

Algo sobre el Derecho Tácito

Por MIGUEL MORENO JARAMILLO

I. — Aunque nuestro código de comercio, por muchos aspectos admirable, requiere algunas enmiendas en su fondo y en su forma, no me entusiasma el propósito de efectuarlas, porque, aparte de que a los revisores se les fijó muy breve plazo para realizar tamaño empresa, ya sabemos que generalmente, se han quedado notando los remiendos hechos a nuestra legislación, ora porque no se empleó en ellos paño de la misma pieza, ora porque los pedazos de tela no fueron bien cosidos a los trajes que se quiso reforzar.

Y tiene el hacer injertos en la ley, como el practicarlos en la superficie de una herida, su propia técnica: para que adhieran y suelden es preciso emplear fragmentos de derecho tomados de nuestras costumbres, de la doctrina de nuestros jurisconsultos y de nuestra jurisprudencia nacional. Ahí está la ley de instrumentos negociables. Aunque colombiana por nacimiento, es esencialmente extranjera. En treinta años no hemos podido colombianizarla.

No dudo yo de la ciencia jurídica nacional, pero esta época de transición puede ser impropicia para obras que requieran largo estudio, pensamiento profundo e instituciones firmes.

Ojalá los revisores explicaran aquel rompecabezas de los artículos 215, 216 y 217 del código, sobre dación en pago de efectos de comercio. Averiguando en una junta de abogados su sentido y la manera de armonizar esos tres textos, le oí al profesor José Luis López esta frase que en sus labios tiene todo el valor de un autorizado desahucio: "Veo los tres ángulos pero no veo el triángulo".

Se me ocurre que a pesar de la fiebre renovadora debiera procurarse en los cambios legislativos un cuidadoso ordenamiento: primero la constitución, después el código civil, luego el de comercio que lo prolonga y especializa, y por último el procesal.

II. — Si es grave quebrantar la ley, no es leve dañarla con reformas desatentadas y ligeras como ocurrió con la prueba de la costumbre mercantil.

Se facilitó esa prueba hasta el extremo de recibir como tal la certificación del presidente de la respectiva cámara de comercio. Un solo hombre consagrando la segunda de las dos fuentes formales de nuestro derecho positivo, uno solo definiendo cuanto concierne al CORPUS y al ANIMUS de cada costumbre comercial, uno solo declarando la prescripción adquisitiva del derecho consuetudinario. Por fortuna para Antioquia, ejerce la presidencia de su cámara de comercio, hace largos años, el doctor Jorge Escobar Alvarez, varón docto y prudente. Sé de un caso en que requerido para que certificara sobre la existencia de una costumbre entre los negociantes en café, no se guió únicamente por su propio criterio sino que antes de expedir la certificación legal reunió la cámara. Sería razonable que el legislador acogiera tan sabio proceder incorporándolo como obligatorio en el código de comercio.

Tratábase de averiguar si se había traditado cierta cantidad de café por el solo hecho de que el comprador hubiese pagado su precio al vendedor en vista del recibo del grano, expedido por la empresa encargada de trillararlo. Ignacio Moreno Peláez sostuvo la afirmativa y su conclusión jurídica fue confirmada por el presidente de la cámara de comercio de Medellín, quien certificó, después de reunir la corporación y oír el informe de varias personas expertas en negocios de esta clase, que, según la costumbre mercantil, el café vendido se tradita, entre otros medios, por uno figurado consistente en que el comprador pague su precio al vendedor en vista del recibo del grano dado por la empresa encargada de trillararlo. Agregó el presidente que esta práctica y la intención de que con ella se efectúa la tradición están acreditadas con hechos uniformes, públicos y reiterados en un largo espacio de tiempo.

III. — La tradición de una cosa corporal mueble puede ser real o figurada.

REAL, cuando pasa en forma material de manos del tradente a manos del adquirente, habiendo por una y otra parte derecho e intención de transferir el dominio. El código civil no reglamenta este medio obvio además, porque está muy a las claras contenido en el texto que define la tradición.

FIGURADA, cuando no pasa materialmente de una mano a otra, sino que una de las partes la tradita a la otra significando que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia (arts. 754 y 755 del C. C.) por uno de los medios siguientes:

1º -- Por PERMISION, permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente. No es necesario que el tradente tome material.

mente la cosa corporal mueble y se la entregue al adquirente. Basta que aquel la ponga al alcance material de éste y que éste la aprehenda.

2º — Por PERMISION y SEPARACION, cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio. No es necesario que el tradente tome materialmente la cosa corporal, mueble por anticipación, y se la entregue al adquirente. Basta que aquél le dé permiso de tomarla en su predio y la tradición se efectúa en el momento de la separación de estos objetos.

3º — Por MOSTRACION, mostrándosela. Es la forma que los romanos llamaban LONGA MANU (de la larga mano) y también OCU LIS ET AFFECTU (por los ojos y la intención), y que según el jurisconsulto Paulus, a quien cita el señor Claro Solar, se aplicaba particularmente en la entrega de cosas que por su peso no podían moverse fácilmente.

4º — Por SIMBOLO, entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa. El artículo 825 del proyecto de 1853 agregaba: "i mostrándolo".

5º — Por ENCARGO, encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido. El artículo 825 del proyecto de 1853 agregaba: "i cumpliendo el encargo".

6º — Por CAMBIO DE TITULO, lo cual ocurre de dos modos:

a) Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatarío, depositario o a cualquier otro título no traslativo de dominio. Esta es la tradición denominada BREVI MANU (de breve mano), porque evita la operación inútil de que el mero tenedor de la cosa la restituya a su dueño para que éste se la tradite luego. Es así como por el cambio de título el mero tenedor conserva la cosa como poseedor, es decir, muda su mera tenencia en posesión. La conserva ya como dueño porque se le confirió un título de dominio.

b) Y, recíprocamente, por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatarío, arrendatario, etc. Esta es la tradición más conocida con el nombre de POR CLAUSULA DE CONSTITUTO. Se opera un cambio de título porque el tradente continúa teniendo la cosa pero no ya poseyéndola como dueño. Muda su posesión en mera tenencia.

El código de comercio, en sus artículos 238 y 239, trae estos medios de tradición figurada de cosa corporal mueble, medios que agrego a los de orden civil:

7º — Por EXPEDICION, cuando el vendedor, con ánimo de

transferir el dominio, expide las mercancías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido.

8º — Por PAPEL CREDENCIAL, cuando se transmite el conocimiento, carta de porte o factura, durante el transporte de las mercancías por mar o tierra.

9º — Por MARCACION, cuando el comprador, con conocimiento y aquiescencia del vendedor, fija su marca en las mercancías compradas.

10º — Por COSTUMBRE, cuando la entrega de la cosa vendida se entiende efectuada por cualquier otro medio autorizado por el uso constante del comercio.

Como puede observarse, el caso de la entrega del café vendido, merced al pago de su precio en vista del recibo del grano, expedido por la empresa trilladora, no puede colocarse en ninguno de los medios específicamente determinados en los dos códigos. De ahí que por tratarse de un acto comercial, hubiera procedido razonablemente Moreno Peláez al proponer que se averiguara si ese medio es por costumbre tradición a causa de autorizarlo como tal el uso constante del comercio.

IV. — Cómo se hace hablar al derecho tácito, o, en términos procesales, cómo se prueba la costumbre?

Dice nuestro código judicial (ley 105 de 1931), en su artículo 700:

“Art. 700 — Los usos y costumbres a que la ley se refiere en ciertos casos, se comprueban con el dicho de siete testigos hábiles que afirmen su existencia, dando la razón de su testimonio con expresión de los varios casos determinados y distintos de que tienen conocimiento, de suerte que el Juez pueda deducir, sin lugar a duda, la existencia del uso o la costumbre”.

La anterior norma me parece deficiente porque trata sólo del modo cómo se comprueban los usos y costumbres “a que la ley se refiere en ciertos casos”, como ocurre en los artículos 1879, 1938, 2002, 2009, 2012, 2044 y otros del código civil; pero guarda silencio sobre la manera de comprobar la costumbre cuando la ley, sin remitir a ella expresamente, la admite como fuente formal del derecho positivo a falta de ley escrita.

En este punto era superior la ley 103 de 1923 sobre organización judicial y procedimiento civil (llamada Código de Arbeláez, porque su autor fue el doctor Ismael Arbeláez), pues daba normas probatorias para “los casos en que la Ley se refiere a usos y costumbres, o en que éstos tienen fuerza de ley”.

La ley 28 de 1931 facilitó demasiado la prueba de la costumbre mercantil prescribiendo que también podrá establecerse con la certificación expedida por el presidente de la respectiva cámara de co-

mercio. Ya hemos visto que esto debe modificarse haciendo intervenir a la corporación misma.

V. — Metido ya en este baturrillo, quiero decir algo sobre la costumbre como fuente formal del derecho positivo.

Sabemos que el gobierno tiene forma directa cuando el soberano no se vale de representantes para ejercer la soberanía y que tiene forma representativa cuando ejerce la soberanía por conducto de representantes. Puede decirse que la costumbre como fuente formal del derecho positivo, es una manifestación de la forma directa de gobierno, pues expresa directamente, no mediante el órgano legislativo, ciertas ideas jurídicas.

El órgano legislativo expide la ley, el pueblo forma la costumbre. La ley se alega, la costumbre se prueba. La ley es regla principal, la costumbre es regla supletoria.

Los romanos reconocían un derecho escrito, establecido por el legislador, y un derecho no escrito, establecido por la costumbre y el pretor. Entre ellos la costumbre tenía el poder de derogar la ley.

En el título II de la primera de las Siete Partidas hay un extenso tratado sobre la costumbre (leyes I a VII), del cual destaco algunos principios.

Sobre justicia, continuidad, longevidad, publicidad, juridicidad y seriedad de la costumbre, dice así:

“Uso es cosa que nasce de aquellas cosas que home dice ó face. et que siguen continuadamente por grant tiempo et sin embargo ninguno”.

“Facer se debe el uso de guisa que sea á pro comunal et sin daño, et non debe ser fecho á furto nin á escondidas, mas en manera que lo sepan et se paguen dende los que fueren conoscedores de derecho et de razon”.

“Costumbre es derecho ó fuero que non es escripto, el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudándose dél en las cosas et en las razones sobre que lo usaron...”.

“... Otrosi decimos que la costumbre que quiere el pueblo poner et usar della, debe ser con derecha razon et non contra la ley de Dios, nin contra señorío, nin contra derecho natural, nin contra pro comunal de toda la tierra ó del lugar do se face. Et débenla poner con grant consejo et non por yerro, nin por antojo, nin por otra ninguna cosa que les mueva, si non derecho, et razon et pro. Ca si de otra guisa la posiesen, non seria buena costumbre, mas seria dañamiento della et de toda justicia”.

En el último proyecto del código civil chileno, llamado proyecto inédito, no se halla sobre la costumbre sino esta norma que fue la que quedó en el código:

“Art. 2º — La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la lei se remite a ella”.

El código civil francés contiene algunos textos que se refieren a los usos locales y consagra su autoridad para los casos que contemplan, pero fuera de esos casos particulares no contiene ningún texto general que reconozca o desconozca la costumbre.

Más amplia en este punto la legislación colombiana que la chilena y la francesa, admite la costumbre no sólo en los casos contemplados por la ley sino también en cualesquiera otros en que, reuniendo ciertos caracteres, no la contradiga.

Nuestro código civil estatuye que la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley y que no podrá alegarse el desuso para la inobservancia de ésta, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea (artículo 8).

Y nuestra ley 153 de 1887 dispone que la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva (artículo 13).

El código civil suizo dice que a falta de una disposición legal aplicable, el juez falle según el derecho consuetudinario (artículo 19, inciso 29).

Según nuestro código de comercio, la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley, siempre que no la contrarie expresa o tácitamente, y que los hechos que la constituyen sean uniformes, públicos y reiterados por un largo espacio de tiempo, a juicio de los tribunales, en el lugar donde han pasado las transacciones a que se aplique la regla (artículo 2).

El mismo código admite la costumbre extranjera como elemento de ilustración, diciendo que en defecto de costumbres locales que ilustren los puntos dudosos en materia de comercio, pueden aducirse las mercantiles extranjeras de los pueblos más adelantados, siempre que tengan los requisitos exigidos para las nacionales y que se comprueben como lo dispone la ley colombiana (artículos 2 y 3).

Y en el campo de la interpretación reconoce el valor de la costumbre diciendo que ella o los usos mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, e interpretar los "actos y convenciones" mercantiles (artículo 4).

Francois Gény, en su obra "Méthode D'interprétation et sources en Droit Privé Positif", resume, según se verá luego, su pensamiento sobre la costumbre como fuente formal de derecho positivo. Al reproducirlo hago constar que he dividido en varios el párrafo que contiene ese resumen, párrafo que se halla en el número 223 del tomo II de tal obra.

Dice Gény:

"VI. — A falta de ley escrita, otra fuente puede ofrecerse que suministra al intérprete una solución muy pronta e indiscutible: la costumbre".

"Trátase de una institución, anterior históricamente a la ley,

que responde a instintos profundos de nuestra naturaleza en el estado social, y cuyos rasgos esenciales, tales como los analiza la razón, según la observación de los hechos, se reducen a dos”:

“a. El uso de hecho que ha persistido durante un espacio de tiempo suficiente para establecerlo como adquirido;”

“b. La convicción, entre los interesados, de que este uso se impone bajo la sanción del derecho”.

“Cuando estos elementos se prueban por el que se funda en la costumbre, y si ellos no se encuentran fracasados por obstáculos superiores, tales como el ser el uso evidentemente irracional, resulta de allí una regla de derecho consuetudinario que vale subsidiariamente como ley. Puede, pues, suplir la ley o completarla, pero no podría, en el estado actual de nuestra civilización, y por razones técnicas decisivas, afectarla y derogarla a un título cualquiera”.

“La costumbre jurídica se interpreta por los elementos mismos que la constituyen. No debe confundirse con los usos de la vida, que, provenientes de hábitos sin pretensión de obligar, pueden solamente, a veces, esclarecer una intención oscura, en la interpretación de los contratos y de otros actos jurídicos privados (usos convencionales) (Nos. 109-137)”.

En el tomo I de su obra había hecho notar el citado Gény que los canonistas y los escolásticos señalaron la analogía que existe entre la costumbre jurídica con respecto a la formación o aseguramiento del derecho objetivo (reglas de derecho) y la prescripción para el establecimiento o el mantenimiento de los derechos subjetivos (facultades individuales).

Dice Gény:

“Ante todo, es necesario determinar los elementos positivos de toda costumbre jurídicamente obligatoria. Por más numerosos que se les haya podido detallar mediante el análisis estos elementos se reducen esencialmente a dos: el uno de naturaleza material, un largo y constante uso; el otro, de orden psicológico, la convicción de una sanción jurídica, que especifica y califica el uso como costumbre obligatoria” (Tomo II, Nro. 119).

En una nota o llamada sobre este punto observa Gény lo siguiente, refiriéndose a la relación entre la costumbre, generadora del derecho objetivo, y la prescripción adquisitiva de los derechos subjetivos:

“... podemos observar que se vuelven a encontrar aquí dos elementos análogos a los elementos esenciales de la posesión AD-
USUCAPIONEM: el CORPUS y el ANIMUS. Agrego que el segundo elemento (psicológico) de la costumbre no ofrece menores dificultades que las suscitadas por el ANIMUS en la teoría de la posesión”. (Página 357).

Tampoco nosotros podríamos científicamente confundir el uso o hábito con la costumbre. Jurídicamente toda costumbre es uso o

hábito pero no todo uso o hábito es costumbre. El y ella tienen "corpus". El del uso o hábito puede estar constituido por hechos públicos o privados, contrarios o no a la ley y conformes o no con la moral cristiana. El de la segunda debe estar integrado por hechos públicos que no contraríen la ley ni la moral cristiana. Coinciden en cuanto a que en uno y otro los hechos han de ser uniformes y reiterados por largo espacio de tiempo. Pero el uso o hábito carece del "animus" o convicción entre los interesados de que es obligatorio, elemento psicológico requerido para que haya una costumbre, fuente formal, aunque llamada y subsidiaria, del derecho positivo, y, por tanto, origen de derechos y obligaciones. El uso o hábito y la costumbre pueden constar materialmente de unos mismos elementos pero son siempre disímiles en la intención. Pongo un ejemplo. Por la Natividad de Nuestro Señor Jesucristo los amigos se dan aguinaldos. Es una práctica noble, general e inveterada, pero a nadie se le ha ocurrido invocarla para exigir judicialmente su cumplimiento. Es un uso o hábito pero no es jurídicamente una costumbre.

VI. — En Colombia es la costumbre fuente de obligaciones?

No lo dudo, frente a los artículos 8 del código civil, 2 del código de comercio y 13 de la ley 153 de 1887.

Pero es de observarse que ni el artículo 1494 del código civil ni el 34 de la ley 57 de 1887 mencionan la costumbre al enumerar las fuentes de las obligaciones, no obstante existir ya el citado artículo 8 de dicho código.

VII. — La derogación de una costumbre puede ser expresa o tácita.

Expresa, si la ley le quita expresamente su valor.

Tácita, de varios modos: por desuso, esto es, si se la abandona; por sustitución, si se establece una nueva costumbre que la contraría; y por ley, si una posterior a la costumbre contiene disposiciones que no puedan conciliarse con ésta o incorpora a ésta en el derecho escrito.

Medellín, agosto 25 de 1953