

CAPITULO V: LA COSTUMBRE.

1.- Concepto.

Entendemos por costumbre, la repetición de una determinada conducta, realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico.

En forma más breve, también se ha dicho que es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio.

2.- Elementos.

Distinguimos entre elementos materiales o externos y elemento interno o psicológico.

a) Elementos materiales o externos.

a.1) Generalidad: general es la repetición de los actos, cuando éstos se llevan a cabo por la gran mayoría de los componentes del grupo social. Las conductas disidentes no menoscaban la generalidad si ellas se valoran como infracciones de la conducta mayoritaria o se califican de excepciones carentes de significación.

a.2) Constancia: hay tal, cuando concurriendo las mismas circunstancias no deja de realizarse una serie de actos uniformes. Si la cadena se interrumpe en algún período más o menos prolongado en que existan esas circunstancias, los actos no pueden fundar costumbre.

a.3) Uniformidad: existe, cuando la repetición constante de los actos efectuada por la generalidad de la comunidad, traduce el acatamiento a un mismo principio o regla. Los actos pueden ser o no materialmente iguales; lo fundamental es la igualdad de su significado.

b) Elemento interno o psicológico.

Los que realizan un determinado acto o repiten de manera uniforme cierta conducta, deben hacerlo movidos por la convicción de obedecer a un imperativo jurídico, de cumplir un deber de tal naturaleza, por una necesidad ineludible de Derecho y no por mera voluntad espontánea. Así, por ejemplo, hacer un regalo de cumpleaños o dar una propina, no constituyen jurídicamente costumbre, sin perjuicio que su omisión pueda acarrear la infracción a una norma de trato social.

En el proceso de formación de una costumbre jurídica, en un comienzo no existe la convicción de cumplir un deber jurídico, sino la de satisfacer una conveniencia jurídica; durante este período inicial, aún no hay costumbre o norma consuetudinaria; pero cuando con el correr del tiempo, esa convicción apunta al cumplimiento de un deber jurídico, los actos practicados con esta creencia constituyen costumbre.

3.- Distinción entre usos y costumbres.

La costumbre, que suele llamarse uso normativo, porque constituye norma jurídica, se contrapone a los usos propiamente dichos, denominados también usos individuales,

contractuales, negociales o prácticas de negocios. Estos no son sino prácticas o conductas que, por conveniencia, oportunidad u otros motivos, siguen en sus relaciones jurídicas determinados sujetos. No tienen el elemento de generalidad de la costumbre ni tampoco concurre en ellos el elemento psicológico. No obstante, un simple uso puede ser el germen de una costumbre.

La distinción entre costumbres y usos es antigua. Ya en las Siete Partidas se atribuía valor normativo a la costumbre y no a los simples usos.

Algunos autores, para marcar la diferencia, hablan de uso normativo o costumbre normativa para referirse a la costumbre propiamente tal, y de uso interpretativo o integrativo o costumbre interpretativa o integrativa para aludir a los usos.

Los usos propiamente dichos, individuales o contractuales, desempeñan diversas funciones. Algunos sirven para interpretar o aclarar la voluntad contractual, en cuyo caso se habla de usos interpretativos. A estos se refiere el Código Civil, al señalar que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por la aplicación práctica que las mismas partes hayan hecho de las cláusulas de otro contrato celebrado entre ellas y sobre la misma materia (art. 1564). Otros usos sirven para integrar o completar la voluntad contractual, que no se ha manifestado sobre un punto determinado, en cuyo caso se habla de usos integrativos o supletorios. El CC. establece, como consecuencia del principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, que ellos obligan no sólo a lo que expresan en sus cláusulas, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (art. 1546). Se alude aquí al uso integrativo o costumbre integrativa del contrato. De igual forma, el CC. se refiere al uso integrativo en el inciso 2º del art. 1563 (*“las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”*).

Los usos contractuales son obligatorios en virtud del contrato con el cual la ley los relaciona; no constituyen por sí mismos una fuente de normas, al revés de lo que ocurre con la costumbre. En todo caso, podríamos afirmar que los usos contractuales sí constituyen una costumbre, aunque *“particular”*, para un determinado contrato. En otras palabras, que para tal contrato, constituyen dichos usos norma jurídica (art. 1546).

4.- Clasificación.

a) Costumbre nacional o extranjera: de acuerdo al país en que se practique.

b) Costumbre general y local: atendiendo a si la costumbre impera en todo el territorio del Estado o sólo en determinadas regiones o lugares del mismo.

c) Costumbre contra la ley, fuera de la ley y según la ley.

Esta es la clasificación de mayor trascendencia jurídica y se formula atendiendo a la relación entre la costumbre y la ley.

Costumbre contra ley es la que introduce una norma destructora de la ley, ya sea proclamando su inobservancia, ya sea imponiendo una conducta diferente a la establecida por la ley. En cualquiera de estas situaciones conduce al desuso de la norma legal.

La costumbre fuera de la ley o en el silencio de la ley, es la que rige una materia sobre la cual no hay ley.

Costumbre según la ley es la que adquiere carácter de norma jurídica en razón de llamarla la propia ley a regir una materia dada.

d) Costumbre civil y costumbre mercantil, según la rama de derecho privado en la que se la invoque.

5.- Valor y fuerza obligatoria de la costumbre.

En los primeros tiempos de la humanidad, todo el Derecho era consuetudinario. Con el correr del tiempo, y no obstante ser cada vez más frecuente el Derecho escrito y que por la misma razón la ley pasó a ser la norma jurídica preponderante, la costumbre siguió jugando un importante rol, incluso con la fuerza para derogar la ley. Tal acontecía en el Derecho Romano, reconociendo el propio Digesto tal posibilidad. Posteriormente, Constantino, para resolver la confusión jurídica imperante, negó a la costumbre el poder para derogar la ley.

En nuestra época, la costumbre continúa desempeñando un importante papel en el Derecho Internacional Público. También tiene considerable valor en el Derecho Comercial. El Código de Comercio la acepta incluso fuera o en el silencio de la ley (art. 4º). En el Derecho Penal, en cambio, la costumbre carece de toda fuerza, pues no hay delito ni pena sin ley previa que lo establezca (principio de legalidad).

En el Derecho Civil, la mayoría de las legislaciones y la mayor parte de la doctrina reconocen escaso valor a la costumbre. Se sostiene que ella no puede crear derecho, porque esa misión está confiada en forma exclusiva a los órganos que integran el poder legislativo. Esta idea ha sido rebatida, señalándose que no es admisible la abdicación absoluta de la comunidad frente a los poderes constituidos, de su aptitud para crear derecho. Se afirma que la canalización perfecta del derecho mediante la ley escrita es ilusoria: quíerese o no, la vida continúa y nadie es capaz de detener su curso, de moldearla en un momento dado y para siempre.

La tendencia actual en los códigos civiles es la de ir, progresivamente, otorgando mayor valor a la costumbre, aceptándola en el silencio de la ley, permitiendo al juez, a falta de ley aplicable, pronunciar su sentencia de acuerdo a la costumbre.

En nuestro Derecho Civil, la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella (art. 2º). En consecuencia, en nuestra legislación civil se admite la costumbre “según la ley” (por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, arts. 1938, 1940, 1944, 1951, 1986; en el contrato de mandato, art. 2117).

Pero el campo de aplicación de la costumbre en materia civil se amplía considerablemente, conforme a lo dispuesto en el art. 1546, en relación al art. 1545: en efecto, siendo la costumbre un elemento del contrato, es una ley para los contratantes. Lo anterior implica, como señala Ducci, que no es necesaria ninguna declaración de los contratantes para que las costumbres vigentes a la época de celebrar el contrato, pasen a formar parte del mismo. Ellas se incorporan al contrato por el solo ministerio de la ley. Lo anterior se refuerza por lo dispuesto en el inciso 2º del art. 1563.

En todo caso, lo expuesto sólo rige en el ámbito contractual y entre las partes del contrato.

Otro caso en el Código Civil en que éste se remite a la costumbre encontramos en el artículo 1188, respecto de “*los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos*”. También en el artículo 1198, inciso 3º, cuando alude a “*los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre*”. En ambos casos, para no imputar el valor de los presentes o regalos a la legítima de un legitimario, una vez fallecido el causante.

En síntesis, el Código Civil se remite a la costumbre en las siguientes materias:

- Contrato de arrendamiento.
- Contrato de mandato.
- Ejecución de los contratos.
- Legítimas.

6.- Prueba de la costumbre.

A pesar de que la costumbre, en los casos en que la ley la llama a regir, es una norma jurídica, necesita ser probada ante los tribunales, porque a diferencia de lo que ocurre con la promulgación de la ley, ninguna autoridad pública atestigua oficialmente la existencia de la costumbre. En tal sentido, estamos ante una excepción al principio de que son los hechos y no el derecho lo que se prueba. Aquí, será necesario acreditar la existencia de una norma jurídica.

En materia civil, puesto que no existe ninguna disposición especial sobre la materia, cualquier medio de los establecidos por la ley es idóneo para demostrar la existencia de la costumbre. Habrá que atenerse entonces a los arts. 1698 y siguientes del CC. y a las normas probatorias del C.P.C.

No ocurre lo mismo en el ámbito del Derecho Comercial, donde impera un criterio restrictivo: conforme al art. 5º del Código de Comercio, la costumbre sólo puede ser probada por alguno de los medios siguientes:

a) Por el testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella. En otras palabras, se trata de probar que al menos en dos litigios, se ha fallado sobre la base de la existencia de la costumbre que ahora se invoca en otro proceso. Las sentencias pueden haberse dictado en cualquier época, incluso con posterioridad al inicio del juicio en el que se pretende acreditar su existencia o al acaecimiento de los hechos que motivan el pleito.

b) Por tres escrituras públicas otorgadas con anterioridad a los hechos que motivan el juicio en que debe acreditarse la costumbre. Se puede probar la costumbre, exhibiendo contratos celebrados por las mismas partes o por terceros, en los cuales se haya hecho referencia a la señalada costumbre, como un imperativo contractual. A diferencia del caso anterior, la ley previene aquí una eventual colusión para "fabricar" la prueba, exigiendo que las escrituras que contengan los contratos, se hayan otorgado no sólo antes del inicio del juicio en el que se pretende acreditar su existencia, sino incluso del acaecimiento de los hechos que motivan el actual pleito.

7.- Diferencias entre la costumbre civil y la mercantil.

a) La costumbre mercantil rige tanto según la ley como en el silencio de la ley; la costumbre civil, sólo cuando la ley se remite a ella, según la ley.

b) El CC. no determina los requisitos que debe reunir la costumbre para que sea fuente de derecho; el C. de C. sí lo hace, en su art. 4º, estableciendo que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo.

c) El CC. no determina los medios de prueba por los cuales debe probarse la costumbre, de modo que pueden emplearse todos los medios que el Derecho establece; el C. de C. señala en cambio, taxativamente, los medios para demostrar la existencia de la costumbre.
