuente del derecho. Lo es igualmente en las sociedades donde el poder político cae en decadencia. El derecho consuetudinario tiene por ventaja principal el estar siempre conforme a la evolución de las costumbres. Puede modificarse poco a poco para plegarse a las nuevas necesidades de la práctica.

Pero, tiene por otra parte el grave inconveniente de carecer de certeza y de unidad. Es difícil de conocer y a menudo oscuro, no habiendo sido formulado claramente por una autoridad pública. Es variable según los tiempos y los lugares y a menudo contradictorio. Estos inconvenientes exceden con mucho las ventajas.”

⁶⁵ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1956, página 180.

Igualmente ha expresado su parecer Doménico Barbero⁶⁶, para quien la costumbre puede comenzar por un primer acto espontáneo.

“Esta espontaneidad revela en general, más que toda imposición, la importancia social del acto y el valor de justicia que en el caso reviste. Por ejemplo: se quiere poner fin a una relación de locación que se renueva de año en año salvo desacuerdo de una de las partes; si quien piensa desvincularse de ella esperase al último momento para manifestar a la otra parte su voluntad, la pondría directamente en la necesidad de hacer frente a las consecuencias de un final imprevisto de la relación y en la imposibilidad, a menudo, de salir del paso, sin que durante algún tiempo experimentara un daño; ocurre así que, al fin de obviar ese daño, dos personas comienzan a establecer la obligación de un previo aviso; la cosa parece honesta y la práctica se difunde, se extiende su aplicación –siempre espontáneamente-, se torna general en cuanto todos llegan a hacer lo mismo, se repite constantemente en cuanto siempre lo hacen así, y en cada caso el previo aviso consiste en comunicar la propia voluntad con un mes de anticipación al vencimiento del plazo (uniformidad). He ahí creada la costumbre.

Cuando la práctica, el uso, ha logrado estos caracteres, de generalidad, constancia y uniformidad, lo que antes se hacía espontáneamente, viene a resultar luego obligatorio, lo que antes se podía hacer (y, por tanto, también dejar de hacer), en adelante se debe hacer.

Antes era una facultad, ahora es una norma: norma jurídica.”

Por otro lado, Maurice Hauriou⁶⁷ señala en cuanto a las costumbres constitucionales, que éstas son particulares y no generales. no llegan a ser generales porque se circunscriben al ámbito de la competencia de los funcionarios públicos titulares de los poderes gubernamentales, o sea, dentro del campo del funcionamiento de las instituciones del Estado – que no están abiertas por completo al gran público – no pueden ser practicadas por éste, ni beneficiarse, por lo tanto, del *usus communis*. Del carácter de especialidad o particularidad de las costumbres constitucionales, resultan las siguientes consecuencias:

- No son aplicables por el juez, porque los tribunales solo aplican de oficio las reglas que tiene la generalidad de la ley y que se reputan consagradas por el *usus communis*. Aun en los países consuetudinarios como Inglaterra, los tribunales no aplican más que la costumbre general, *common law*, y no las costumbres particulares.
- Las costumbres constitucionales son, sin embargo, reglas de derecho. si no son sancionadas por el juez, lo están, en cambio y muy estrictamente, por la coacción de la opinión de los círculos competentes hay que referirla al derecho de legítima defensa de cada uno de los interesados en el juego político; cada cual defiende sus propias prerrogativas y su propia suerte; las defiende incluso amenazando con la represalia, y hasta mediante una lucha política brutal puesta al servicio del propio derecho.

⁶⁶ BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo I. Editorial Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1967, páginas 93 – 94.

⁶⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 463.

Adolfo Posada⁶⁸ entiende que histórica y prácticamente considerado el problema de la costumbre en el derecho constitucional, la tendencia general resueltamente se inclina a reconocer que el derecho constitucional se produce bajo las formas de la ley escrita y según usos, costumbres y convenciones, condensándose las constituciones en leyes de estructura sistemática, codificada, obra de reflexión y arte, o en leyes especiales, a la vez que en usos, costumbres y convenciones que permiten una flexible adaptación, a las más variadas condiciones, de principios y fórmulas legalmente rígidas y construidas.

Mientras que Hans Kelsen⁶⁹ establece que solamente la costumbre ha de ser considerada como un hecho creador de derecho si la Constitución instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica, al lado de la legislación. La costumbre tiene que ser, como la legislación, una institución constitucional. Ello puede establecerse expresamente por la Constitución, lo mismo que la relación entre el derecho legislado y el consuetudinario. Pero la Constitución misma puede ser, en su totalidad o en parte, Constitución no escrita, derecho consuetudinario. En tal supuesto admite Kelsen que la costumbre sea un hecho creador de derecho. Si un orden jurídico tiene una Constitución escrita que no instituye la costumbre como procedimiento de creación jurídica y, sin embargo, el orden jurídico contiene reglas de derecho consuetudinario al lado del escrito, entonces, además de las normas de la Constitución escrita, tendrá que haber normas constitucionales no escritas, es decir, normas consuetudinarias establecidas, de acuerdo con las cuales los preceptos generales obligatorios para los órganos encargados de aplicar el derecho, pueden ser creados por medio de la costumbre. La ley regula su propia creación y el derecho consuetudinario hace lo propio.

Agrega Martín Alonso Pinzón⁷⁰ que “*Kelsen, enseña que entre los hechos creadores de la costumbre, entra también la actividad científica y consultiva de los teóricos del derecho internacional, las opiniones de los jurisconsultos reconocidos, contribuyen muy eficazmente a la creación del derecho internacional consuetudinario. No son, sin embargo, los representantes de la ciencia jurídica internacional, quienes deciden si una regla del derecho internacional ha nacido por costumbre, sino que las instancias establecidas por el derecho internacional lo deciden por sí mismas.*”

Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becu⁷¹, añaden que

“el fundamento de la obligatoriedad del derecho consuetudinario deriva de la reunión de los elementos objetivo y subjetivo. En efecto, la repetición constante de un uso de naturaleza jurídica exterioriza la existencia de una voluntad colectiva, inclinada a regular en cierto modo las relaciones humanas. Esa voluntad se ejercita conscientemente, dejándose guiar por la razón, la cual le indica la justicia o conveniencia de ese modo de obrar. Por lo cual podemos afirmar que la autoridad de la costumbre deriva o proviene de la existencia de esa voluntad general regulada por

⁶⁸ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 466.

⁶⁹ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 467.

⁷⁰ PINZÓN, Martín Alonso, Op. Cit., página 60.

⁷¹ MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo. *Introducción al Derecho*. 10ª edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, página 225.

la razón, en cuanto impone formas de vida o prácticas colectivas adecuadas a la justicia y al bien común.”

Señala Luis Sánchez Agesta⁷² que, paralelamente al derecho constitucional en sentido estricto, existen *usos y prácticas*, que no tienen un carácter jurídico, aunque deban ser consideradas como elementos integrantes del orden constitucional. La reiteración de prácticas, en derecho público, no sólo es fuente del derecho consuetudinario, sino más ampliamente fuente del orden constitucional. Por esta misma vía, repetición de actos, aparecen justamente el derecho consuetudinario y los usos constitucionales; con lo que se suscita el problema de diferenciar cuales usos y prácticas han madurado, como derecho consuetudinario y cuales quedan como meros usos y practicas sin valor jurídico. Uno de los criterios más aceptables estima como efectivo derecho constitucional aquellas prácticas que contienen en sí y desenvuelven principios políticos que determinan la estructura del orden constitucional. Así por ejemplo el sistema de gabinete inglés, ya citado.

Cabe observar que en los Estados Unidos país regido por una constitución escrita rígida, pero con una profunda influencia del sistema de derecho consuetudinario inglés, las costumbres y usos constitucionales desempeñan una función de singular importancia en el desenvolvimiento del derecho constitucional.

“Nuestra constitución -señala el autor norteamericano Johnson- es un instrumento viviente adaptable a las necesidades de generaciones sucesivas, no solamente por los actos específicos de aquellos encargados de la responsabilidad del gobierno, sino también por el juego de fuerzas económicas y sociales, la marcha del tiempo, y aún por accidentes. El gabinete del presidente no mencionado en la Constitución y casi un accidente en su origen es un producto de los años. La Constitución da al presidente el poder, por y con el consejo y consentimiento del Senado para nombrar diversos funcionarios, pero, como hemos aprendido en el tiempo debido, las practicas políticas han evidenciado casi tantas interpretaciones distintas de este poder como cargos a ser provistos. La constitución excepto en su disposición sobre el juicio político, no hace mención de los métodos por los cuales los funcionarios de mala conducta pueden ser removidos del cargo. Dicho procedimiento ha sido encarado por la vía de trial and error y recién ahora puede decirse que la Suprema Corte ha dado aproximadamente la palabra final sobre el punto. La fuerza del precedente se evidencio bien por la oposición en muchos sectores a un tercer término del presidente Franklin D. Roosevelt”, (caso ya citado aquí). En conclusión Johnson opina que “el uso ha modelado nuestro sistema constitucional difícilmente menos que las leyes del Congreso y las decisiones judiciales; y, además que las palabras de la Constitución escrita pueden no prevalecer contra la tradición, el tiempo y la costumbre.”

De ahí que la palabra costumbre, como señala con acierto Julián Laferrière⁷³, no debe ser empleada sino en el sentido preciso que comporta en la enumeración de las fuentes del derecho, es decir en las hipótesis en la que la repetición de los precedentes ha dado nacimiento

⁷² LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 470.

⁷³ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. Cit., página 473.

a una regla jurídicamente obligatoria y cuyo desconocimiento construiría una violación del derecho existente. Bajo pena de confusión no debería ser empleada, como lo hace el lenguaje usual cuando se encuentra en presencia de simple practicas políticas, es decir de usos o hábitos consistentes en utilizar exclusivamente una entre diversas soluciones que la constitución admite con relación a una materia determinada. Puede ocurrir, en efecto, que la regla establecida por un texto constitucional consista simplemente en conferir a una autoridad un poder determinado, dejándole la latitud de utilizarlo o no, conforme a consideraciones de oportunidad que deja a su apreciación.

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL:

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba⁷⁴, *“es el derecho internacional eminentemente consuetudinario en sus orígenes. Su cumplimiento está impuesto por repeticiones de actos que están acompañados del sentimiento de obligatoriedad.”*

El colombiano, residente en Chile Martín Alonso Pinzón⁷⁵, citando a Hugo Llanos, sostiene que *“cualquier Tratado se aplicará de preferencia sobre una costumbre, la que será supletoria de aquél, y la costumbre preferirá a los principios generales del derecho”*. Esto concuerda con lo que rige en el derecho privado interno para la costumbre, la cual como fuente del derecho padeció mengua a raíz del movimiento codificador. Agrega Pinzón que

“La costumbre conservó su valor en el derecho comercial, disminuyó su importancia en el civil y carece de valor en materia penal. En materias internacionales, el derecho consuetudinario mantiene su importancia, pero cede el lugar ante la Ley o derecho contenido en los Tratados internacionales. En el derecho civil colombiano, por ejemplo, la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. A falta de derecho positivo, la costumbre es derecho supletorio. Este principio rige en la legislación civil de los países latinoamericanos.”

Y más adelante⁷⁶ señala lo siguiente:

“El artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. El tratadista Pastor Ridruejo comenta en los siguientes términos la definición de costumbre internacional inserta en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ: Encontramos en dicha definición la distinción entre los dos elementos fundamentales de la costumbre: el elemento material o uso constante y uniforme, de una parte, y el elemento espiritual u opinio iuris, o convicción de la obligatoriedad jurídica de la práctica, por otra parte. Como ha dicho el Tribunal de La Haya en la tesis de identificar las reglas consuetudinarias aplicables a una controversia: es bien evidente

⁷⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982, página 19.

⁷⁵ PINZÓN, Martín Alonso. *Doctrinas Internacionales Americanas (en su marco histórico cultural)*. Ediciones RIL, Santiago de Chile, 1998, páginas 35-36.

⁷⁶ PINZÓN, Martín Alonso. Op. Cit., páginas 59-60.

que la sustancia del Derecho Internacional consuetudinario debe ser buscada en primer lugar en la práctica efectiva y en la opinio iuris de los Estados.”

Uno de nuestros ilustres académicos, el doctor Enrique Gaviria Liévano⁷⁷, en el capítulo sobre “*Las Fuentes del Derecho Internacional*”, ha dedicado en su libro “*Derecho Internacional Público*”, un numeral completísimo a la costumbre, de donde extrajimos estos apartes:

“...la costumbre ha sido el origen de muchas de las instituciones internacionales actuales. Las normas de derecho marítimo nacieron de las costumbres recopiladas en los famosos Roles de Olerón del siglo XII y del Consulado del Mar de Barcelona del siglo XIV; el derecho consular y diplomático apareció también de las prácticas y costumbres observadas entre los Estados; lo propio cabe decir del derecho de guerra y de muchas otras normas jurídicas que después han pasado al derecho escrito.

En general, la costumbre expresa la manera de ser, pensar, obrar o vivir uniforme o contante de un aglomerado humano. Por ello cada pueblo, cada nación, cada provincia o ciudad tiene sus costumbres. Es decir, una manera peculiar de vivir de sus habitantes, diferente de las costumbres de los demás pueblos y naciones.

(...)

Para que la costumbre tenga valor como norma jurídica debe ser general. Ella no puede sustraerse a ese carácter de toda norma jurídica. Pero su generalidad, a diferencia de la ley, se refleja en la comunidad de sus prácticas. Es decir, que sus hechos sean común y corrientemente ejecutados por un determinado conglomerado humano. La costumbre debe ser uniforme y continua. No será costumbre la que se hace en hechos diferentes o que se dejaren durante mucho tiempo.

En el campo internacional los requisitos anteriormente señalados se ven confirmados por el estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38, apartado b). Dicha disposición establece que la Corte reconoce como normas consuetudinarias solo aquellas que hubieren sido aceptadas como derecho por la práctica entre los Estados...”

De ahí que la Enciclopedia Jurídica Básica⁷⁸ se afirme que “*el ordenamiento internacional es esencialmente de origen consuetudinario, como consecuencia del carácter descentralizado de la sociedad internacional, que potencia la creación espontánea del Derecho a través de la costumbre. En la actualidad, el fenómeno de codificación y el desarrollo de la cooperación internacional han potenciado la existencia de normas convencionales pero ello no ha menguado la importancia de la costumbre internacional en una sociedad que aun no está plenamente institucionalizada.*”

⁷⁷ GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. *Derecho Internacional Público*. 3ª edición. Editorial TEMIS, Bogotá, 1988, páginas 38 a 47.

⁷⁸ Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II. Editorial Civitas, Madrid, 1995, página 1779.

Por su parte, la Corte Constitucional⁷⁹ colombiana, en Sentencia C-1189 de 2000, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, expresó:

“Las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad.”

LA COSTUMBRE PENAL:

En materia de la costumbre penal, el tratadista Fernando Velásquez Velásquez⁸⁰, ha señalado que:

“Dada la vigencia del principio de legalidad, la costumbre no es fuente formal, directa o inmediata del derecho penal y con base en ella no se pueden crear figuras delictivas, penas o medidas de seguridad; no obstante, puede tener incidencia de manera mediata, indirecta, a través de la remisión que hace el derecho penal a normas o conceptos del derecho civil, comercial o administrativo, etc., mediante mecanismos como el de las normas penales en blanco en tratándose de la costumbre integrativa o secundum legem. Y, unida a los principios generales del derecho, puede jugar un papel complementario atendiendo a la estructura de los supuestos de hecho de la norma penal (tipos penales) y al carácter de la antijuridicidad, aunque debe limitarse en muchos casos, so pena de infringir el postulado de legalidad. En cuanto a la viabilidad de la costumbre praeter legem, admitida por la doctrina española en materia de causales de justificación del hecho, no parece posible, pues la autorización debe estar contenida en la ley; tampoco por razones más que obvias, la costumbre contra legem tiene operancia en el derecho penal.”

LA COSTUMBRE COMERCIAL O MERCANTIL:

En Colombia se ha dispuesto que la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley siempre y cuando no la contravenga y no exista un contrato o un acuerdo entre las partes que establezca una práctica contraria a la certificada, ya que dicha costumbre, según la Cámara de Comercio de Bogotá, *“constituye un mecanismo ágil para que una práctica comercial pueda ser certificada como costumbre mercantil. Contribuye a regularizar las prácticas realizadas por los comerciantes evitando conflictos futuros y puede llegar a tener la misma autoridad que la ley escrita”*⁸¹.

⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1189 de 2000, M.P., Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Editorial TEMIS, Bogotá, 1995, páginas 75-76.

⁸¹ <http://camara.ccb.org.co/documentos/> consultada octubre 4 de 2006.

Luis Fernando Bohórquez Botero, en su Diccionario de Derecho Comercial⁸², ha dicho sobre la costumbre mercantil, que:

“La jurisprudencia ha indicado que la ley como principal norma perteneciente al ordenamiento, y la Constitución reconocen a la costumbre mercantil como fuente válida de derecho con las limitaciones que la misma ley impone. La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa. A pesar de prevalecer el derecho legislado o escrito, lo único que indica es que la ley controla los alcances de la costumbre. No obstante, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad.

Por eso, entre la ley y la costumbre existe una relación dialéctica, toda vez que la costumbre abona la materia sobre la que luego el legislador trabajará para darle mayor efectividad, estabilidad, certeza y generalidad. Por esta razón, es necesario establecer claramente cuales son las funciones propias de la costumbre mercantil:

- 1. Función interpretativa. Es la señalada por el artículo 5 del Código del Comercio, según el cual las costumbres sirven para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenios mercantiles.*
- 2. Función integradora. Cuando una norma mercantil remite expresamente a la costumbre, de manera que esta viene a completar la norma, convirtiéndose en parte de ella.*
- 3. Función normativa. Cuando la costumbre reúne los requisitos del artículo 3 del Código del Comercio, es decir, que no la contraría manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes, reiterados y jurídicamente obligatorios, se aplica como regla de derecho a falta de norma mercantil expresa o aplicable por analogía. En este caso, la costumbre colma los vacíos de la ley y cumple así su función más importante. (Super. Sociedades Oficio 8352 de abril 28 de 1997)”.*

La misión de estas costumbres mercantiles, según José Ignacio Narváez García⁸³, es la de cumplir las siguientes funciones:

- *Función interpretativa, cuando precisa el sentido de las palabras o frases técnicas o usuales que se emplean en el intercambio comercial o en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles. Contribuye a indagar la intención de los contratantes y, por ende, a interpretar los negocios jurídicos que celebran.*
- *Función de integrar las normas legales, cuando la misma ley invoca y eleva a la categoría de preceptos obligatorios las costumbres normativas. Son casos determinados por la ley en los cuales la costumbre completa el contenido de la disposición legal.*
- *Función de colmar las lagunas de la ley, cuando a falta de norma expresa o aplicable por analogía o de estipulaciones contractuales, surgen como reglas de conducta las costumbres del lugar donde han surgido las relaciones o han de cumplirse las prestaciones pactadas.*

⁸² BOHÓRQUEZ BOTERO Luis Fernando. *Diccionario Jurídico Colombiano*. Editorial Jurídica Nacional, página 211.

⁸³ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Derecho Mercantil*. Editorial LEGIS, Bogotá, páginas 110 a 120.

La costumbre comercial puede ser internacional (aquellas que se observan en varios países); extranjera (las que son practicadas en un país extranjero); general o nacional (las que son conocidas u observadas en todo el territorio); y costumbre local (las que se practican en una región determinada y son certificadas por las cámaras de comercio, aunque también puede probarse por vía testimonial o por decisión judicial).

En Bogotá, la Cámara de Comercio ha certificado más de veintitrés costumbres mercantiles locales, en cumplimiento de la función establecida en el numeral 5 del artículo 86 del Código de Comercio y luego de haber adelantado la correspondiente investigación jurídica y estadística en cada uno de los casos, en los cuales verificó que las prácticas certificadas como costumbres mercantiles, no son contrarias a la ley comercial, que son públicas, uniformes y reiteradas en el territorio que conforma la jurisdicción de dicha Cámara, para la fecha en que la certificación fue aprobada y que las personas que participan en ella la entienden como obligatoria cuando no han convenido algo diferente.

En ese catálogo de costumbres encontramos por ejemplo:

- La de que en el contrato de comisión para la celebración de la compraventa del bien inmueble, el vendedor de éste deba pagar al comisionista una comisión, cuando por la intermediación del comisionista se ha logrado celebrar un contrato de compraventa del bien inmueble.
- La emitida sobre el término “contragarantía”, usado en las operaciones de emisión de cartas de crédito, y este se refiere a la entrega al emisor por el tomador de un pagaré en blanco con carta de instrucciones para que sea usado como título ejecutivo para el cobro en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador.
- La que expresa que existe costumbre mercantil entre los concesionarios de vehículos nacionales de realizar promociones comerciales para la venta de vehículos nuevos de servicio particular, las cuales consisten en otorgar al comprador descuentos a partir del precio general de venta al público y/o dar regalos como radios, tapetes, forros y otros accesorios.
- La que existe en los hoteles de que la hora en que se realiza el corte del día o *check out* es a las 3:00 p.m.
- La que existe para que las empresas de transporte terrestre público intermunicipal devuelvan el importe del pasaje cuando el pasajero desiste del transporte contratado, siempre que dicho desistimiento sea comunicado personalmente por el pasajero antes de la hora señalada para el viaje.
- La que existe entre los arrendatarios de locales comerciales de pagar los cánones de arrendamiento por mensualidades anticipadas durante los cinco (5) primeros días comunes de cada mes.
- La de sujetar los derechos y obligaciones que emanan de la apertura y utilización de cartas de crédito en los contratos de compraventa internacional de mercaderías a las reglas y usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional, en el Folleto 500.

- Es costumbre mercantil la de que para dar por terminado el contrato de suministro de mercancías al detal de bienes distintos a alimentos, los almacenes de cadena y/o supermercados den aviso de dicha terminación a los distribuidores mayoristas por teléfono y con una antelación de por lo menos una semana.
- También es costumbre en Bogotá el suministro de mercancías al detal de bienes distintos a alimentos, comercializados entre distribuidores mayoristas y almacenes de cadena y/o supermercados, fijar la cuantía del contrato en forma mensual, dependiendo de la rotación de las mercancías e inventarios cuando las partes no hubieren fijado dicha cuantía y periodicidad.
- Existe costumbre mercantil en el contrato de corretaje para la celebración del arrendamiento de locales comerciales, que el propietario o arrendador del bien inmueble pague por una vez al corredor una remuneración equivalente a un canon de arrendamiento mensual, cuando por la intermediación del corredor se ha logrado dar el inmueble en arriendo y éste no es entregado en administración al corredor.
- También existe la costumbre mercantil en el contrato de corretaje para la celebración del arrendamiento de locales comerciales, que el propietario o arrendador del bien inmueble pague al corredor una remuneración equivalente al 8% del canon mensual de arriendo, cuando por la intermediación del corredor se ha logrado celebrar un contrato de arrendamiento y el inmueble es entregado en administración al corredor.
- En Bogotá es costumbre mercantil en el contrato de transporte marítimo internacional de carga, que el agente marítimo, en su condición de representante del armador y/o transportador marítimo, firme el conocimiento de embarque como título valor representativo de las mercaderías embarcadas.
- Es costumbre mercantil en el contrato de leasing que el locatario o arrendatario pueda ejercer frente al proveedor (vendedor) los derechos derivados de la compraventa.
- En las empresas de artes gráficas y en las empresas de informática, que en las cotizaciones o presupuestos de bienes y/o servicios que presentan a sus clientes de indicar que el valor del IVA está incluido dentro del precio cotizado y de indicar que el bien y/o servicio no está gravado con el IVA, cuando sea el caso.
- Conforme con la costumbre mercantil, es normal que el descuento concedido por las aerolíneas colombianas al expedir tiquetes a favor de sus contratistas, asesores, empleados de otras aerolíneas o personas vinculadas con el sector del transporte o del turismo, o de personas respecto de las cuales por política comercial decidan hacerlo, ascienda hasta un 100% sobre el valor del tiquete, sujeto a las condiciones establecidas por cada aerolínea en su manual de pasajes.
- Es costumbre mercantil que los contratos de licenciamiento de software comprendan la entrega del código objeto por el licenciante al licenciario.
- En Bogotá es costumbre mercantil que el término “mantenimiento” en los contratos de licencia de software sea entendido de forma tal que no comprende los servicios de soporte.
- En el contrato de cuenta corriente, el sector financiero debe establecer distinciones entre la “cuenta cancelada” y la “cuenta saldada”.
- Existe costumbre mercantil en el contrato de leasing, de contratar un seguro que ampare contra toda clase de riesgos los bienes dados en leasing, seguro en el cual el beneficiario es la Compañía de Financiamiento Comercial. La prima del seguro debe

ser pagada por el locatario y cuando éste es contratado por la Compañía de Financiamiento Comercial, el monto de la prima debe adicionarse al valor del contrato de leasing.

- En los contratos de compraventa de inmuebles, es costumbre mercantil que el pago de los gastos notariales correspondientes a la escritura pública de compraventa se asuman por el comprador y vendedor por iguales partes.
- En los contratos de compraventa de inmuebles, es costumbre mercantil que el pago del impuesto de registro y del registro de la escritura pública de compraventa en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, sea asumido por el comprador del respectivo inmueble.
- Existe costumbre mercantil en la compraventa de vehículos nuevos, nacionales e importados, que los concesionarios presten servicio de garantía del producto, sin tener en cuenta que el vehículo haya sido adquirido en un concesionario diferente pero de la misma marca.

El doctrinante Jorge Oviedo Albán, profesor en la Universidad de La Sabana, ha realizado dos estudios sobre la costumbre mercantil; el primero de ellos se titula “*Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*” y el segundo “*La costumbre en la compraventa internacional de mercaderías (comentarios a los artículos 8.3 y 9 de la Convención de Viena de 1980)*”⁸⁴; en el primero de ellos⁸⁵, concibe Oviedo la costumbre como “*una conducta general y obligatoria para una comunidad conformada por “...hechos públicos, uniformes y reiterados” en un lugar determinado.*”

Luego de efectuar un interesante recuento del derecho mercantil, el profesor Oviedo afirma que los usos y costumbres constitutivos de la *lex mercatoria*, fueron recogidos también por el derecho inglés, al ser incorporados por el *common law* y aun hoy, “*los usos y costumbres continúan con su papel revitalizador del derecho de los negocios. Además, se constituye como una alternativa a las dificultades que pueden presentarse a la hora de tratar de definir la ley nacional o internacional que resulte aplicable a los contratos y negocios en particular. Las nuevas realidades mercantiles, la apertura de los mercados, el desarrollo de la tecnología que facilita las transacciones de bienes y servicios, la agilidad en los modernos medios presentes en el transporte de mercancías, seguramente llevan en sí, una dosis alta de costumbres que por la opinio iuris seu necessitatis, o convicción de tratarse de normas de derecho obligatorias para las partes, la uniformidad, reiteración y publicidad de las mismas, las convierten en la nueva lex mercatoria del mundo moderno.*”

Y más adelante expresa también Oviedo:

“*Recapitulando, y a manera de conclusión de este acápite, podemos hacer notar el menosprecio al menos doctrinal y jurisprudencial que ha tenido la costumbre en*

⁸⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge. *La costumbre en la compraventa internacional de mercaderías (comentarios a los artículos 8.3 y 9 de la Convención de Viena de 1980)*, En Revista Jurídica del Perú, año LIII # 47, Lima, junio de 2003, páginas 229 – 248.

⁸⁵ OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*. En *Univérsitas* # 102, Bogotá, 2001, páginas 343 - 379.

nuestro derecho privado. Sin embargo, del análisis anterior creemos que se deduce claramente la verdadera ubicación de las costumbres mercantiles en la jerarquía de las fuentes formales de esta rama del derecho privado, principalmente incorporadas a los acuerdos de voluntades de una labor de integración del contrato, y el valor de la costumbre frente a la ley civil –cuando no se trate, insistimos, de las normas civiles especialmente llamadas por el Código de Comercio como en el caso del artículo 822-..”

Por su parte, la jurisprudencia, a través de la sentencia C-486 de 1993 de la Corte Constitucional⁸⁶ colombiana es prolija al expresarse sobre la costumbre en materia mercantil, al expresar:

“9. La Corte procede ahora a analizar si la costumbre, además de poder ser utilizada como criterio auxiliar de la actividad judicial, puede servir como fuente de producción jurídica, esto es, constituirse en hecho generador de normas jurídicas que el juez pueda y deba, en ciertos casos, aplicar y con base en ellas resolver las controversias sometidas a su decisión.

10. De acuerdo con la tesis de los actores, la costumbre nunca podría ser aplicada como fuente formal de derecho, pues "los jueces - así reza el artículo 230 de la C.P. - sólo están sometidos al imperio de la ley". El precepto, a juicio de los demandantes, indica que los jueces sólo están autorizados a aplicar las leyes dictadas por el Congreso.

Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad.

(...)

11. La doctrina es conteste en definir la costumbre, en términos generales y sin abarcar a la internacional y a la que puede germinar en el contexto de las instituciones públicas, como una práctica o comportamiento social que se repite durante un período de tiempo con características de generalidad - acción o conducta predicable de una pluralidad de sujetos -, uniformidad - semejanza del hecho en la situación contemplada -, constancia - sin solución de continuidad o interrupciones -, frecuencia - reiteración de los actos que la constituyen en breves intervalos - y publicidad - transparencia y reconocibilidad del proceder en el ámbito social.

La costumbre, elemento imprescindible de la cultura de un pueblo - inclusive, tejido conjuntivo necesario para la Constitución de una Nación -, puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico.

12. Pese a que en términos generales se acepte que en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la costumbre general puede llegar a adquirir fuerza jurídica, se controvierte en la doctrina el fundamento de su juridicidad. Es esta una materia en la que difícilmente se puede alcanzar el consenso, pues cada postura sobre el concepto y la naturaleza del fenómeno jurídico, apareja una visión diferente y correlativa de la costumbre como fuente de reglas jurídicas.

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-486 de 1993, M.P., Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Para la doctrina tradicional el fundamento jurídico de la costumbre radica en la voluntad tácita del pueblo que como ente político puede manifestarse tanto de manera formal - ley escrita - como informal - costumbre jurídica. Dentro de esta línea de pensamiento SANTO TOMAS DE AQUINO, en el TRATADO DE LA LEY, expone (Suma. I-II, questio 97 artículo 3): "(...) De ahí que, aún cuando una persona particular no tenga potestad en absoluto para instituir una ley, sin embargo todo el pueblo unido, mediante la costumbre, sí tiene tal poder". Una variante relativamente moderna de esta línea de pensamiento, prefiere referirse al pueblo en cuanto formación social y natural que refleja y vierte en la costumbre su espíritu.

Sin duda la doctrina más extendida, de impronta psicologista, se coloca en el área visual del destinatario de la costumbre y desde allí percibe que su juridicidad proviene de la creencia arraigada sobre la obligatoriedad del comportamiento que ella indica (opinio iuris et necessitatis) y la consecuencia jurídica negativa que acompaña a su inobservancia.

En un plano objetivo se ha dicho que la costumbre se torna jurídica si recae sobre una esfera de la vida que tenga relevancia para el derecho y sea pasible de una disciplina jurídica, lo que puede advenir allí donde resulte necesario configurar prácticas uniformes para constituir o conservar el grupo o una determinada actividad social.

Desde otra vertiente del pensamiento se ha sostenido que la juridicidad de la costumbre se supedita a que el juez la acoja como fuente y la aplique a la solución de la controversia.

13. No es función de la Corte dirimir un asunto que tiene cariz marcadamente doctrinario. La escueta relación de tesis sobre la costumbre ha servido, sin embargo, para poner de presente su relevancia jurídica y la importancia que para la sociedad ha tenido y sigue teniendo mantenerla como fuente, lo que ha sido oportuno subrayar dado que el argumento central de la demanda se endereza a excluirla como fuente de reglas jurídicas válidas.

*Lo que si resulta decisivo desde el punto de vista constitucional es que la costumbre pueda ser considerada parte integrante del ordenamiento jurídico que se estructura orgánica, material y formalmente a partir de la Constitución como **norma de normas**. Establecido este punto lo concerniente a su relación con otras fuentes, especialmente con la ley en sentido formal, es una materia que en su interior define ese mismo ordenamiento con base en las reglas de prelación y jerarquía que históricamente se hayan adoptado.*

Si bien en la costumbre podrían identificarse las notas que caracterizan a una norma jurídica, lo determinante es que pueda plantearse su pertenencia al sistema jurídico. Para tal efecto es importante considerar si la Constitución, máxima norma de reconocimiento, la toma en consideración o si otra norma, integrante del sistema, autoriza a hacerlo. Definida su inclusión dentro del ordenamiento, se precisará su ubicación y relaciones con otras fuentes.

*14. La Constitución de manera específica reconoce el valor jurídico de las costumbres cuando se refiere a las comunidades indígenas. En efecto, dispone el artículo 330 de la Carta: "De conformidad con la Constitución y las Leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según **los usos y costumbres** de sus comunidades (..) ". La fuerza prescriptiva de los **usos y costumbres** de las comunidades indígenas se relleva aún más en el artículo 246 de la C.P. que*

señala que "Las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con **sus propias normas y procedimientos**, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República (...)".

La función productora de derecho de la costumbre también tiene claro fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al orden jurídico interno en virtud del artículo 94 de la Carta. Sobre el particular dispone el artículo 5 numeral 2º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, aprobado por Ley 74 de 1968: "No podrá admitirse restricción o menoscabo alguno de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o **costumbres**, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". Adicionalmente, el Convenio 169 de la O.I.T., relativo a pueblos indígenas, ratificado por ley 21 de 1991, también le otorga a la costumbre pleno valor normativo, cuando establece:

"Artículo 8.- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

"2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

"3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes".

Los principios sobre los que se funda el Estado y la organización social, a partir de la premisa de respeto a la Constitución y a la ley - lo cual es congruente con la construcción democrática y unitaria del Estado colombiano - brindan suficiente fundamento jurídico a la costumbre.

(...)

15. La ley es una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho. La ley a su turno admite y autoriza a la costumbre jurídica (Ley 153 de 1887, art. 13; C de Co art 3; C de P C art. 189), con las limitaciones que ella establece, como fuente de derecho. La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa.

En el derecho privado - civil y comercial -, la costumbre cumple una función de vital importancia para el tráfico jurídico. El carácter dispositivo de gran parte del ordenamiento legal permite concluir que la costumbre y las estipulaciones contractuales son consecuencia de la libertad económica y de la iniciativa privada, garantizadas constitucionalmente, y su exigibilidad judicial se torna imperativa en virtud del interés social de un intercambio económico transparente y fluido y de la racionalización de la economía (CP arts. 333 y 334).

En materia penal, en cambio, lejos de un desplazamiento de la legalidad en favor de prácticas o fenómenos sociales reiterados, el fundamento de la acción estatal es la propia ley (CP art. 29). En consecuencia, los jueces en sus providencias no podrían invocar la costumbre para sancionar una acción que por sí misma no ha sido tipificada como delito en una ley formal (nullum crimen nulla poena sine lege). Igualmente, no sería jurídicamente admisible que el infractor pretendiera justificar una conducta típica, antijurídica y culpable sancionada legalmente recurriendo al expediente de actuar según una práctica social generalizada.

Por lo expuesto, en el derecho privado la costumbre ha sido recepcionada en mayor medida. Corroborada la anterior apreciación las normas legales citadas que definen el ingreso de la costumbre al ordenamiento jurídico.

*16. De los principios **democrático** y **unitario** conforme a los cuales se configura el estado colombiano y de la **primacía** de la Constitución (CP arts. 1 y 4), puede desprenderse que en ningún caso la costumbre puede contrariar la Constitución y las leyes de la República. Esta regla de prelación de la Constitución y de la Ley, de otra parte, se consagra de manera contundente en los artículos 246 y 330 de la CP respecto de las comunidades indígenas, aunque cabe advertir que la mencionada regla jerárquica tiene valor general y cobra todavía más fuerza tratándose de otro tipo de costumbres. En efecto, el artículo 8º del C.C señala que "la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea". En estos términos, claros y perentorios, se proscribió en el ordenamiento jurídico la costumbre **contra legem**.*

*La legislación, en términos generales, acepta la costumbre **secundum legem** y la **praeter legem**, en este caso siempre que sea general, no vulnere la Constitución, y a falta de legislación positiva (Ley 153 de 1887, art. 13).*

El primado de la ley escrita, - mejor sería hablar de "Derecho legislado" - en nuestro sistema, es innegable y se manifiesta como factor que controla los ámbitos donde permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre. Respecto de la ley, pues, la costumbre es una fuente subordinada y subsidiaria.

No obstante el predominio incontrastable de la ley, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico.

La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social. A su vez, la obra legislativa aspira a convertirse en comportamiento repetido y uniforme. Con pocas palabras, costumbre y ley son dos formas de ser del derecho. La exclusión de la costumbre, de ser ello posible, equivaldría a la deformación y empobrecimiento de la experiencia jurídica o a la supresión de una característica esencial de su dinámica."

En cuanto al estudio de la costumbre en materia comercial por parte de la doctrina, traemos a colación a Ramón E. Madriñán de la Torre y a José Ignacio de Narváez.

Para Madriñán⁸⁷, la costumbre “*como fuente formal del ordenamiento mercantil estructurado a partir del siglo XI, constituye una de las formas fundamentales como expresión fecunda y permanente de su normatividad particular, e históricamente identifica su origen como regulación especial de actos, hechos y circunstancias que comenzaron a distinguirse desde esa época en el conjunto de la actividad de los particulares.*”

Y sobre el análisis de la costumbre en UNIDROIT, agrega:

“A esas costumbres o usos internacionales, parte sustancial de la lex mercatoria, hace referencia el artículo 7° de nuestro Código de Comercio para reconocer su validez en aquellos contratos celebrados en el amplio marco de las negociaciones internacionales, para su aplicación por los jueces nacionales ordinarios o tribunales de arbitramento, conforme a los principios del derecho internacional privado o por decisión de las partes, cuando a ellas se remitan (artículo 188 del Código de Procedimiento Civil y 2° de la Ley 315 de 1990); y es que, la costumbre, en el ámbito de la regulación de los negocios internacionales, es también precursora de los tratados de derecho internacional, de las leyes uniformes y de las compilaciones de Principios que se aceptan como válidos en la comunidad universal e, igualmente, es fuente subsidiaria, en su función de derecho y en la no menos fecunda de recurso interpretativo. Así ha sido reconocida en la publicación de los principios sobre contratos comerciales del Instituto Internacional para la unificación del derecho Privado –UNIDROIT-.”

Cerrando este capítulo encontramos a José Ignacio de Narváez García⁸⁸, para quien “*la costumbre contiene implícita la verdadera autoridad de la experiencia adaptada a las cambiantes circunstancias de modo, tiempo y lugar, y es fácilmente asimilada por los actores de la vida económica. Merced a esos atributos va decantando e imponiendo prácticas corrientes, a la vez que abandonando las que entran en desuso por no satisfacer los requerimientos del tráfico incesante de las interrelaciones económicas, o porque se trata de simples usos sin convicción de obligatoriedad.*”

LA COSTUMBRE TRIBUTARIA:

Y, en cuanto a la supuesta costumbre en el derecho tributario, el académico Juan Rafael Bravo Arteaga, en sus “*Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*”⁸⁹, señala que:

“Es extraño que la costumbre pueda constituir una fuente del Derecho tributario y, a primera vista, repugna a la inteligencia que pueda pensarse siquiera en la posibilidad de considerar el tema. Desde luego no se puede crear un tributo con base en la costumbre no porque no sea posible que se presente el caso, sino porque el principio de la legalidad, se opone a tal ocurrencia. Ciertamente no es imposible que surja en un momento dado el convencimiento, entre los funcionarios y los contribuyentes, de que debe pagarse un tributo. Así ocurrió, por ejemplo, en Santa Marta, cuando un día un funcionario de la Aduana dijo que para que el público pudiera subir a visitar los

⁸⁷ MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón E. *La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT. Homenaje académico de la vida y obra del doctor José Gabino Pinzón.* En *Univérsitas* # 100, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, páginas 175 a 181.

Ver también: MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón E. *Principios de Derecho Comercial.* 6ª edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1995, páginas 44 a 62.

⁸⁸ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio, Op. Cit, página 110.

⁸⁹ BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario.* Ediciones Rosaristas, 2ª edición, Bogotá, 1997, páginas 153 – 156.

barcos, era necesario que obtuvieran un permiso, que debía ser estampillado por la Administración de Impuestos Nacionales. Tal orden fue cumplida sin protesta alguna y, al poco tiempo, se creó el convencimiento de que se debía pagar tal impuesto, hasta que años después se advirtió que no se podía seguir recibiendo por falta de una norma legal que lo hubiere establecido.

(...)

En el caso especial del Derecho tributario, es indudable que, conforme a la Constitución, en el llamado Derecho tributario material o de creación no tiene cabida la costumbre como fuente del Derecho, pues el principio de la legalidad exige que el establecimiento de los tributos sea por ley, ordenanza o acuerdo. Pero no se puede decir lo mismo respecto del llamado Derecho tributario formal o de aplicación, pues nada se opone a que en los procedimientos para determinar la cuantía concreta de un impuesto, se sigan prácticas tradicionales con el convencimiento de su obligatoriedad.

(...)

...en el Derecho tributario formal o de aplicación la costumbre puede ser fuente de Derecho, siempre que se trate de prácticas que sean aplicables tanto por los contribuyentes como por los funcionarios, pues sería antijurídico admitir que las llamadas “prácticas de liquidación” en las oficinas de impuestos, las cuales tienen un carácter totalmente unilateral, puedan ser consideradas como costumbres, fuentes del Derecho.”

Por tanto,

Esperamos, Señores Presidente y Académicos, haber cumplido –al menos parcialmente-, con la explicación solicitada por la consultante acerca de la costumbre.

Con toda atención,

Hernán Alejandro Olano García
Miembro Correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA.

1. BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo I. Editorial Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1967.
2. BOHÓRQUEZ BOTERO Luis Fernando. *Diccionario Jurídico Colombiano*. Editorial Jurídica Nacional.
3. BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*. Ediciones Rosaristas, 2ª edición, Bogotá, 1997.
4. CARO, Rufino J. *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*”. Tomo II. Instituto Caro y Cuervo, Imprenta de Yerbabuena, Bogotá, 1954.
5. CARPIZO, Jorge. En: *Diccionario de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

6. CÓDIGO CIVIL. Comentado y Concordado por Torrado, Helí Abel. 2ª edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C., 1998.
7. CÓDIGO DE COMERCIO. Edición Conmemorativa 30 Años. LEGIS, Bogotá, 2001.
8. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Colección Códigos Básicos de LEGIS. 13ª. Edición, LEGIS, Bogotá, 2004.
9. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1189 de 2000, M.P., Dr. Carlos Gaviria Díaz.
10. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-224 de 1994, M.P., Dr. Jorge Arango Mejía.
11. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-486 de 1993, M.P., Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
12. CUEVAS GAYOSSO, José Luis. *La Costumbre Jurídica, una expresión del Derecho Natural*. En: *IURISVER*. Revista del Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Veracruzana, # 1, enero-abril de 2006, Xalapa.
13. DOMINGO, Rafael (Director). *Principios de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados*. Editado por Thomson-Aranzadi y la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2003.
14. Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II. Editorial Civitas, Madrid, 1995.
15. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982.
16. ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo II. Editorial TEMIS, Bogotá, 1977.
17. GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. *Derecho Internacional Público*. 3ª edición. Editorial TEMIS, Bogotá, 1988.
18. GÓMEZ, J.J. *Derecho Civil*. Tomo I, mimeógrafo. S.f., páginas 129 – 140.
19. GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual de Derecho Romano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.
20. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. *Introducción al Derecho*. 7ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000.
21. GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean. *Diccionario Jurídico*. Editorial Temis, Bogotá, 1986.
22. <http://camara.ccb.org.co/documentos/> consultada octubre 4 de 2006.
23. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2ª edición. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1977. Tomo 2.
24. MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón E. *La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT. Homenaje académico de la vida y obra del doctor José Gabino Pinzón*. En *Univérsitas* # 100, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, páginas 175 a 181.
25. MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón E. *Principios de Derecho Comercial*. 6ª edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1995.
26. MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1976.
27. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. 14ª edición. Editorial TEMIS, Bogotá, D.C., 2001.
28. MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo. *Introducción al Derecho*. 10ª edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984.

29. NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 8ª Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 2000.
30. NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Derecho Mercantil*. Editorial LEGIS, Bogotá.
31. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia – Comentada y Concordada*- 7ª edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2006.
32. OLANO VALDERRAMA, Carlos Alberto. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. 2ª edición. Editorial Temis, Bogotá, 1987.
33. OVIEDO ALBÁN, Jorge. *La costumbre en la compraventa internacional de mercaderías (comentarios a los artículos 8.3 y 9 de la Convención de Viena de 1980)*, En Revista Jurídica del Perú, año LIII # 47, Lima, junio de 2003, páginas 229 – 248.
34. OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*. En Universitas # 102, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, páginas 343 - 379.
35. PINZÓN, Martín Alonso. *Doctrinas Internacionales Americanas (en su marco histórico cultural)*. Ediciones RIL, Santiago de Chile, 1998.
36. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, tomo 4. 22ª edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001.
37. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario Panhispánico de Dudas. Editorial Santillana, Madrid, 2005.
38. REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA. Índices, en Revista # 314 y en suplemento de 2005.
39. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1956.
40. RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Derecho Civil Colombiano. Tomo Primero*. 3ª edición corregida. Biblioteca Jurídica Díke, Bogotá, 1990.
41. SIERRA GARCÍA, Jaime. *Diccionario Jurídico*. 3ª edición. Librería Jurídica Sánchez, Bogotá, 2001.
42. VALENZUELA, Mario, S.J. *Notas Jurídico Teológicas según el Derecho Colombiano*. Imprenta de la Diócesis de Pasto, Pasto, 1895.
43. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Editorial TEMIS, Bogotá, 1995.
44. VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano. Tomo Primero*. Imprenta París-América, París, 1926.