

DR 01 62

Carrera de Derecho, Asignatura de Derecho Natural, título Los Usos Sociales, continuación, autor Antonio Fernández Galeano, fecha de grabación 11 de mayo de 1983. Continuamos en esta grabación el tratamiento de los usos sociales que iniciamos en la anterior. Allí vimos el concepto de los mismos y los caracteres o notas que los tipifican.

En esta grabación de hoy vamos a estudiar los diferentes criterios distintivos que se han propuesto para distinguir los usos sociales del derecho y también abordaremos el tema de si los tales usos sociales constituyen o no una normatividad sustantiva. Que hay que distinguir los usos sociales del derecho no cabe duda porque como ya señalamos en el comentario anterior tanto unos como otros, como los usos sociales como el derecho afectan o pretenden regular relaciones sociales y por tanto están actuando dentro de la misma área de conducta razón que acentúa todavía más la necesidad de diferenciar unos de otros. Ahora bien, esta diferencia no es sencilla.

Cicerón, hablando de algo parecido de los usos sociales en relación con la moral, no con el derecho, sino con la moral, ponderaba ya la dificultad que hay para diferenciarlos. ¿Cuál es la diferencia entre lo bueno y lo decoroso? Es más fácil de entender que de explicar. Algo muy parecido podría decirse del tema que a nosotros nos ocupa ahora.

Es decir, que todo el mundo intuye y conoce intuitivamente, por así decirlo, que los usos sociales son cosas distintas de la norma jurídica pero a la hora de establecer la diferencia no resulta sencillo en modo alguno puntualizar en dónde en concreto está la distinción. Vamos a hacer un repaso breve de los principales criterios que se han manejado para intentar esta diferenciación. En primer lugar, ha habido quien ha considerado el distinto origen del derecho y de los usos sociales.

Y así, mientras se dice el derecho procede del Estado, los usos sociales, en cambio, son un producto espontáneo de la sociedad. Este criterio, sin embargo, nos parece rechazable en primer lugar porque existe, no lo olvidemos, un derecho consuetudinario el cual es derecho, efectivamente, y sin embargo, por definición, no procede del Estado, sino que es producto precisamente de esa sociedad a la que antes hemos saludado. Pero es que hay más.

Es que hay que, como decía, argumentaba con toda razón Stamler, el concepto de Estado encierra ya la noción de un orden jurídico por lo que intentar la explicación del derecho por el Estado es incurrir en auténtica petición de principio. Una segunda distinción sería, o se habría intentado, por razón de la materia. Es decir, hay materias, cuestiones, conductas que normalmente están sujetas a la reglamentación de los usos sociales y otras, en cambio, que de ordinario están sujetas a la reglamentación de la norma jurídica.

Entonces bastaría con examinar el contenido para averiguar si se trataba de una norma jurídica o de un uso social. Sin embargo, esta postura es fácilmente rebatible con sólo apelar a los

numerosos ejemplos o testimonios de ciertos actos o conductas que históricamente han sido objeto ya de regulación jurídica o ya de un uso. Así, por ejemplo, Montesquieu cuenta que en la República Veneciana se dieron normas jurídicas sobre los vestidos para evitar el excesivo fasto, el excesivo lujo y, por tanto, el excesivo gasto en los mismos.

Stamler menciona, en un sentido parecido, una ordenanza de Lübeck de 1697 en que igualmente se regulaban los regalos nupciales, las ceremonias de bodas, bautizos, entierros y sepulturas. En todos estos casos, como se ve, se trata de bueno, de actuaciones sociales, de conductas, de comportamientos ordinariamente relegados a la regulación de los usos sociales como es la moda, como son los regalos, como son las ceremonias más o menos fastas y alegres o tristes en el caso de los entierros o de los bautizos, etcétera y que, sin embargo, han sido objeto de regulación jurídica. Es más, en nuestra propia historia de España, según nos recuerda el profesor Legat, hay un caso curioso que es el del motín de esquilache que, como todo el mundo sabe, se produce porque el pueblo se alza contra una norma jurídica que regulaba el uso del vestido, prohibía el sombrero a la ancha y la capa larga la moda, nunca ha sido objeto de regulación jurídica, pero en este caso sí y, por tanto, como se ve, hay determinadas materias que no siempre son específicamente consideradas por un uso o por una norma jurídica.

Aparece en tercer lugar la tesis de Stamler en la cual sostiene que la diferencia puede estar en que a los usos sociales les falta para ser derecho la nota de la autarquía. Como es bien sabido, el referido autor alemán Rodolfo Stamler definía el derecho atribuyéndole cuatro notas. Decía que el derecho es un querer entrelazante, autárquico e inviolable.

Las notas, pues, de la voluntad, de la interrelación, de la autarquía y de la inviolabilidad. Pues bien, considera Stamler que los usos sociales poseen todas esas notas salvo la nota de la autarquía, pues mientras que el derecho se impone a toda costa exigiéndose su cumplimiento de modo inexorable, los usos sociales son, empleamos la misma palabra que utiliza Stamler, una simple invitación. Los usos sociales invitan a observar una cierta conducta y quien no acepta la invitación recibirá las sanciones sociales inherentes a ello, desde luego, pero no podrá ser forzado el cumplimiento del uso.

El criterio de Stamler, sin embargo, no nos parece tampoco aceptable porque si los usos sociales son simplemente invitaciones sólo por eso se les quita ya la posibilidad de esas normas, ya que su igualdad, como toda invitación, se deja depender de la voluntad del sujeto que los acepte o no. Kelsen considera que las normas jurídicas disponen de un órgano estatal que las aplique de una forma coercitiva en caso necesario, es decir, en caso de que la norma se encuentre frente a una voluntad resistente, cosa que no ocurre en el uso social que carece de ese órgano de imposición coercitiva. En un sentido muy parecido, y en esto estaría entonces la distinción entre norma jurídica y uso social, en un sentido muy parecido se pronuncia Max Weber considerando que la norma jurídica hay siempre prevista una sanción, una sanción que se enuncia como consecuencia ineludible del incumplimiento, es decir, en la propia norma, como un factor inherente esencialmente a la misma, está la advertencia de que en caso de incumplimiento se prevé tal o cual sanción que en la propia norma se expresa, lo cual

evidentemente no ocurre en los usos sociales, donde su infracción puede efectivamente generar una sanción social, el grupo margina al hombre zafio y grosero que se niega a cumplir las normas del trato social y esta marginación es ya una sanción, pero como observa Max Weber no es una sanción prevista en la norma de una forma sistemática como ocurre en las normas jurídicas.

Por último mencionaremos la tesis de un autor español, el profesor Recasens, diciendo que cuando se incumple el derecho éste se impone de una forma inexorable obligando o bien a realizar la conducta prescrita en la norma o bien si esto es imposible obligar a la realización de una prestación sucedánea o en último término una sanción. En cambio dice Recasens en los usos sociales no ocurre así, ni se impone de un modo forzoso ni por supuesto hay prevista forma alguna de retribución o reparación que sustituya la obligación principal incumplida. La diferencia entre una y otra norma estaría entonces ilustrada con estos ejemplos que el propio Recasens expone.

Dice él, por ejemplo, si yo me cito con un amigo y no acudo a la cita ¿qué ocurre? Bueno pues que ocurre que el amigo naturalmente se molesta conmigo que probablemente desmerezco ante su consideración que seguramente mi falta de formalidad divulgada pues me creará problemas en cuanto a la apreciación que el grupo tenga respecto de mí, pero no me pasa nada más. ¿Qué pasa en cambio si la cita no es con un amigo sino que la cita es con el juez? Es decir, si he recibido una citación del juzgado en que el juez me comunica que debo comparecer en el juzgado por ejemplo para prestar declaración en una causa que en el propio juzgado se lleva. ¿Qué ocurre si no voy? Pues si no voy es que puede llegar hasta que me lleve la fuerza pública a la fuerza.

Puede ocurrir en todo caso que se me ponga una multa o una sanción. Como se ve las consecuencias son distintas en el caso de una cita no atendida a un amigo y una cita no atendida hecha por el juez. Y también en otro ejemplo de Recasens ocurre con el saludo.

Bien si yo no saludo a una persona conocida a la que me cruzo por la calle pues me ocurre esa falta de esa disminución en la apreciación social que de mí se tenga pero no ocurre más. Ahora si es en el campo militar el que un inferior se cruza con un superior y no le saluda lo que hay aquí son penas, son sanciones, es decir, son consecuencias típicas entre jurídicas. En general como se ve en todas las doctrinas que hemos ido mirando muy por encima en general digo la falta de coactividad de los usos sociales es la nota más diferenciadora de esto respecto del derecho ya que en el derecho sí existe esa coactividad, esa posibilidad de imposición forzosa o coactiva de la norma.

Y queda por último muy brevemente tratando la cuestión de si los usos sociales constituyen o no una normatividad propia y sustantiva. Ha habido autores que han defendido que sí empezando por Tomasio que creen que los usos sociales son una normatividad tercera distinta del derecho y de la moral otros en cambio que consideran que no que los usos sociales en realidad se reducen a la moral que los usos sociales en realidad están desarrollando una idea

de lo bueno en tanto que el derecho está desarrollando una idea de lo justo. Lo que pasa es que los usos sociales aunque sean, aunque efectivamente estén representando, desarrollando valores morales tienen una estructura correspondiente a las normas jurídicas y eso es lo que les da un cierto aspecto de normatividad independiente de la norma moral.

Pero para terminar diremos que como el propio Legaz dice defendiendo esta postura de que los usos sociales traducen simplemente un valor moral es decir, son normas que se reducen a la moral aunque con estructura jurídica o análoga a la jurídica para defender esta postura considera Legaz hace un análisis de los ejemplos que proponía Recasensi a las que antes hicimos mención. Si yo no acudo a una cita de un amigo, dice Legaz es simplemente que inflige una norma de carácter social no, en el fondo hay más. Si yo no acudo a la cita sencillamente porque cuando conviene la cita ya pensaba no acudir lo que hice fue mentir y si yo pensaba asistir pero después me da pereza y considero que no merece la pena acudir a la cita con el amigo lo que es un desmerecimiento del valor que yo atribuyo a ese amigo, es decir, es una ofensa a su persona y a su dignidad en cualquier caso tanto si es mentira como ofensa a la dignidad de la persona aquí como se observa lo que hay es una falta moral de modo que habrá habido formalmente una infracción del uso pero en el fondo en realidad lo que ha habido ha sido una infracción del orden moral que en definitiva es el valor que estaba representando y defendiendo el uso social