

LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS LEGALES

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. SUPUESTOS DEL PROBLEMA. 1. Referencia a las dimensiones constitutivas del Derecho. 2. Diferentes especies del Derecho positivo y proceso de su constitución. 3. Compatibilidad entre costumbre y ley en cuanto especies del Derecho.II. LA RECEPCIÓN E INTEGRACIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 1. Fundamentación. 2. Vías de recepción e integración. 3. Resultados.III. FUNCIONES DE LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.1.Ámbito de validez de la costumbre y funciones normativas de la misma. 2.La integración de las lagunas legales mediante la costumbre. Naturaleza del proceso.

I.SUPUESTOS DEL PROBLEMA.

1.REFERENCIA A LAS DIMENSIONES CONSTITUTIVAS DEL DERECHO.

El Derecho se constituye a través de un proceso (validez jurídica) integrado por los momentos de la legitimidad, la positividad y la eficacia.

La legitimidad está constituida por los principios y valores, ideas y creencias, en función de las cuales se pretende regular y perfeccionar ese sector del orden de la vida social que integra de orden jurídico. Dicho momento representa el fundamento último de la obligatoriedad, de la validez, de las normas jurídicas. La legitimidad se configura como el momento de la validez filosófica del Derecho.

La positividad constituye el momento de desarrollo, fijación y concreción de los contenidos y exigencias de la legitimidad en normas jurídicas positivas dotadas de

validez dogmática (vigencia).

La eficacia, tercera dimensión constitutiva del Derecho, posee una significación puramente fáctica o sociológica. Se trata del momento integrado por el cumplimiento (voluntario o forzoso) de las normas jurídicas vigentes. La doctrina habla al respecto de validez sociológica.¹

2. DIFERENTES ESPECIES DEL DERECHO POSITIVO Y PROCESO DE SU CONSTITUCIÓN.

El Derecho positivo, en cuanto fenómeno histórico cultural, se manifiesta de modo explícito de dos formas diferentes (costumbre y ley), cada una de las cuales posee su específico proceso de génesis y constitución. Así, mientras que la ley (Derecho legal) se integra a través de un proceso (proceso legislativo) que va de arriba hacia abajo, del mundo de los principios y valores al mundo de los hechos, de lo fáctico (legitimidad, positividad, eficacia),² la costumbre (Derecho consuetudinario) se constituye a través de un proceso que va de abajo hacia arriba (de los “hechos” a los “valores”) mediante la síntesis de dos elementos. Estos son, de un lado, el elemento material o externo que se hace patente a través del uso (comportamiento reiterado y uniforme) y que determina e integra el momento de la eficacia (validez sociológica) de la norma consuetudinaria; de otro lado, el elemento espiritual o interno (opinio iuris seu necessitatis) que representa la dimensión de la legitimidad (validez filosófica) en la costumbre. En último lugar aparece en el Derecho consuetudinario el momento de la positividad (entendido como legalidad). En virtud de él el poder público, de modo expreso o tácito, reconoce la obligatoriedad o validez de la costumbre, la potencia y refrenda con el marchamo de la legalidad, y la incorpora al sistema normativo del ordenamiento jurídico, dotándola de validez dogmática.³

3. COMPATIBILIDAD ENTRE COSTUMBRE Y LEY EN CUANTO ESPECIES DEL DERECHO.

La aparición del Estado moderno y la pretensión de su poder soberano de monopolizar la creación del Derecho llevó a la afirmación de la primacía de la ley, como forma de existencia del Derecho, y al consiguiente desplazamiento y preterición de la costumbre. Hasta tal punto fue esto así que, tras el fenómeno de la

1 Sobre el tema de las dimensiones constitutivas del Derecho véase mi libro Sistema de Teoría Fundamental del Derecho, T.I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 78 y ss. Así como la bibliografía allí citada.

2 Ibid. Págs. 327 y ss.

3 Ibid. Págs. 328 y ss.

codificación, un sector de la doctrina entendió que la costumbre, en cuanto especie del Derecho, era ya un fenómeno del pasado y que su permanencia junto a la ley, en el contexto del Estado moderno, era algo absurdo o cuanto menos anómalo.⁴

Desde estos supuestos se cayó en un monismo estatista que trató de reducir el Derecho a la ley al considerar que la creación del Derecho era una competencia exclusiva del Estado. Frente a esta posición se ha observado, por otro sector de la doctrina, que la legitimación del Estado (en cuanto representante de la sociedad) para crear Derecho ni tiene ni debe excluir la legitimación de la sociedad misma para crearlo directamente⁵, a no ser que se quiera incurrir en el error totalitario de diluir la sociedad en el Estado. Debe insistirse, a este respecto, en la idea de que ley y costumbre, en cuanto formas del Derecho, no sólo son lógicamente compatibles sino que, como nos enseña la historia, ambas pueden coexistir y complementarse recíprocamente. Como recuerda F. de Castro la historia muestra que la significación y eficacia de la costumbre y de la ley es algo que varía en el espacio y en el tiempo, en función del régimen político vigente en cada comunidad. Es éste, en cuanto estructura y organización política, el que determina y define en cada momento el tipo de relación (jerarquía y ámbitos de validez) existente entre la ley y la costumbre.⁶

II. LA RECEPCIÓN E INTEGRACIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1.FUNDAMENTACIÓN.

La seguridad jurídica exige la configuración del Derecho como un sistema unitario y jerarquizado de normas; esto es, la articulación del Derecho en ordenamiento.⁷ De ahí la necesidad de recepción e integración formal de la costumbre en el sistema normativo del ordenamiento jurídico cuyo núcleo, en el Estado moderno, está constituido por el Derecho legal.

4. Vid. Castro y Bravo, F. De, *Derecho Civil de España*, 2ª. Ed. T. I, (Libro preliminar, Introducción al Derecho Civil). Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 377.

5. Sobre este punto véase: PÉREZ SERRANO, N. *Tratado de Derecho Político*, 2ª. ed. Ed. Civitas, Madrid, 1984, págs. 448 y 449; GARCÍA VALDECASAS, G. *Parte general del Derecho Civil español*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, pág. 90.

6. CASTRO Y BRAVO, F. De, Op. Cit. Págs. 377 y ss.

7. Sobre este punto véanse mi op. Cit. Págs. 216 y 217, y mi artículo *La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*, "Anuario de Filosofía del Derecho". Tomo XVIII, Madrid, 2001, págs 283- 300

En relación con ese proceso de recepción e integración de la costumbre es preciso observar dos cosas:

a) De un lado, como recuerda F. de Castro, que la tendencia a ver el Derecho como una unidad sistemática –tendencia que en la actualidad está experimentando planteamientos alternativos en armonía con la estructura plural y orgánica de la sociedad- “no es incompatible con una pluralidad de fuentes,⁸ con tal de que estén en un orden jerárquico claramente determinado”.⁹

b) De otro lado cabe observar que la recepción e integración formal de la costumbre en el sistema normativo del ordenamiento jurídico no altera el carácter propio de la costumbre como forma específica del Derecho diferenciada de la ley. F. de Castro puntualiza en este sentido: “La costumbre –puede decirse sin vacilación- cabe que exista al lado de la ley, como una fuente¹⁰ independiente. La aceptación expresa o tácita, que de ella hacen las reglas estatales, no significa, ni tiene por qué significar, una conversión de su contenido en contenido de una norma legal. El ordenamiento estatal –añade de Castro- acepta, en los límites que crea convenientes, la validez de la costumbre y reconoce sus preceptos, con la peculiaridad de su origen y contenido, y, teniéndolos en cuenta ordena su observancia por los órganos del Estado”.¹¹

2. VÍAS DE RECEPCIÓN E INTEGRACIÓN.

La recepción e integración de la costumbre –norma de origen extraestatal- en el ordenamiento jurídico del Estado se lleva a cabo a través de las denominadas fuentes de recepción del Derecho. Mediante ellas el poder público, de forma expresa o tácita, reconoce la obligatoriedad de la costumbre, su validez como norma jurídica, y la incorpora formalmente al sistema del ordenamiento.

Dicho reconocimiento e integración de la costumbre en el ordenamiento jurídico puede realizarse por dos vías:

a) De forma directa mediante la referencia o remisión de la ley a la costumbre. En este supuesto la ley determinará el lugar y las funciones que corresponden a la costumbre en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, así como sus

8. De acuerdo con la terminología que venimos utilizando en nuestros trabajos el término fuentes aquí empleado por F. De Castro lo entendemos como sinónimo de tipos o especies normativas; como formas de existencia del Derecho. Véase mi *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, I, Cit. Págs. 323 y ss, 325 y ss.

9. Castro y Bravo, F. De, op.cit., pág. 377

10. Véase nuestra aclaración al respecto en la nota 8.

11. Op.cit. págs. 378 y 379.

requisitos y ámbitos de validez.¹² En este sentido nuestro Código Civil, después de declarar los tipos o especies de normas que integran el ordenamiento jurídico español (art. 1º, 1), dispone: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada” (art. 1º, 3).

b) Por vía indirecta –especialmente en los sistemas jurídicos en los que la jurisprudencia tiene reconocida la condición de fuente del Derecho- a través del reconocimiento y aplicación de la costumbre por los tribunales de justicia.¹³

3.RESULTADOS.

El reconocimiento formal de la costumbre como norma jurídica y su consiguiente integración en el sistema del ordenamiento jurídico constituye, como ya hemos indicado, una exigencia de la seguridad jurídica que postula la determinación clara y precisa (libre de toda duda) de cuáles sean las normas jurídicas vigentes y que, en cuanto tales, deben ser obedecidas y aplicadas.¹⁴

En virtud del reconocimiento e integración de la costumbre en el ordenamiento jurídico la costumbre, en cuanto norma surgida espontáneamente fuera del sistema de producción normativa establecido por la organización jurídico-política del Estado, alcanza un mayor grado de perfección ontológica y de garantía. Así tenemos, de un lado, que la costumbre, que poseía de suyo (originalmente) la validez sociológica y filosófica, se perfecciona ahora, ontológicamente, al alcanzar (en virtud de su reconocimiento e integración en el ordenamiento jurídico) la dimensión de la validez dogmática, que potencia su fuerza vinculante. De otro lado, el reconocimiento, refrendo y garantía de la costumbre por el poder del Estado, a través de su integración en el ordenamiento jurídico, perfecciona también, ontológicamente, a la costumbre dotándola de las notas de justiciabilidad y coercibilidad.

III. FUNCIONES DE LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

12 Vid. BODENHEIMER, E. *Teoría del Derecho*, trad. esp. de V. Herrero, 4ª. Reimpresión de la 1ª. Edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, págs. 107 y 108.

13 Ibid. Pág. 109; LLOYD, Lord D. *La idea del Derecho* (¿Perversidad represora o necesidad social?), trad. esp. de R. Aguilar de Ben y M. Barat, Ed. Civitas, Madrid, 1985, págs. 266 y 267.

14 MONTORO BALLESTEROS, A. *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, I, cit. Págs. 212 y ss. 215 y ss.

1. ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA COSTUMBRE Y FUNCIONES NORMATIVAS DE LA MISMA.

En los modernos ordenamientos jurídicos en los que generalmente se consagra la primacía del Derecho legal sobre el Derecho consuetudinario el ámbito de validez de la costumbre aparece acotado y limitado, de un lado, por la ley y, de otro lado, por los principios generales del Derecho. En este sentido la costumbre para ser válida no debe violar ni la ley (costumbre contra legem) ni ser contraria a los principios generales del Derecho.¹⁵A este respecto indica F. de Castro que corresponde “al prudente arbitrio judicial, la censura de las costumbres, debiendo los tribunales y los funcionarios en general rechazar y reprimir toda costumbre contraria a los principios morales, políticos o tradicionales de la Nación”.¹⁶

En función de estos supuestos el ámbito de validez de la norma consuetudinaria se configura como un espacio jurídico libre de regulación legal. Dentro de dicho ámbito –cuya extensión varía en el espacio y en el tiempo- la función normativa de la costumbre posee una doble significación o alcance, según se trate de un supuesto de remisión legal o de una laguna legal.

A. La remisión legal.

En el caso de la remisión el legislador, conscientemente, se abstiene de regular directamente una materia dejando su ordenación al Derecho consuetudinario. La remisión a la costumbre puede tener un carácter directo o supletorio. Se trata de una remisión directa cuando la ley prescribe que una determinada cuestión se regule de acuerdo con lo establecido en la costumbre. Tal es el caso del artículo 1287 del Código Civil al disponer: “El uso y la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en estos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”¹⁷. En la remisión indirecta, supletoria o subsidiaria, la ley establece que se aplicará la costumbre sólo cuando, en relación con un determinado supuesto, no existan otras normas reguladoras. Ello es lo que acontece, por ejemplo, en el caso del art. 570 del Código Civil, al disponer: “Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada,

15. CASTRO Y BRAVO, F. de, op.cit. pág. 389.

16. Ibid. Pág. 389.

17. Supuestos de remisión directa son también los establecidos en el Código Civil, arts. 571, 578, 1520, 1578 y 1695.

se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y en su defecto, por el uso y costumbre del lugar”

B. La laguna legal.

La existencia de una laguna legal implica ausencia de norma legal para regular un supuesto que de acuerdo con la teleología inmanente a la ley (ratio legis, plan del legislador), debería existir.¹⁸ Ante dicha situación tanto la doctrina como la ley misma han reconocido a la costumbre la función de integrar dichas lagunas. A este respecto dispone el Código Civil en su ya citado art. 1º.3: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

2. LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS LEGALES MEDIANTE LA COSTUMBRE. NATURALEZA DEL PROCESO.

A. Planteamiento del problema.

La integración de las lagunas legales mediante la costumbre plantea el problema doctrinal de si ello constituye un supuesto de heterointegración o de autointegración del ordenamiento jurídico. Entendemos por autointegración el proceso mediante el cual se colma la laguna legal recurriendo a otras normas o principios contenidos en el propio ordenamiento jurídico. La heterointegración tiene lugar cuando la norma o principio necesarios para integrar la laguna jurídica hay que buscarlos, en virtud de la técnica de la remisión o reenvío,¹⁹ en un ordenamiento jurídico diferente.

18 LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de la 4ª ed. Alemana por M. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, págs. 364 a 368 y 370; ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp. de E. Garzón Valdés, presentación de L. García San Miguel, Ed. al cuidado de J.L. Moreno Pérez, Ed. Comares, Granada, 2001, págs. 162 y ss, 166 y ss.

19 Se trata de una técnica elaborada en el ámbito del Derecho Internacional Privado (Zitelmann, Triepel) cuyo uso se ha extendido a otras ramas del Derecho (Derecho Internacional Público, Derecho Canónico, Derecho Civil...). Sobre esta cuestión véase: NIBOYET, J.P. *Principios de Derecho Internacional Privado*, trad. esp. de A. Rodríguez Ramón, Instituto Editorial Reus, Madrid s./a., en especial págs. 317 y ss; WOLFF, M. *Derecho Internacional Privado*, trad. esp. de J. Rovira Ermengol, Ed. Labor, Barcelona, 1936, págs. 119 y ss; CARRILLO SALCEDO, J.A. *Derecho Internacional Privado*, (Introducción a sus problemas fundamentales), Ed. Tecnos, Madrid, 1971, págs. 203 y ss; RIGAUX, F. *Derecho Internacional Privado*, (Parte general), trad. esp. de A. Borrás Rodríguez, Ed. Civitas, Madrid, 1985, págs. 299 y ss; REUTER, P. *Derecho Internacional Público*, trad. esp. de J. Puente Egido y prólogo de A. Truyol y Serra, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962, págs. 17, 19 y ss.

La respuesta concreta a la pregunta acerca de si la integración de las lagunas legales mediante el Derecho consuetudinario constituye un supuesto de autointegración o de heterointegración es algo que, en última instancia, depende de la concepción que se tenga del Derecho y de la significación y lugar que se le reconozca a la costumbre dentro del mismo.

B. Posiciones doctrinales.

Respecto de la concepción del Derecho y de la significación de la costumbre en el mismo deben distinguirse dos posiciones clave: de un lado, la identificación del Derecho con la ley, y, de otro lado, la distinción entre Derecho y ley.

a) La identificación del Derecho con la Ley.

Se trata del planteamiento típico del positivismo jurídico legalista que reduce el Derecho a la ley positiva (Derecho legal) elaborada por el Estado y niega valor, significación jurídica, a la costumbre²⁰, en la que ve un fenómeno del pasado o, cuanto menos, un elemento anómalo o extraño en el contexto del ordenamiento jurídico del Estado actual²¹.

Desde esta posición, que identifica el Derecho con el Derecho legal, las ideas de autointegración y de heterointegración poseen una significación muy específica y restrictiva que sitúa en la ley su línea divisoria o límite conceptual. Tales son las concepciones mantenidas al respecto por F. Carnelutti y N. Bobbio.

Para Carnelutti la autointegración consiste en colmar “la laguna mediante los recursos de la misma fuente -la ley en este caso- (...) Trátase, naturalmente-añade-, de una elaboración de la norma y de los preceptos suministrada por la misma fuente, en forma que permita apurar su elasticidad, es decir, que el caso no previsto pueda regularse”.²² En la misma línea de pensamiento entiende Bobbio –si bien con palabras que dejan un margen de ambigüedad- que la autointegración radica “en la integración (de las lagunas) llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito

20 CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones de Derecho Civil Español*, Nueva ed. revisada y puesta al día por A. de Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros, Tomo I, Madrid, 1959, pág. 448.

21 CASTRO Y BRAVO, F. de, op. Cit. Pág. 377.

22 *Teoría general del Derecho*, trad. esp. de C.G. Posada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pág. 116.

23 BOBBIO, N. *Teoría dell'Ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 1960, pág. 166. Debe observarse que la “ambigüedad” a la que aludíamos en el texto viene introducida por la expresión de que en la autointegración el complemento de las lagunas debe llevarse a cabo “por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos y (aquí aparece la ambigüedad) recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante (“e col minimo ricorso a fonti diverse da quella dominante”) op.cit. pág. 166. ¿Qué quieren decir exactamente los términos “recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante”? ¿Qué significación y

de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos y recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante”.²³

Respecto de la heterointegración piensa Carnelutti que en ella “se trata de rellenar las lagunas de una fuente con las normas o los preceptos suministrados por fuente distinta”.²⁴ El método de heterointegración, aclara Bobbio, “consiste en la integración (de las lagunas) llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamiento diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado)”.²⁵

La clave de este modo de entender las tareas metodológicas de la autointegración y heterointegración de las lagunas jurídicas radica, insistimos, en la específica concepción del Derecho defendida por el positivismo jurídico legalista que reduce el Derecho a la ley y que ve en la costumbre un elemento extraño al Derecho; una norma que tiene su origen directo en la sociedad, al margen de la estructura jurídico-política del Estado y del sistema de producción normativa establecida por el mismo.

b) La distinción entre Derecho y Ley.

Frente a la tesis que identifica el Derecho con la ley debe observarse que la costumbre –que evidentemente es una entidad distinta de la ley, cuyo origen está en la sociedad y no en el Estado- no es algo extraño al Derecho (ordenamiento jurídico) sino una parte constitutiva del mismo. Como indica el propio Kelsen el principio de efectividad opera no sólo en el Derecho Internacional sino también en el Derecho interno, de manera que pueden formar parte del ordenamiento jurídico normas cuya validez la haga depender dicho ordenamiento de su eficacia.²⁶ “Tal

alcance tiene aquí la palabra mínimamente? Parece que Bobbio al hablar de ese recurso mínimo a otras fuentes distintas de la dominante (la ley) está pensando solamente en los principios generales del Derecho, en los que ve “normas fundamentales o generalísimas del sistema” (op.cit. pág. 181), y no en el recurso a la costumbre que para él –al considerar a la costumbre como una norma ajena al sistema, situada fuera del mismo- constituiría un supuesto de heterointegración (op.cit. pág. 169).

En cualquier caso no parece que la consistencia lógica de los conceptos de autointegración y heterointegración se deba hacer depender de categoría tan imprecisa y difusa como es la referencia a las nociones de máximo y mínimo. Una línea o es recta o no lo es. Lo que no puede ser es “mínimamente” recta.

24 Op.cit. pág. 123.

25 Op.cit. pág. 166.

26 Vid. KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, (Introducción a la Ciencia del Derecho) trad. esp. de la ed. francesa de 1934 por M. Nilve, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, pág. 146.

27 Ibid. Pág. 146.

sucede , especialmente –explica Kelsen- , cuando la constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del Derecho junto a la legislación”.²⁷

Desde estos supuestos la costumbre no puede ser considerada como algo ajeno al Derecho, al ordenamiento jurídico, sino como una parte esencial, constitutiva, del mismo. Costumbre y ley no son pues dos entidades de naturaleza distinta y excluyentes sino dos formas diferentes de manifestarse y existir esa única realidad que es el Derecho.²⁸

Desde este punto de vista el Derecho se configura así como un todo, unitario y complejo al mismo tiempo, integrado por leyes, costumbres y principios generales del Derecho, tal como reconoce el art. 1º.1 de nuestro Código Civil.

Como puntualización y aclaración a lo dicho interesa subrayar que la recepción e integración formales de la costumbre en el sistema del ordenamiento jurídico, y su consideración como parte esencial del mismo, no debe entenderse como mero resultado de una decisión puramente técnica y gratuita del legislador, sino como lógica y necesaria consecuencia del reconocimiento, por parte del legislador, de la naturaleza plural, y en gran medida espontánea y orgánica, del Derecho en cuanto fenómeno histórico-cultural. Como ya hemos indicado la ley y la costumbre no son sino cauces y formas normativas diferentes a través de las cuales se manifiestan, concretan e integran en el sistema del ordenamiento jurídico los principios y valores, las ideas, creencias y sentimientos que constituyen el contenido y, al mismo tiempo, las exigencias del “ethos social”.²⁹

Desde la perspectiva anteriormente indicada –y puesto que el Derecho, como ya se ha señalado, no es un fenómeno exclusivamente estatal- sería conveniente precisar las significación y alcance del art. 1º.1 del Código Civil al disponer que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

28 Véase al respecto, por ejemplo, el planteamiento clásico de G. Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Siches, 9ª, ed. española, corregida, aumentada y revisada por L. Legaz Lacambra, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1991, pág. 366. Sobre esta cuestión véanse también PÉREZ LUÑO, A.E. *El desbordamiento de las Fuentes del Derecho*, Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia (12 de diciembre de 1993) Sevilla, 1993, págs. 39 y 40; MONTORO BALLESTEROS, A. *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, cit. En especial las págs. 327 y ss.

29 Vid. PÉREZ LUÑO, A.E. op.cit. págs. 52, 61 y 71.

A nuestro modo de ver dicho precepto no tendría en rigor una virtualidad constitutiva sino declarativa. Mediante dicha norma se reconoce, en la complejidad de su estructura orgánica y plural, la realidad previamente existente del Derecho integrado por leyes, costumbres y principios generales. Ello significa, dicho en otros términos, que la costumbre no es Derecho porque así lo disponga la ley sino que la ley reconoce y garantiza la condición de la costumbre como norma jurídica porque ella es una forma natural, esencial, de manifestarse y de existir del Derecho. En este sentido merecen una atenta y serena meditación las siguientes palabras del profesor N. Pérez Serrano, a propósito del Derecho político: “Ciertamente que el Derecho político propende a cierto predominio de la ley, muy propio, por lo demás, de las corrientes racionalistas de la pasada centuria; pero no lo es menos que esta superstición un tanto idolátrica se halla muy en crisis hoy. Y la contemplación serena de la realidad nos dice que la ley no puede preverlo ni regularlo todo; que hay materias refractarias a la normación precisa, que resta siempre agilidad y fluidez; que la costumbre tiene un origen natural y orgánico, independiente de su regulación por la ley; que resulta superflua la ambiciosa pretensión de ésta al permitirla, e ilusoria la malhumorada prohibición de formarla; que si la conciencia jurídica del país crea mediante repetición de actos una norma jurídica con caracteres de obligatoriedad, su imperio es indiscutible en absoluto; y que si el pueblo interviene en la esfera política más quizás que en ninguna otra, no parece justo ni posible excluirle de intervenir por esa vía en la organización fundamental y activa del Estado, que ha de ser cuestión de capitalísimo interés para la propia comunidad”.³⁰

C. Conclusión.

Entendida la costumbre como parte integrante del Derecho, del ordenamiento jurídico, ello permite un planteamiento y una explicación diferentes de la significación del proceso de integración de las lagunas legales mediante el Derecho consuetudinario. Desde este punto de vista la remisión a la costumbre para colmar las lagunas de la ley no constituiría ya –como entiende el positivismo legalista- un supuesto de heterointegración del ordenamiento jurídico sino un claro ejemplo de autointegración del mismo. En dicho caso el ordenamiento jurídico encuentra en su propia sustancia, en su propio contenido (en la costumbre que es parte integrante de él) la solución para el supuesto no previsto por la ley. Se trata, en definitiva, de un proceso de naturaleza similar al de la integración de las lagunas legales mediante el

30 Op.cit. págs. 448 y 449. Véase también GARCÍA VALDECASAS, G. Op.cit. pág. 90.

recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, proceso en el que Bobbio, desde su específico punto de vista (para él “los principios no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema”), si ve un supuesto de autointegración.³¹

RESUMEN:

1. El autor parte de la consideración de la ley y la costumbre como formas específicas (complementarias y no excluyentes) de manifestarse y existir de esa única realidad que es el Derecho. 2. A continuación estudia la significación y alcance del proceso de recepción e integración formal de la costumbre en el ordenamiento jurídico, así como el ámbito de validez y las funciones que corresponden a la costumbre dentro del mismo. 3. Por último se ocupa del análisis de la naturaleza y significación del proceso de integración de las lagunas legales mediante el Derecho consuetudinario, viendo en él un caso de autointegración del ordenamiento jurídico.

31. Vid. BOBBIO, N. op.cit. págs. 171 y ss, 179 y ss, en especial la pág. 181.