

LOS USOS COMO FUENTE DEL DERECHO

Por el Dr Julio AYASTA GONZALEZ, de la Carrera Judicial Peruana, Miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. (Colaboración especial para la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.)

SUMARIO: 1. Los usos sociales. 2. Los usos sociales en el Código Civil peruano. 3. Los usos del tráfico o usos comerciales. 4. Los usos del tráfico en el derecho peruano. 5. Diferencia entre usos del tráfico y usos sociales. 6. Normas jurídicas y usos sociales. 7. Los usos y el Derecho Consuetudinario.

Desde un punto de vista teórico son fuentes del Derecho, la legislación, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho, el derecho consuetudinario, etc. La materia propia del Derecho, sin embargo, no se agota con una especial consideración de estas fuentes; de ahí el objeto del presente estudio.

Según unos autores, los usos se cumplen espontáneamente, pero si es cierto que hay usos sin pretensión normativa, los hay también que *crean* un deber. Dicho en otros términos: no sólo el derecho es norma ordenadora de la vida social; también lo es el uso social y con mayor razón el uso del tráfico mercantil.*

* Sobre este punto, el lector puede consultar: DEL VECCHIO, *El homo juridicus y la insuficiencia del Derecho como regla de vida*, en el volumen *Derecho y Vida*, Barcelona, Bosch, 1942; SAUER, *Filosofía Jurídica y Social*. Barcelona, Labor, 1933; RECASÉNS SICHES, *Vida Humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, México, 1945; LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*,

1. *Los usos sociales*

La vida social —es sabido— se compone de usos o prácticas más o menos constantes y generales en los distintos órdenes de la actividad humana: hábitos de la vida, costumbres del pueblo o de una clase de él, usos del comercio, de la agricultura, de la industria, reglas de urbanidad y cortesía, conveniencias sociales como la moda, prácticas morales o religiosas, etc. Ellos aparecen históricamente en primer término. Son simples elementos de hecho extraños al Derecho, pero no por eso dejan sentir su influencia. Sostener lo contrario sería desconocerla.

Las prácticas diarias como cuadro real de la vida no pueden ser pasadas por alto por la jurisprudencia. Fuera de la legislación y la costumbre, no existen para el derecho positivo más fuentes jurídicas; todas las demás son fuentes secundarias. Ahora bien ¿podrá considerarse a los usos, en un momento dado, como fuentes jurídicas? Para contestar adecuadamente a esta pregunta, habrá que referirse a la distinción que la doctrina ha elaborado en cuanto a los usos: los usos sociales, también llamados convencionalismos sociales o reglas del trato social,¹ de un lado y los usos del tráfico o usos comerciales, del otro.

Estudiando el punto, Windelband se expresa así: los usos son normas cuya fuerza deriva de la tradición; un modo de querer, sentir y obrar dentro del cual nos hallamos, y al que prestamos nuestra colaboración sin indagar su fundamento, tal vez sin preguntarnos por su fin.² Clemente de Diego, al referirse a ellos, los entiende completamente distintos de la costumbre, fuente de todo Derecho; podrán constituir una costumbre social, una costumbre en sentido natural, de hecho, pero no una costumbre jurídica. Tienen de común con ésta el uso en la convivencia social; pero quedan en eso, en mera repetición de acciones uniformes, constante reite-

Barcelona, Bosch, 1943; DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del Derecho*, México Uteha, 1946, 2 tomos; STAMMLER, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Reus, 1930; KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911; De Diego, *Fuentes del Derecho Civil español*, Madrid, 1922; De Buen, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid, s. f.; RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1930. Y para una discusión del tema: *Droit, Morale et Moeurs*, tome III del *Anuario del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica*, Paris, Sirey, 1936.

1 Es preferible la denominación "reglas del trato social", porque dentro de ella cabe el sinnúmero de normas de nuestra vida social. Obsérvese más bien que la expresión "convencionalismos sociales" origina confusión, cuando se quieren aplicar al Derecho ciertos conceptos de la vida. En efecto, el rótulo "convencionalismos sociales", como acertadamente afirma el insigne Profesor Recaséns Siches, evoca la idea de convención, de convenio, que es cosa completamente distinta a lo que aquí se trata. Cfr. del referido autor, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, México, 1945, pp. 183-184.

2 *Einleitung in die Philosophie*. Tübinga, 1914, p. 315.

ración de ciertos hechos, y como *consuetudo est altera natura*, producen inclinación y deleite en el obrar y no de otro modo, verdadero hábito; pero no van presididos por convicción jurídica alguna, no son actuación de derecho, y en tanto no producen ni manifiestan regla alguna de la vida jurídica son, en suma, *aliquid facti y non juris*.³ Es decir, que los usos sociales no ofrecen el menor rastro de manifestación de una regla como la que ofrece la costumbre jurídica. Y en consecuencia, no son fuentes de Derecho; constituyen a lo más una costumbre social, no una costumbre jurídica.

2. *Los usos sociales en el Código Civil peruano.*

Cuando el Código Civil dice no está sujeto a colación lo que se ha gastado en regalos, siempre que estén de acuerdo con la condición de la familia y las costumbres (artículo 778, segunda parte); que la venta de cosas que es costumbre probar antes de recibir las, se reputan hechas bajo condición suspensiva (artículo 1384); que la sevicia y la injuria grave, como causales de divorcio, serán apreciadas por el Juez... (artículo 247, última parte); que en lo que respecta al cuidado del bien usufructuado, el usufructuario... (artículo 929); que en caso de muerte del alimentista, el obligado a prestar los alimentos, debe abonar... (artículo 453, segunda parte); todas estas prácticas, que son las del modo de vivir ordinario de las gentes, son usos o prácticas sociales. El juez no podrá menospreciarlos, si quiere aplicar debidamente el Derecho.

Y si se ahonda en el examen del Código, se podrá establecer que hay dispositivos que, sin hacer referencia expresa a los usos, se infieren por simple deducción. Así resulta del espíritu del artículo 439 del C. C., cuando dice: "se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la posición social de la familia"; del artículo 171, que dice: "la mujer lleva el apellido del marido, agregado al suyo, y lo conserva mientras no contraiga nuevo matrimonio"; y otros más.

3. *Los usos del tráfico o usos comerciales.*

Esta clase de usos no son simples usos de hecho, como los usos sociales. Los usos del tráfico se observan en los actos jurídicos, pudiendo referirse tanto a actos unilaterales como bilaterales. En las convenciones, las partes acuden a ellos para regular su contenido.

3 *Fuentes del Derecho Civil español*. Madrid, 1923, p. 303.

Los usos del tráfico se diferencian de los usos sociales en que ya son cosas de derecho. Puede asegurarse, sin temor a equivocarse, que los usos del tráfico han ingresado ya al campo del Derecho, están más cerca como ejercicio de actividad jurídica, pero se parifican a aquellos elementos de puro hecho, circunstancias de lugar, tiempo, personas, etc., en que son meros índices del pensamiento y voluntad de los autores del acto jurídico. Los usos del tráfico que, como las convenciones de que surgen, tienen su raíz en la voluntad de los contratantes, valen en cuanto son queridos o han podido ser conocidos y queridos por ellos; cabrá, sí, presunción de conocimiento y voluntad; pero *simple juris tantum* no *juris et de jure*.

No habrá pues que confundirlos con los simples usos o cosas de puro hecho. Cuando se habla de usos del tráfico, la referencia va dirigida a aquellos usos aplicables a la conclusión de un acto jurídico. Lo que autoriza —afirma De Diego— “no sólo para interpretar en estos actos expresiones dudosas según el uso del lenguaje individual o general (efecto interpretativo), sino también, para suponer como queridos, según el uso, puntos que no fueron expresamente convenidos (efecto supletorio, reintegrador, que completa el acto).”⁴

Tampoco habrá que confundirlos con los actos jurídicos mismos, porque si bien ambos son modos de obrar con trascendencia jurídica, se diferencian en cuanto a sus efectos. Si la ley o la costumbre suplen la voluntad de las partes, los usos del tráfico sólo llegan a suplir la manifestación de voluntad de las mismas, que es cosa diferente.

4. *Los usos del tráfico en el derecho peruano.*

La doctrina nacional habla de usos, costumbres (en plural), forma acostumbrada, costumbres locales, etc. Es decir, que se hace eco de todo aquello que se conoce con el nombre de “usos del tráfico”, “usos comerciales” o aún “usos convencionales”; sólo que el vocablo “convencional” —como ya se ha dicho— evoca la idea de convención.

Ya hemos dicho también en otro lugar, que el Código Civil hace alusión a los usos sociales. Y en cuanto a los usos del tráfico también están reconocidos, pero sólo en determinados artículos. Su importancia no puede pasar desapercibida por el legislador ni por el Juez. El Código de Comercio, verbigracia, habla de “usos del comercio” en su artículo segundo, primer apartado.

4 De Diego. *Op. cit.*, p. 308.

Cuando el Código Civil habla de usos y costumbres, los identifica deplorablemente. Lejos pues, de permitir una diferenciación entre ambas fuentes supletorias, crea dificultades. Es evidente que las normas jurídicas absolutas predominarán ante los usos del tráfico, pero también es cierto que éstos tienen, a veces, preferencia sobre aquellas. Según el artículo 157 del Código Civil alemán, los contratos han de interpretarse de buena fe, habida cuenta de los usos del tráfico. En el artículo 1258 del Código Civil español aparece confirmado el valor que estos últimos tienen en el perfeccionamiento de los contratos, usos que deben estar conformes con la buena fe y la ley. Cuando el Código Civil peruano, en el artículo 1328, establece que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, parece que los usos del tráfico no fuesen parte integrante de los contratos; sin embargo, es lo contrario. Dicho dispositivo no contiene referencia expresa a los usos del tráfico, como lo hace el artículo 157 del Código alemán o el numeral 1258 del código español, pero la indicación es sobreentendida, porque expresar que el contrato debe ejecutarse habida cuenta de los usos del tráfico, importa simplemente formarse un juicio analítico.

Frente a un caso, el juez, para juzgar de la intención de las partes contratantes no puede dejar de atenerse a los actos anteriores al contrato, entre los cuales está el uso. El uso, pues, tiene el papel de supletorio; suple lo que las partes no pactaron. Un ejemplo aclarará mejor el concepto. Supongamos que una persona presta a otra una cantidad de dinero, para devolverla en x años; en el interregno y por un motivo cualquiera b (dada la confianza entre ellas), no se pactó intereses. Ahora bien, el prestario abona al prestamista intereses al 5% anual, tal y como lo había hecho en anterior oportunidad en que sí pactaron intereses ¿podrá el prestatario dejar de abonar los intereses a su vencimiento? De ninguna manera. Luego el uso ha venido a suplir la voluntad de aquellas partes que no pactaron intereses.

Por lo demás, el codificador ha omitido señalar reglas para la interpretación de los contratos; si bien deja al arbitrio del Juez proceder en cada caso. Mal podría el Juez dejar de resolver, frente a un caso en que las disposiciones jurídicas complementarias no fuesen suficientes. Y por lo mismo, no deberá sostenerse que el artículo 1328 del código civil peruano es limitativo a la buena fe. Los usos del tráfico no pueden dejar de estar en armonía con ella.

De otro lado, los usos del tráfico tienen en derecho civil una función de interpretación y de integración. Cuando el Código Civil dice en

el artículo 929, que el usufructuario debe explotar el bien usufructuado en la forma normal y acostumbrada, esto quiere decir, que en caso de litigio, habrá que acudir a una función de interpretación. Y se reconocerá a los mismos una función de integración cuando las partes declaran que se someten expresamente a tales o cuales usos. Así pues, aunque el artículo 1328 C. C. no hace referencia expresa a los usos del tráfico, habrá que tomarlos en cuenta. Ahora que, cuando el Código dice: “el Juez asignará a la mujer divorciada que no tiene bienes propios ni ganancia suficientes, ni está acostumbrada a subvenir a sus necesidades con el producto de su trabajo lucrativo, una pensión alimenticia, que no exceda de la tercera parte de la renta de aquel” (artículo 260), no se sabe, en realidad, si remitirse a la renta que el marido tenía cuando celebró su matrimonio, o a aquella de que pudo disponer cuando se declaró su divorcio.

Para terminar este punto —que a menudo el codificador nacional califica de equivalente, pero que es distinto— precisemos, una vez más, que no hay que confundir los usos del tráfico con la costumbre. Ambas tienen características propias. En una gradación de las fuentes del Derecho no podrán tener el mismo rango.

Finalmente, los usos del tráfico como el derecho consuetudinario, llegado el caso, deben probarse. El Juez, en cambio, no podrá aplicar los usos o las costumbres que fuesen de su conocimiento.

5. *Diferencia entre usos del tráfico y usos sociales.*

De lo dicho hasta ahora, se puede afirmar que no es lo mismo usos del tráfico que usos sociales. Es preciso distinguir unos de otros. Son usos sociales, las propinas, los obsequios de boda entre amigos o aun entre parientes, la invitación a una fiesta, el acompañamiento a un acto religioso, la limosna dada al prójimo, etc. Todas esas reglas, muchas de las cuales son reglas de mera cortesía, no pueden tener eficacia alguna en el campo del Derecho. Si alguien faltara a ellas, no se las podría hacer efectivas, ni menos imponerlas coactivamente, lo que quiere decir —como muy bien ha dicho el Profesor Recaséns Siches—, que los usos sociales o reglas del trato social son usos sin pretensión normativa, en tanto que los usos del tráfico o usos comerciales no crean un deber sobre los demás.⁵

Por otra parte, —se ha dicho más adelante— los usos del tráfico tienden a suplir la voluntad de aquellas partes que celebraron una convención,

5 Cfr. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México, 1945, y DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del Derecho*. México, Utha, 1946, tomo 1, p. 227.

es decir, tienen el papel de supletorios. Pero los usos sociales también desempeñan ese mismo papel. Y si llevamos las cosas más lejos, por ejemplo: si yo hago caso omiso en la observancia de una regla del trato social, nadie podrá obligarme su cumplimiento. A lo más el círculo que me rodea me expulsará de su seno; pero a más querer también, podré menospreciarlo cuantas veces se me ocurra; en tanto que si yo recibo de A un capital de n pesos y por olvido cualquiera, o dada la confianza entre nosotros, dejamos de pactar intereses, esto no quiere decir que yo pueda sustraerme al pago de los mismos. En este caso, cabalmente, los usos del tráfico comercial decidirán sobre la observancia del pago de los intereses vencidos y por vencerse. De ahí que De Buen haya dicho, que los usos del tráfico son modos constantes y uniformes de realizar actos jurídicos.⁶ Con lo que queda establecida la diferencia entre éstos y los usos sociales.

6. Normas jurídicas y usos sociales.

En realidad, es muy delicado señalar un criterio diferencial entre las normas jurídicas y las normas del trato social. No parece exacto decir que entre las normas jurídicas y la *Sitte* (expresión alemana que equivale a usos sociales) existe solamente una diferencia de grado, como ha sostenido Radbruch;⁷ pues, tan coercible es el Derecho como los usos sociales: es el caso, por ejemplo, de los códigos de honor, como se verá más adelante.

Una opinión muy generalizada es la que señala el carácter autárquico del Derecho, a diferencia de los usos sociales que sólo dan lugar a presunciones de voluntad. Así, afirma, Stammler, que el Derecho es autárquico porque, una vez establecido, se impone en cada caso. En cambio, los usos se cumplen por propia voluntad de quienes los observan; no imponen la obediencia ni obligan a ella, aunque invitan a ella.⁸

Para el mismo autor, los usos lejos de ser una exigencia incondicionada, carecen de autarquía, es decir, que solamente “invitan” a algo. Es el caso de aquel que no devolviéndome el saludo o lo hace de una manera poco cortés, no más recibe mi consideración. De donde aparentemente se tiene que el uso ni es norma ni puede serlo: le falta algo. Mas, si consideramos en conjunto, tanto los usos como las normas jurídicas, y los miramos por el espectro de su validez, unos y otros resultan a la postre

6 DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho Civil*. Madrid, Revista de Derecho Privado pp. 317-318.

7 RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Madrid, 1930, p. 11.

8 *Theorie der Rechtswissenschaft*. Halle, 1911, pp. 95 y ss.

acompañados de sanción; en unos más que en otros, pero al fin y al cabo. Es decir, que tomando las cosas desde un punto de vista general, en ambos (usos sociales y Derecho) hay sanción, y tan la hay que cuando no acudo a la cita de un amigo, siento algo en mi espíritu, del “en qué concepto me tendrá”. Siento pues algo emotivo, que materializado puede traducirse en un sufrimiento motivado por mi falta de cumplimiento, al que puede agregarse el desprecio que, para el hombre de sociedad, tiene honda significación; siendo precisamente esa significación que puede caer bajo la amenaza de una sanción dentro del círculo social que nos rodea; sanción más o menos eficaz, más o menos vaga, pero sanción .

Habiendo llegado, empero, a este punto, quizás se nos observará que hemos caído en un barullo; pero dígame lo que se quiera, no hay tal. Los usos sociales se imponen allí donde el Derecho no ha llegado; y esto basta. El Derecho —es sabido— no lo cubre todo; es necesario apelar al uso social, y al acudir a él está confirmando su papel de norma supletoria del ordenamiento jurídico.

Luis Legaz y Lacambra, Profesor en la Universidad de Santiago de Compostela, arguye que las normas de los usos sociales no son, estrictamente ni normas jurídicas, ni normas morales.⁹ Pero esta conclusión nada nos dice ni nada nos adelanta. Decir que los usos sociales no son ni una ni otra cosa, es esquivar el problema.

No puede negarse que los usos sociales van acompañados de sanción; solamente que esa sanción es imprecisa y diferente de la de las normas jurídicas; obedece a un patrón y por eso no se patentiza. De otra manera tendríamos que ceñirnos estrictamente al “que dirán”, si a determinado acto social dejo de concurrir con vestido de etiqueta, habiéndose prescrito de esa manera y no de otra; al “como será” si no pago la deuda de juego a la que me comprometí con honor; al “como se reirá la gente” si presido un entierro con ropa ligera; etc.

En una palabra: los usos sociales prestan rastros de sanción. De no ser así, se interpretarían con las normas morales, y de presentarlas plenas de coercibilidad se confundirían con las normas del Derecho.

Pero hay otro problema que debe ser considerado aparte: es el referente a los usos del tráfico mercantil (en tanto normas valederas y observables en el mundo jurídico). En efecto, en esta clase de normas, la sanción se hace más patente, a diferencia de la de los usos sociales que es en grado ínfimo, porque si observamos al hombre en su vida diaria, éste realiza y sujeta sus actos (los del comercio jurídico) a determinadas cláu-

9 *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1943, p. 237.

sulas, que cuando dejan de ser cumplidas, inquietan de una coercibilidad exterior.¹⁰

Lo dicho hasta ahora no basta, sin embargo, para los fines propuestos. Hay más. En el espacio de poco tiempo, la figura de Recaséns Siches, a quien repetidamente nos hemos referido, ha producido un trabajo de interés sobre la materia. Sería dejar incompleto el cuadro si no aludiéramos a las nuevas concepciones del egregio jurista. Para él, las reglas del trato social como las del Derecho son heterónomas, no autónomas; rigen, quieren tener vigencia, con independencia de la intimidad del sujeto, como algo debido externamente a los demás; como precepto cuya obligatoriedad es perfecta sin necesidad de contar con la adhesión de sus destinatarios.¹¹ Y agrega: "porque cumplir un uso es vivir no la propia vida, sino vivir según un módulo colectivo, según un patrón recibido de los demás —como un círculo social determinado—, y como la vigencia de ese módulo no está condicionado a mi individual convicción, resulta que las reglas del trato social¹² son heterónomas".

Y no solamente las reglas del trato social son heterónomas, como afirma Recaséns, sino que además llevan impresas las notas de exterioridad y positividad, que como es sabido son comunes al Derecho. Más, expuestas las cosas de esta manera, parece que la conclusión a la que habría de llegarse sería a una plena identificación entre usos y Derecho; lo cual, sin embargo, no es así. Porque si observamos el modo como se producen unos y otros y la forma como está predeterminado en ellos la sanción, fácil es darse cuenta que son dos cosas completamente diferentes, desde que ambas formas de vida no tienen una misma y pareja dimensión. Las reglas del trato social no podrán imponerse inexorablemente, en tanto que las normas del Derecho sí, o por lo menos esa es su finalidad. Dicho en otras palabras, ambas clases de normas llevan impresa la sanción, más o menos precisa, más o menos concluyente —como se ha dicho anteriormente—, pero ahí está como cobijada, en la misma forma como lo está en el Derecho consuetudinario o en el Derecho, con la única diferencia de que distinguiendo entre reglas del trato social, en éstas apenas hay rastros de sanción, mientras que en los usos del tráfico comercial se hace más patente, dado que tienen la pretensión de crear un

10 Es así como el Profesor Legaz y Lacambra que, al principio, esquiva el problema de la calificación de las normas del uso social, llega después a coincidir con el autor de estas líneas, sentando precisamente que éstas van acompañadas de sanción, y con mayor razón las normas del tráfico mercantil. Cfr. *Op. cit.*, pp. 239 y ss.

11 DEL VECCHIO y RECASÉNS, *Op. cit.*, tomo I, p. 218.

12 Como se ha dicho en otro lugar, el autor prefiere el término "reglas del trato social" a usos o convencionalismos sociales.

deber sobre los demás. En suma, para nosotros, las reglas del trato social enarbolan la bandera de la normatividad jurídica, pero no con el mismo furor como lo hacen las normas del tráfico mercantil ni menos como las del Derecho mismo, porque si así fuese, nada habremos distinguido.

Lo dicho nos lleva pues a reconocer a la sanción como nota característica de ambas clases de usos. Distinta en grado, es cierto, pero común a ellas. Y es según esta interpretación, que el Profesor Recaséns ha logrado diferenciar a las reglas del trato social de las del Derecho, atendiendo a la exigibilidad coercitiva de este último, es decir a la nota de autarquía de que nos hablaba Stammler; sólo que el autor alemán, al considerar el uso como mera invitación, incurría en lamentable error.¹³

7. *Los usos sociales y el Derecho consuetudinario.*

Creemos haber adelantado ideas a este respecto. Si nos colocamos en el terreno estrictamente jurídico, podremos establecer que la costumbre se diferencia de los usos en que aquella tiene fuerza obligatoria incondicional, no condicional. La costumbre como el Derecho vale como norma imperativa. Por otra parte, la costumbre puede ser considerada como norma dispositiva allí donde la ley hace referencia a ella, allí donde la ley deja un vacío, como cuando el Código Civil dice: "en la forma acostumbrada" (artículo 929).

Los usos sociales, a diferencia de la costumbre, son tenidos únicamente como prácticas o, para mejor expresarnos, como puros elementos de hecho con cierta validez. Sirven únicamente al legislador y al Juez para puntualizar el contenido de un determinado derecho.

En conclusión: los usos como la costumbre tienen características propias. En una gradación de las fuentes ocuparán distinto rango.

13 Como exposición general de la teoría del Profesor Recaséns Siches sobre este tema, véase *Les usages sociaux et leur différenciation d'avec les normes juridiques*, en *Anuario del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica*, y las obras ya citadas.