

7) La costumbre general y la particular.

El jurista comprende por derecho general el derecho vigente en todo el país, por particular el que rige sólo en una parte aislada del mismo. En este sentido no se piensa en el contraste anterior; para la costumbre no tendría ningún valor esta distinción. El sentido que asocio a eso es la validez general de la costumbre para todas las clases de la población y la particular para ciertas clases, especialmente para ciertas categorías de oficios.

El contraste debe poner de manifiesto para nosotros primeramente la amplitud de la esfera externa de extensión de la costumbre; en ocasión de la costumbre particular tendremos en vista todavía el elemento interno o finalista de la misma, porque de lo contrario no se nos ofrecerá ninguna ocasión para ello.

Dije antes que la costumbre penetra toda nuestra vida. No hay un solo punto de la misma donde no se haya aposentado, y si recurrimos para la comparación al paralelo del derecho, encontramos que la costumbre queda siempre al lado del mismo. De la ancha base de la vida cotidiana, donde se consigna el parangón con el derecho privado y encuentra el campo más rico de su actuación, se eleva, quedando siempre al lado del derecho, a las regiones de la vida eclesiástica y pública, y finalmente de la relación de los pueblos. Asumiría en estas regiones superiores todavía un espacio más amplio si algo de lo que le pertenece interiormente, y lo que en gran parte también exteriormente ha entrado primero en la vida en la forma de costumbre, no hubiese sido llevado posteriormente por el derecho en la forma de ley positiva.

La última observación entraña una opinión sobre la diversidad interna de derecho y costumbre, que necesita justificación. Si en tiempos anteriores, antes de haber dedicado un estudio a fondo de la costumbre, se me hubiese preguntado: dónde está situada la distinción entre derecho y costumbre, habría respondido: simplemente en la diversidad de su fuerza obligatoria, el derecho apoya la suya en el poder mecánico coactivo del Estado, la costumbre la suya en la coacción psicológica de la sociedad; entre ellas interiormente no hay ninguna diversidad, uno y el mismo contenido puede asumir igualmente la forma del derecho y la de la costumbre. A mis investigaciones sobre la costumbre debo otra visión; he llegado a la convicción de que aquel contraste externo corresponde a uno interno, que hay un contenido que, según su naturaleza, es decir su destino social de fin, pertenece al derecho; otro que, por la misma razón, pertenece a la costumbre, con lo cual se concilia la posibilidad de que aquel asuma históricamente la forma de la costumbre, éste la del derecho. La historia del desarrollo del derecho romano me ofreció un ejemplo de la primera especie: un contenido jurídico según su naturaleza en forma de costumbre, eran los *bona fidei negotia* de los romanos en el tiempo en que no eran todavía reivindicables y sólo disfrutaban la protección de la costumbre. Su contenido era en verdad de naturaleza jurídica, aun cuando

carecía de la forma del derecho, pues estos contratos servirían a los fines de la relación comercial que, según su naturaleza y destino, es de carácter jurídico y se postula en la forma del derecho. La costumbre cubría aquí el déficit del derecho, llenaba las lagunas que dejaba abiertas el derecho, hasta que éste las llenó más tarde.

El fenómeno opuesto es el que tenemos que considerar aquí: el contenido de la costumbre en la forma del derecho. Pongo de relieve esto en el ejemplo de la indumentaria.

La indumentaria es sin duda una institución de la costumbre, pero el poder público ha prescrito expresamente la indumentaria para los militares y los funcionarios (uniforme, traje oficial), dando así a ese trozo de costumbre un carácter jurídico. ¿Se vuelve por ello interiormente algo diverso? Admitido el contraste de la indumentaria masculina y de la femenina, cuya observancia y mantenimiento nos ha traspasado la costumbre, si fuese prefijado por la legislación como obligatorio para ambos sexos, según ha ocurrido en realidad en el derecho mosaico, ¿adquiriría la indumentaria por ello otra significación social? ¡Seguramente no! Yo no cesaría por ello de caracterizar igualmente la indumentaria como una institución que pertenece a la costumbre según su naturaleza, es decir la singularidad de su destino finalista, y sólo agregaría que en este caso ha adquirido forma jurídica. También la indumentaria cortesana es prescrita expresamente por la etiqueta de la corte, constituye lo mismo que el uniforme del soldado y el traje oficial del funcionario y del sacerdote un trozo de la costumbre reglamentada, pero interiormente se suman, sin embargo, todos a una institución que pertenece históricamente, lo mismo que por su naturaleza, a la costumbre.

No ocurre diversamente con las formas de trato, los modales. Las de la vida ordinaria caen exclusivamente bajo el dominio de la costumbre, en la corte existe para ellas un ceremonial cortesano propio, al soldado se le prescribe expresamente la forma del saludo por su instrucción militar, para el estilo curialesco de las autoridades son obligatorios ciertos giros en la relación de las

mismas. En todos estos casos el objeto de esas determinaciones no es en sí de naturaleza jurídica, sino que sólo ha sido llevado a la forma de reglamento. Finalmente, todavía el ceremonial matrimonial. En todas partes es la costumbre la que lo ha configurado y mantiene. Una vez admitido, fue elevado por la ley a condición de la concertación del matrimonio, ¿cambiará por eso su carácter interno? Por mi parte lo caracterizaría después lo mismo que antes como un trozo originario de la costumbre. Incluso allí donde el derecho ha prefijado una forma determinada para ciertos actos solemnes de la vida, agrega la costumbre en su impulso a una simbolización más rica, a una configuración más poética del acontecimiento no raramente otros rasgos, como por ejemplo en Roma la concertación del matrimonio por *confarreatio*, donde el ritual y el ceremonial de la costumbre iban mucho más allá que los del derecho.

La exposición hecha hasta aquí ha mostrado que, si aplicamos esa medida de la pertenencia interna, por el contenido, a la costumbre, se puede poner en su cuenta mucho de lo que lleva en sí, no la forma de la misma, sino la del derecho (*jus scriptum*): contenido de la costumbre en forma del derecho, y con ello es justificada la afirmación anterior que nos ofreció motivo para esta exposición. Dije más arriba que la costumbre se extiende por sobre todos los aspectos y ramas de nuestra vida, también sobre la vida pública y eclesiástica, y esto debe ser puesto de manifiesto ahora por algunos ejemplos.

Como ejemplo en el dominio de la vida pública de la época actual (*), menciono la costumbre parlamentaria, que tiene por objeto el orden externo del tratamiento y la observación de las formas decorosas del debate en las asambleas públicas (**). Formadas primeramente en el

(*) Sobre la costumbre en la vida oficial romana he tratado detalladamente en mi *Geist des römischen Rechts*, II, 1, pág. 274 (4a. ed.).

(**) Con el sistema político del parlamentarismo no tiene esto nada que ver. Este último se basa en el principio que el

terreno de Inglaterra como cristalización de las experiencias del parlamento inglés, han sido traspasadas luego a las corporaciones correspondientes del continente e incluso a asambleas públicas de toda especie. Significan para la vida pública lo mismo que las formas de trato, los modales, para la vida cotidiana. La garantía de su observancia se funda, lo mismo que la de las últimas, en gran parte simplemente en el sentimiento de decoro y en el temor a la opinión pública, respectivamente en el llamado al orden del presidente. Se mostrará si a la larga puede bastar eso o si, según creo, aleccionados por experiencias desalentadoras, hay que acudir en ayuda de los imperativos del decoro parlamentario por medio de medidas legales edecuada. Es un espectáculo difícilmente conciliable con el alto prestigio de una corporación parlamentaria, el ver expandirse impúnemente y sin trabas en la tribuna la grosería — la expulsión del miembro indigno es en todas partes el medio por la cual se asegura la sociedad contra la lesión de su dignidad.

De la costumbre de la vida eclesiástica menciono el ponerse de pie usual de la comunidad en el culto protestante a la lectura del evangelio y al recibir la bendición, así como el arrodillarse usual en la misa católica, el rociado con agua bendita, la señal de la cruz.

En la relación de derecho internacional encuentra la costumbre aplicaciones múltiples. Primeramente, en épocas de paz, la especie exigida por la etiqueta del saludo personal de los monarcas (aplicación de las condecoraciones mutuamente impartidas, en el préstamo de un regi-

partido de la representación popular que se mantiene en la mayoría es el verdadero representante de la voluntad popular y el vehículo de su confianza, y que por tanto un ministerio que no tiene en su favor ya esa mayoría, debe dimitir. Cuando también este axioma de la costumbre política de Inglaterra, que halló en la modalidad tradicional de la formación política de los partidos su base y las condiciones de su realizabilidad y la sigue hallando, se quiso trasladar al continente, donde faltaban mayormente por completo las condiciones de su realizabilidad, no ocurrió mejor que cuando un niño, que ha visto cabalgar a un adulto, quiere tener también un caballo; un padre tendría que ser tan insensato como el hijo si quisiera satisfacer ese deseo, pues esa satisfacción terminaría pronto con la caída del niño desde el caballo.

miento la aplicación del uniforme del mismo, la visita inmediata en respuesta), la recepción de los embajadores, el intercambio de condecoraciones a los plenipotenciarios y muchas otras. La costumbre es obligatoria en tal medida que su desatención lleva en sí el carácter de una injuria — un desprecio grave de la misma (la conocida brusquedad de Benedicto frente al emperador Guillermo) encierra un *casus belli*. De la relación hostil de los pueblos destaco el enarbolamiento de la bandera blanca en la fortaleza como signo de entrega, el abandono del fusil como signo de rendición, la cesación de hostilidades entre puestos avanzados.

La exposición hasta aquí tenía simplemente el fin de poner de manifiesto la extensión exterior de la costumbre sobre toda la esfera de la vida.

Pero con esta visión de la extensión exterior de la costumbre no ha sido obtenida todavía la penetración en su esencia interna, el problema decisivo de su valor social, de su justificación y necesidad social no ha sido rozado todavía. Para la costumbre general se hará en el apartado siguiente, exponiendo algunos ejemplos singularmente instructivos.

Un botín extraordinariamente valioso lo ofrece en esta relación la costumbre militar en las exigencias que hace en Alemania al oficial (*). En ninguna clase hace la costumbre tan severas exigencias como en la clase militar alemana, y en ninguna se puede estar seguros como en ella de la observancia indefectible. El cuerpo de oficiales es un establecimiento de educación y de vigilancia recíprocas, que alienta en cada miembro las tradiciones de la costumbre militar y el espíritu militar correspondiente, lo cultiva y lo mantiene vivo, incluso en interés de la posición social de toda la clase objeto de tutela cor-

(*) Acentúo: Alemania, porque en ejércitos extranjeros en parte prevalecen otros principios, por ejemplo en relación con la obligación de despedirse en caso de preterición en el ascenso, pues allí donde los puestos inferiores de oficiales son ocupados con suboficiales, para los últimos no existe y no es necesario.

porativa es la conducta social del individuo. No hay ninguna clase que vigile en tal grado a sus miembros como aquella, y de ahí que llegue muy raramente a la situación de ver comprometida la posición que tiene en la opinión pública por uno de sus miembros — el indigno desaparece inmediatamente de sus filas, mientras que en el servicio civil del Estado y en el servicio eclesiástico el caso no es propio para la destitución, mantiene su puesto. Esta posibilidad de liquidar inmediatamente al indigno, constituye en todas partes, junto a la educación corporativa, el medio más eficaz para la afirmación de la costumbre de la clase.

El interés que adquiere para mí la costumbre de la clase militar consiste en la demostración que y cómo es fomentada por ella la tarea propia de la clase, en una palabra en la exposición de la antes señalada función social de la costumbre en la aplicación especial a la costumbre particular. Destaco los siguientes puntos.

Mientras el derecho prohíbe la autodefensa, la costumbre militar la convierte para el oficial en un deber. Debe defender por sí mismo su honor atacado, sea inmediatamente en el hecho reciente por medio de armas blancas, sea después por el envío de un reto a duelo. ¿Qué se puede hacer aquí con la costumbre, que está en abierta contradicción con la moral y el derecho? ¿La sensibilidad del sentimiento militar del honor? ¿Por qué el sentimiento militar del honor es mucho más sensible que el de las otras clases? Para el funcionario civil del Estado no existe el imperativo. La mayor sensibilidad del sentimiento del honor no es el motivo, sino sólo el síntoma, una consecuencia del motivo, el último está incluso en la posición profesional característica del militar. Consiste en la portación de las armas, y el valor es la virtud específica del soldado. Ciertamente debe ser sólo el enemigo, el exterior y el interior contra el cual debe servirse de las armas y mostrar valor, pero el poder armado como institución del Estado debe ser temido, todos deben saber que no se puede jugar con él y no hay que dejar aproximar la hoja del soldado como no se debe dejar aproximar las ruedas y cuchillas de una máquina.

La autodefensa del oficial es el *argumentum ad hominem* para esa distancia del poder armado, el imperativo personal, el *noli me tangere* del mismo. No gravita menos fuertemente la consideración de la posición del superior con respecto a sus subalternos. No hay ninguna otra posición de servicio público que exija como ella en tal medida el mantenimiento ineludible de la autoridad del superior una vez ordenada la subordinación más incondicional del inferior. Así como son los hombres, la autoridad del oficial a los ojos del soldado común, a quien impone la personalidad decidida más que la ley, sería puesta en peligro si el oficial, en el caso de una injuria, en lugar de sacar su espada, quisiera poner en manos de la pluma de un abogado el mantenimiento de su honor. En la batalla la obediencia militar no se basa ya en el poder de la ley — ¡la ley está allí muy lejos! — sino en la autoridad personal inmediata del superior, y el soldado debe saber que, si quiere escapar a las balas del enemigo, le amenaza la espada de su oficial — *incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdim* — pero una espada que en tiempos de paz queda en la vaina, allí donde en su opinión tiene que salir de ella, no es temida tampoco en la batalla, — ¡su portador es un hombre piadoso, no hace mal a nadie! El respeto ante la espada de su superior tiene que ser para el soldado como un evangelio, y un trozo de ese evangelio es el duelo del oficial. ¿Un triste evangelio ciertamente! Pero la guerra, a la que toda la posición del militar debe ajustarse, ¿es algo alegre? En ambos es aquello que el mundo trata de comprender cómo es, nada más que un grito: *dura necessitas* —, no se elimina del mundo la última, por el hecho de maldecirla o de cerrar los ojos.

Con la coacción del mantenimiento personal de su honor, impuesta por la costumbre militar al oficial, está en la conexión más estrecha la obligación impuesta igualmente por la costumbre de la clase de eludir lugares y ocasiones que puedan acarrearle el peligro de un conflicto. Tampoco aquí es la mera consideración de su posición social la que da origen a ese imperativo, sino que también aquí se oculta detrás de lo que entraña aparentemente el honor de la clase, un grave fin práctico —

la limitación hacia ese lado es el complemento y temperamento necesarios de la posición de excepción hacia el otro.

Otro trozo de la costumbre de la clase militar es la obligación del oficial de despedirse en caso de postergación en el ascenso. También aquí la excitabilidad extraordinaria del sentimiento militar del honor ha dado nuevamente la base de la costumbre. Pero, según mi opinión, no se comporta aquí diversamente a como en el caso anterior; es decir, detrás de la consideración del honor, que puede dar subjetivamente el motivo, se oculta objetivamente como fin de la institución la consideración del mantenimiento de la autoridad del superior a los ojos del subalterno. El hecho de ser sobrepasado en el ascenso significa declaración de incapacidad para la investidura de un grado superior, y este juicio expresado por las más altas autoridades es decisivo para el de los subordinados y socava así la condición ineludible de la severa obediencia militar: la autoridad del superior. No se replique que el motivo va más allá del límite, ya que la misma consecuencia en caso semejante tiene que darse también en el funcionario civil, mientras que para él, sin embargo, no existe tal imperativo. Incluso este contraste es apropiado para poner en su verdadera luz la característica de la posición del superior militar en contraste con la del funcionario del Estado. Para asegurar al último basta la ley sola, ella no conoce situaciones críticas en las que, como en la batalla, el temor ante la personalidad tiene que suplantar el respeto ante la ley; el poder se mueve aquí en carriles regulares, y una resistencia del subalterno contra el superior se puede remitir a la vía del derecho (investigación disciplinaria). La función del funcionario civil y del jefe militar se comportan entre sí como la función de un maquinista de locomotora y la de un jinete que tiene que montar un caballo salvaje — si éste no siente la mano fuerte del jinete, lo derriba. Todas las posiciones en la vida pública que están dirigidas a la personalidad en lugar de la ley (como por ejemplo también la monarquía absoluta y el despotismo en oposición a la monarquía constitucional) requieren el temor a la personalidad, y en estas condi-

ciones todo lo que puede debilitarla contiene una amenaza contra el poder, — el mantenimiento del prestigio de la persona es aquí la condición ineludible de la posición del poder.

Una posición de poder la hay también en el servicio público civil, en la cual la costumbre impone a sus representantes en ciertas condiciones la misma obligación que al oficial, y este caso de excepción confirma la exactitud del punto de vista hecho valer por nosotros. Es la posición de los más altos consejeros de la corona: de los ministros. En el sistema parlamentario, esta obligación está ligada a la condición de la pérdida de la mayoría en la Cámara de diputados; fuera de ella está entonces el caso que el monarca, que ha investido al ministro oficialmente como vehículo de su confianza y lo pasa por alto en cosas de su incumbencia (por ejemplo, entrega de instrucciones a embajadores sin conocimiento del ministro de relaciones exteriores); le proporciona así la prueba de que no posee ya su confianza en realidad. Tal manera de obrar contiene una ofensa personal, porque es un menosprecio de los derechos ofrecidos con el cargo, y la ley del honor y del decoro exigen que se responda por medio de la dimisión, como un huésped abandona la casa en que el dueño se ha hecho culpable de una desconsideración contra él. Pero detrás del imperativo del honor, que basta subjetivamente como motivo perfectamente, para motivar ese paso, hay aquí, como en el caso del oficial, otro motivo, que independientemente de toda sensación personal hace del mismo una necesidad: el interés objetivo de la posición pública. Donde la confianza del monarca constituye la condición para el logro del fin, con la confianza ha desaparecido también lo asequible del fin, y si el honor gravita aquí subjetivamente como motivo de la dimisión, lo hace objetivamente sólo en interés del fin.

También al clero hace la costumbre algunas exigencias, que no se dirigen a individuos de otras clases profesionales. En algunas regiones llega incluso hasta el punto que le prohíbe ciertas diversiones simplemente, no debe jugar a las cartas, ni concurrir al teatro, a bailes, incluso

a conciertos. También aquí se aparta la costumbre agudamente de la moral. Lo que se le prohíbe, no es inmoral, pero no conviene, según su interpretación, a las condiciones personales propias de la actividad del cargo; es apropiado para rebajar al detentador del mismo a los ojos, aunque no de todos los miembros de la comunidad, por lo menos a los de algunos, y de perjudicar de ese modo su eficiencia. Por la misma razón que exige al oficial el mantenimiento de su honor, exige al sacerdote el mantenimiento de su dignidad, no por causa de sí mismo, sino en interés de aquellos sobre los cuales debe obrar para que no sufra su respeto, que constituye la condición de su plena eficacia. También aquí se puede calificar como prejuicio el elemento en que arraiga ese respeto; pero mientras existe ese prejuicio, la plena eficacia del cargo exige que sea preservado.

Si podemos generalizar aquello que nos ha planteado la consideración de estos casos, podemos decir: la costumbre particular tiene como su contenido y fin la agudización de las condiciones características, de las que depende, dentro de una cierta profesión, la posición de la persona (prestigio, honor, dignidad) y, con ello, su éxito para la sociedad, y no vacila así en considerar incluso prejuicios existentes; su contenido no es bueno en sí, sino aquello que es apropiado para hacer posible lo último, para favorecerlo; su significación social se puede llevar, pues, al mismo punto de vista que nos llamó la atención antes, y que fundaremos ahora más exactamente para la costumbre general en lo siguiente: en la función moral administradora de la costumbre.