

I. *La coacción de prestación*

La obligación de la prestación económica que impone la costumbre para ciertas condiciones, se configura según la diversidad de las mismas en tres modalidades distintas. Me sirvo para la distinción de esas tres direcciones de las expresiones: coacción de liberalidad, de solución y de hospitalidad.

1. *La coacción de liberalidad.* La costumbre exige que se hagan obsequios en ciertas oportunidades. Los invitados al casamiento dan un regalo de casamiento, los padrinos un regalo de padrinos, el que construye una casa tiene que organizar un convite a los obreros al techarla y, cuando pasa a habitarla, en algunas comarcas, a la vecindad, y muchas cosas por el estilo. Así lo quiere la costumbre, y nadie puede eludirlo sin perjuicio sensible. Es este un punto en que por motivos fácilmente visibles se es más inflexible, y en que por ello sus mandatos deben ser acatados ineludiblemente; incluso el avaro, cuya mano se cierra en todo lo demás siempre convulsivamente, es obligado aquí a sacar la bolsa.

La circunstancia que la costumbre convierte en deber tales prestaciones, parece excluir de ellas la aplicabilidad del punto de vista de la liberalidad, y la asociación de los dos elementos de la liberalidad y la coacción, en una palabra, parece contener una *contradictio in adjecto*, pues o bien el acto es una liberalidad, y entonces no puede ser obligado, o bien puede ser obligado y entonces no es ninguna liberalidad. La apariencia de contradicción se resuelve observando que la expresión liberalidad

es un concepto jurídico, que sólo expresa que no interviene una coacción de derecho, pero por lo cual no está excluída en modo alguno la posibilidad de una coacción ejercida por la costumbre. Una coacción de liberalidad en el último sentido es reconocida también por los juristas romanos (*).

La obligación de estas donaciones no es de naturaleza moral. Nadie dice de aquél que las elude que es inmoral, que ha obrado inmoralmente. Son más bien de naturaleza social, costumbre; no es la moral las que las exige, como se ha expresado por el lenguaje claramente en diversos giros. El último habla aquí de deberes sociales y les aplica la misma expresión decoro, con la que también califica por lo demás la costumbre en contraste con la moral (deberes de decoro, obsequios decorosos); también la expresión honor (obsequios de honor, deberes de honor).

Estas donaciones exigidas por la costumbre las sitúo en el punto de vista de la coacción de liberalidad de la costumbre. Un fin social no puedo descubrirlo en ellas; no sabría qué se podría alterar en la existencia y la prosperidad de la sociedad, si fuesen dejadas a merced de la

(*) Ellos distinguen el obsequio exigido por la costumbre: **munus** (con lo cual es acentuado el elemento del gravamen como en **munus** en el sentido de cargo de la comuna, del completamente libre: **donum** l. 214 v. S. (50.16), y a menudo se basan en las condiciones en que la observancia de la costumbre es obligada para agudizarla en relación con el **munus**, así por ejemplo al tutor en relación con las **munera** que corresponden al pupilo l. 12 § 3 de **Admin.** (26.7). **Solennia munera parentibus cognatisque mittet**, investigan incluso si la costumbre es obligatoria simplemente o sólo condicionada, así por ejemplo l. 1. § 5 **De Tut. rat.** (27.3): **Nec perquam necessaria est ista numeratio**, y en los esbozos llegan los **munus** usuales hasta de la prohibición del obsequio, l. 31 § 8 **De don. I. V** (24.1). Mi amigo Joseph Unger en Viena, en una comunicación epistolar, me ha propuesto para **munus** la traducción obsequio obligatorio y me ha llamado la atención sobre el obsequio libre en el **Fausto** de Goethe, II, acto III. La expresión romana **liberalitas**, de la que se ha tomado nuestra liberalidad, no acentúa el elemento de la donación libre (**libera datio**), sino el del ánimo liberal del hombre libre.

liberalidad libre. Sirven ciertamente al embellecimiento, a la alegría de la vida, y como actos de benevolencia completamente libres podrían tener derechos incluso a un valor moral, lo mismo que el obsequio libre o la limosna; pero en la forma de una obligación baladíe, amarga, cumplida por temor a la opinión pública (*) o ante la desaprobación, la sensibilidad de la otra parte decepcionada en sus expectativas, no le puedo atribuir un carácter moral subjetivo (individual) ni objetivo (social); incluiría este trozo de la costumbre en la categoría de lo socialmente indiferente.

2. *La coacción de la solución.* La costumbre quiere que se pague lo perdido en el juego, aunque el derecho no reconoce un título para ello o incluso ha prohibido enteramente el juego. Sin embargo reconoce el lenguaje aquí la existencia de una deuda y califica estas "deudas de juego" como "deudas de honor". El pago de las mismas no corresponde, por ello, en el sentido del lenguaje y la costumbre, al punto de vista anterior de la liberalidad, sino al de un pago; el que salda sus deudas de juego no obsequia, sino que las paga, tenemos así que distinguir en ello, según se ve, la coacción de solución de la costumbre y la coacción de la liberalidad.

Tampoco aquí tiene por base la costumbre un interés social, pues, al contrario, en algunos casos se encuentra incluso en abierta contradicción con el derecho y la moral. Un jugador que, para pagar sus deudas de juego, priva a los suyos de lo necesario, no obra moralmente, sino inmoralmemente, pues pone su honor personal del juego y el interés del mantenimiento de su crédito de jugador por encima de los deberes ante los suyos. Incluso por este motivo ha declarado el derecho no sólo no obligatorias estas deudas en ciertos casos, sino que ha prohibido incluso con penas las especies más peligrosas del juego. Tenemos aquí, pues, nuevamente, un caso de

(*) Este elemento ha sido destacado expresamente por los juristas romanos en la determinación conceptual del *munus* en I. 214 (de V. S. (50. 16): *quae si non praestentur, reprehensio est.*

rebelión de la costumbre contra el derecho y la moral, es decir tenemos ante nosotros un caso de vicio, un parangón digno con el duelo, ejemplos convincentes de la impotencia de la ley ante la costumbre. En ambos casos es el sentimiento del honor el que opone tenaz resistencia a las exigencias de la moral y de la ley a batirse y a pagar sus deudas de juego, aun cuando consume todo su patrimonio, porque pasa en ciertos círculos como cuestión de honor, y mientras exista tal interpretación son vanos todos los ensayos de la legislación para extirpar el mal; no puede llegar a las raíces. Lo desagradable en las deudas de juego consiste en el hecho que el sentimiento de la obligación del pago de las mismas dentro de ciertos límites está perfectamente justificada. También el juego tiene su justificación social; se aplica a él lo que hemos dicho más arriba sobre el valor social del recreo, del relajamiento, de la alegría; como el sueño de la noche redime el trabajo del día, para crear nuevamente la fuerza, así el juego con respecto a la gravedad, e incluso contra los juegos por dinero no se puede objetar nada cuando se mantiene dentro de los límites justos. Estos son dados por el punto de vista del fin al que debe servir el juego: la diversión, el juego por dinero constituye un rubro del presupuesto de la diversión, que tiene que ajustarse a los ingresos (*). Si se mantiene dentro de esos límites, no podrá censurar nada en ello, incluso el moralista más severo, pues la manera como cada cual quiere emplear las sumas que puede gastar según sus condiciones para su diversión, tiene que quedar a merced de su inclinación, y con esa prevención no se podría objetar nada contra los juegos de azar. Pero lo delicado en el asunto consiste en el hecho que esos límites son superados muy fácilmente, especialmente en los juegos de azar, y este es el punto en que aquello que hasta aquí era solamente juego, se convierte en gra-

(*) Por este punto de vista se ha dejado guiar Justiniano en el l. III Cod. de aleat. (3.43): *in his non ultra unum solidum, si multum dives sit, ut is quem vinci contigerit, casum gravem non sustineat.*

vedad funesta, y el sentimiento de la fuerza obligatoria del juego, que, mientras se mantuvo dentro de los límites justos, estaba completamente en su puesto, no puede volver atrás y se ve obligado a reconocer las transgresiones de las mismas también, a dejarse apresar en sus propias consecuencias.

Una segunda especie de la coacción de solución de la costumbre la constituyen las propinas antes mencionadas, este bastardo maravilloso de liberalidad y salario. El lenguaje se sirve también en ella de la expresión *pagar*, la pone pues también en el punto de vista del cumplimiento de una obligación. Según la interpretación desarrollada por mí anteriormente en el pasaje señalado, la coacción de la propina contiene un caso de vicio, un exceso del que la sociedad debería liberarse cuanto antes (*). No niego ciertamente que puede haber condiciones en que la equidad exige la donación de una propina, pero aparte de esos casos raros, y tenida en cuenta la forma regular de la misma, no puede admitir la propina como un derecho social y la tengo más bien por una institución social enteramente reprobable, una plaga para aquellos que tienen que darla y un obsequio interminable para los que la reciben (medio de fomento de un carácter mendicante — descomposición de la exacta medida del valor monetario, seducción para el derroche). Tampoco el que no comparta esta opinión severa, colocará este trozo entre la costumbre, sino conmigo en la categoría de vicio; sin embargo, de ningún modo en lo socialmente valioso, sino en lo socialmente indiferente.

3. *La coacción de hospitalidad.* Como se sabe, vincula nuestra costumbre actual a ciertas condiciones y ocasiones la obligación de la hospitalidad: el agasajo de huéspedes, e incluso el poder de Estado no ha podido dejar de tomar noticia de este imperativo coactivo de la costumbre, ofreciendo a los funcionarios superiores a quie-

(*) Mención de tal asociación de liberalidad y salario en las fuentes romanas en l. 27 *De Donat.* (29. 5)... *non meran donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum.*

nes la opinión pública dirige la demanda de "hacer una casa" (en este giro se contiene que la casa en cuestión es hospitalaria), les proporciona los medios para el cumplimiento de la obligación (gastos para representación y comida).

Sobre el carácter de esta obligación como una obligación no moral, sino puramente social, no puede prevalecer la menor duda. El lenguaje la califica como "obligaciones sociales", la "posición social" la entraña, y algunos a quienes les es difícil cumplirla, y que voluntariamente no lo harían nunca, lo hacen por "razón de decoro, de honor, y también de vergüenza", es decir temen la habladuría, la "reprehensio" si lo omite. Como en el cumplimiento de esos deberes se trata de gastos pecuniarios, la relación debe situarse en nuestro punto de vista de la coacción de prestación. Si yo no agregó eso a la coacción de la liberalidad, no necesitará en verdad justificación. La hospitalidad de huéspedes no constituye ningún objeto de un obsequio, el verdadero anfitrión no cree obsequiar algo a sus huéspedes, al contrario les agradece que le hayan "obsequiado" el "placer" o el "honor" de su visita; como anfitrión tiene que agradecerles a ellos, no ellos a él — él les ha "rogado", es decir les ha hecho un ruego, y ellos han accedido.

En relación con el carácter social de esta tercera especie de la coacción de prestación, el asunto no es tan simple como en los dos primeros. Yo no dudo que las tres interpretaciones posibles en sí encontrarán defensores. El uno verá en ello un vicio, el otro las considerará con el predicado de una costumbre socialmente indiferente, mientras que por mi parte creo poder atribuir el carácter de una costumbre socialmente valiosa. Esta interpretación puedo fundarla más adelante, después que haya desarrollado antes la significación moral del trato; aquí, donde sólo tengo que ver con la obtención del panorama sobre el dominio de la costumbre y la separación de aquellas partes integrantes de la misma que no pueden reclamar significación social, no es todavía el lugar adecuado.

Con las tres formas mencionadas de la coacción de la prestación de la costumbre, que yo sepa, es agotado el contorno de la misma. Es mérito del moderno pensamiento lingüístico el haber puesto de relieve la oposición de la costumbre y la moral en toda su claridad; califica la una de *social*, la otra de *moral*. La obligación de dar una limosna a un pobre, es moral; la obligación de hacer un obsequio ocasional, es de naturaleza social; la obligación de pagar sus deudas de juego o de dar propina, es social; la promesa hecha con la intención de fundar una obligabilidad jurídica o de pagar las deudas contraídas en un caso en que el derecho por algún motivo (por ejemplo, por ausencia de la forma prescrita o por causa de prescripción) rehusa la acción, es de naturaleza moral.