

9) *La costumbre — progreso del pensamiento práctico desde la antigüedad*

Vuelvo nuevamente a la costumbre. No porque tuviese algo que agregar todavía en relación con el punto que nos interesa en esta indagación puramente práctica: su separación lingüística estricta de lo moral; he agotado el material que pude ofrecer para este fin, y creo que habrá bastado plenamente para poner este punto por encima de toda duda. Lo que pienso hacer todavía aquí, consiste más bien en poner el valor del mismo en la luz correspondiente y procurar al lector la condición de que tiene ante sí en ello un rendimiento del idioma alemán que contiene un valioso progreso y un enriquecimiento permanente de la ética. En comparación con las dos lenguas culturales de la antigüedad representará esto el mérito de nuestro idioma materno; es un fragmento de la historia del pensamiento de los pueblos, el trabajo continuo del mismo en la solución de uno y mismo problema.

El problema consiste en la separación de los tres aspectos diversos del orden social: *costumbre, moral, derecho*.

La etapa inferior del desarrollo moral de la que han partido todos los pueblos, nos muestra este contraste todavía en su obligación. Este es el punto de vista de la interpretación griega: está fijada en la δίκη griega (*). Todo el orden de la vida: costumbre, moralidad, derecho, todo es δίκη. El que lo respeta es δίκαιος el que lo desprecia, ἄδικος, sin que hayan sido distinguidos en ello los preceptos de la ley civil, de la moral y del decoro.

(*) Corresponde al alemán "Art und Weise" y procede de la raíz de *dic* (mostrar, en griego δείκνυμι, latín *dicere*, en godo *zeigom*). G. Curtius *Grundzüge der griech. Etymol.*, pág. 134.

Δίκαιος, es el hombre como debe ser, el que tiene algo en sí mismo; ἄδικος, su reflejo, lo mismo el que desprecia la ley como el ateo, el malo, insolente y desvergonzado. Naturalmente, con eso no queremos decir que los griegos, lo mismo que otro pueblo de cultura, pudieran prescindir de la ley, que no hayan captado también justamente el concepto de la misma; distinguen incluso lo divino y lo humano (θέμις y νόμος). Sino que lo que da el tono consiste en el hecho que han mantenido permanentemente aquel concepto indeterminado de δίκη y que no pueden carecer del mismo para la denominación de lo que es conforme a la ley (τὸ δίκαιον) o de lo que la contradice (τὸ ἄδικον).

La imprecisión de la interpretación ética griega se acrecienta todavía por el hecho que el griego asocia también el punto de vista estético al ético, como ha sido advertido antes. Lo bueno (ἀγαθόν) es al mismo tiempo lo bello (καλόν); la conocida imagen modelo de los griegos: la καλοκαγαθός, resume ambas cosas en una unidad, y así se puede afirmar que lo moral en el terreno griego no ha realizado su escisión en sí, ni tampoco su separación de lo estético. Que aquella distinción defectuosa de los diversos aspectos de lo moral no es algo nacional griego, lo que no podría creerse en el pueblo griego tan eminentemente dispuesto para lo filosófico, sino que es sólo un rasgo perteneciente a una etapa inferior de desarrollo, se advierte en la comparación con otros pueblos, por ejemplo el judío. Lo mismo que el griego δίκη, así designa también el hebreo *Mischpat* igualmente derecho, costumbre, moralidad, sólo que *Mischpat* no tiene tras sí la voluntad del pueblo sino la de Dios. Todo es *Mischpat*: la ley ritual, que corresponde a nuestra "costumbre", tanto como los diez mandamientos, en los que se hallan todavía indiferenciados la moral y el derecho. Enteramente lo mismo se aplica al *dharma* de los indios.

En Roma, el pueblo del derecho, se separa el derecho de la costumbre y la moral, y dentro del derecho mismo se opera una escisión, que en verdad era conocida ya teóricamente de los griegos, pero que no fue realizada prácticamente por ellos: la escisión entre el derecho hu-

mano y el divino (*fas y jus*), con la más extrema claridad y realización plena, en tanto que son ofrecidas para ambas ramas no sólo principios típicos, estrictamente independientes, se puede decir: dos sistemas independientes del derecho, sino que han sido instaladas autoridades especiales a las que se confió el cuidado y manejo de los mismos (los pontífices, feciales, augures por una parte, y los magistrados laicos por otra) (*). En cambio quedan costumbre y moral lingüísticamente en comunidad indistinta, el idioma latino no ha logrado una expresión referida exclusivamente a una de las dos, está obligado a servirse para ambos conceptos de la misma expresión: *mos, mores*, incluso los utiliza también para el derecho consuetudinario. La acuñación lingüística defectuosa del último concepto es todavía el último resto perceptible de la interpretación primigenia, que resumía todos los aspectos de lo moral en la unidad del concepto, un fragmento fósil de los tiempos más primitivos.

Nuestra lengua alemana ha separado el último miembro que faltaba todavía de la comunidad y lo ha delimitado, como se demostró más arriba, con una claridad y precisión que excluye toda confusión. La costumbre no ha sido apartada aquí lingüísticamente por primera vez de lo moral, sino que la ha individualizado y caracterizado del modo más agudo en su característica, el lenguaje ha ofrecido para ella una riqueza de giros, podría decir una plenitud de colores para imitar su imagen, frente a la cual llama la atención la pobreza de los medios que emplean sus dos hermanos. La costumbre es el hijo mimado de la lengua alemana.

El tesoro lingüístico del derecho en alemán es extremadamente menor, coincide con las palabras derecho y sus derivados. El de la moralidad es ya algo más considerable, lo veremos inmediatamente. Pero la parte de león corresponde a la costumbre. Estuvo notoriamente más próxima al pueblo cuando se formó el lenguaje, es

(*) Lo que sigue no corresponde aquí, ver mi *Geist des röm. Rechts*, I § 18, 18 α.

el calor, la pulsación plena del sentimiento vivo del pueblo el que late en esta parte del lenguaje, mientras que el mismo se vuelve cada vez más débil cuanto más nos alejamos de aquello que el pueblo mismo ha creado y nos acercamos a lo que no hace ya el pueblo, sino el Estado: el derecho. Donde comienza la ciencia, cesa de manar la rica corriente del idioma, las expresiones se vuelven cada vez más indigentes, pobres, débiles. La más rica está en el dominio de la costumbre, en el que la ciencia no se ha dejado ver hasta aquí. En el dominio de lo moral aparece en verdad ya como teoría, pero toma su sustancia del sentimiento del pueblo. En cambio en el derecho se encuentra en un dominio en que el pueblo, aparte del estrecho espacio del derecho consuetudinario, no ejerce ninguna influencia formativa, que se debe más bien a la reflexión del legislador y a la actividad conceptual de la ciencia. De esta graduación desde el pueblo a la ciencia, desde lo inconsciente a lo consciente, surge lo opuesto en relación con la formación y la riqueza del idioma. Cuanto más abstracto en la materia del pensamiento, tanto más concreto y pobre el lenguaje; en lugar de la superabundancia a menudo sofocante en palabras y giros para objetos y concepciones que están cerca del pueblo, una pobreza que no raramente es ausencia completa y entraña la necesidad en muchos casos de describir un concepto simplemente o expresarlo por medio de barbarismos en lugar de nombrarlo. Incluso los sinónimos que el idioma tenía antes en uso para un concepto del derecho, se extinguen cada vez más, cuando de las manos del pueblo pasan a las de la ciencia, como por ejemplo en el "derecho consuetudinario", para el cual han dejado el puesto todas las otras expresiones con que un día lo designaba el lenguaje popular: uso, ejercicio, hábito, procedencia.

Resumo el contenido de esta exposición históricolingüística someramente al asociar aquello que hemos dicho en los números anteriores para distinguir las diversas esferas del orden social.

- 1) El orden efectivo de la vida del pueblo, el **hábito**.
- 2) Distinción de la parte obligatoria y no obligatoria del mis-

mo como **hábito y costumbre** que abarca todos los aspectos del orden moral (δικη), **Mischpat, dhárma**).

- 3) Separación del derecho en su plena independencia por los romanos.

El derecho	Oposición: mos, mores
a) El fas	(costumbre y moral todavía una sola cosa).
b) El jus	

- 4) La separación de la costumbre y de la moral por los germanos.

El derecho (conforme al derecho, contra el derecho, antijurídico), derecho consuetudinario.	Lo moral en el sentido estricto, lo moral (moral, inmoral).	La costumbre (honorable, decente, adecuado, honesto, etc.)
---	---	--

- 5) Distinción correspondiente de la inmanencia subjetiva de estos tres aspectos (sentimiento).

El sentimiento del derecho	El sentimiento de la moralidad	El sentimiento de la oportunidad y del decoro
-----------------------------------	---------------------------------------	--

- 6) Señalación especial de la función práctica de los mismos.

El tacto jurídico	La conciencia	El tacto social
--------------------------	----------------------	------------------------

A los tres imperativos sociales con que termina este cuadro: costumbre, moral, derecho, el mundo moderno ha agregado un cuarto todavía, al que no hemos aludido aquí, porque en este lugar no tenía ningún interés para nosotros: la *moda*, y el esquema completo de los imperativos sociales (un concepto que luego justificaremos), según la medida de la graduación de su significación social, es:

- 1) Moda,
- 2) Costumbre,
- 3) Moral,
- 4) Derecho.

¿Seguirá progresando en el futuro la diferenciación? dos elementos divergentes que en su momento expondré No lo considero imposible. En la costumbre se tienen

en su consideración crítica, y que quizás en un tiempo por venir las expresiones lingüísticas correspondientes separarán exactamente uno de otro.