

PIERO MATTEI-GENTILI

LA NORMATIVIDAD DE LA COSTUMBRE

Un estudio de teoría analítica
sobre la costumbre
como fuente del derecho

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2026

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	19

PRIMERA PARTE DE LAS COSTUMBRES A LOS SISTEMAS JURÍDICOS

CAPÍTULO I. LAS NORMAS Y LAS COSTUMBRES	29
1. NOCIÓN DE NORMA CONSUECUDINARIA Y CONSIDERACIONES CONCEPTUALES PRELIMINARES	32
1.1. La costumbre, sus componentes y sus normas.....	32
1.2. Preliminares de la identificación de normas consuetudinarias	42
1.2.1. Interpretación.....	42
1.2.2. Eficacia	45
2. ONTOLOGÍA DE NORMAS.....	50
2.1. Concepciones ortodoxas de normas.....	52
2.1.1. Concepción pragmática y normas consuetudinarias.....	54
2.1.2. Concepción semántica y normas consuetudinarias.....	55
2.2. La postura ecléctica.....	56
2.3. Normas, proposiciones y hechos sociales.....	58

	Pág.
CAPÍTULO II. SISTEMA JURÍDICO Y NORMAS CONSUE- TUDINARIAS	69
1. EL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO. UN ESBOZO	70
1.1. Cuestión de Perspectiva	72
1.2. Identidad y estructura.....	74
1.3. Eficacia y persistencia.....	77
2. DINÁMICA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS. LA PRÁCTICA DE FORMAR SISTEMAS MAESTROS	79
2.1. El modelo judicial y la práctica de identificar el derecho aplicable ..	87
2.2. Normas consuetudinarias en el trasfondo de la interpretación	91
2.2.1. Derecho consuetudinario de origen judicial	93
2.2.2. Derecho consuetudinario de origen civil	96
2.3. De la costumbre al derecho y viceversa.....	98
 CAPÍTULO III. COSTUMBRE, IRREGULARIDAD EN LOS SISTEMAS Y DERECHO VIGENTES.....	 101
1. <i>RES JUDICATA</i> . LA PRÁCTICA DE COLMAR Y DEPURAR SIS- TEMAS	102
1.1. Lagunas y la persistente clausura de sistemas	105
1.2. Inconsistencia normativa y depuración de sistemas	109
2. LAS DIVERSAS CARAS DE LA VALIDEZ	113
2.1. Desprolijidad en los sistemas jurídicos.....	117
2.2. <i>Eppur è diritto</i>	120
2.3. El eterno sendero de la optimalidad.....	129
 CAPÍTULO IV. LA COSTUMBRE DE IDENTIFICAR Y APLICAR NUESTRO DERECHO	 133
1. MÁS QUE <i>LA REGLA</i> DE UNOS CUANTOS	135
1.1. Más que un simple hábito de obediencia	138
1.2. Comunidad, intereses y división de trabajo	143
1.3. La relevancia de la costumbre de los jueces y los funcionarios	148
1.4. Entre deberes y competencias en la identificación del derecho.....	150
2. LA COMPLEJIDAD DE LA(S) REGLA(S) DE RECONOCI- MIENTO	152

	Pág.
2.1. Prácticas normativamente definidas.....	154
2.2. Hechos complejos, normas complejas	161
3. LA UNIDAD E IDENTIDAD DEL DERECHO COMO UN SUCESO PRAGMÁTICO.....	168

SEGUNDA PARTE

LOS CIMIENTOS CONSUECUDINARIOS DEL DERECHO

CAPÍTULO V. LA FUERZA VINCULANTE DE NUESTRAS CONVENCIONES	175
1. REGLAS CONVENCIONALES	180
2. LA FUERZA DE LAS CONSTANTES CONCORDANCIAS	185
2.1. Intenciones comunes, no compromisos comunes	186
2.2. Las razones de las convenciones.....	191
2.3. Contingencia	193
2.4. Convenciones constitutivas.....	194
3. DILEMAS DE LA NORMATIVIDAD CONVENCIONAL.....	199
3.1. Seguimiento de reglas	201
3.1.1. El sospechoso escepticismo democrático	203
3.1.2. Contar con una gramática	206
3.2. Un asomo al plano del derecho.....	208
3.3. El gatopardismo del convencionalismo	212
3.3.1. Dirección de ajuste recíproco	214
3.3.2. Ríos de reglas convencionales.....	215
CAPÍTULO VI. LAS SUPUESTAS LAGUNAS DEL CONVENCIONA- LISMO.....	219
1. REGLAS QUE NO SON PRACTICADAS	220
1.1. La convención de contar con autoridades.....	222
1.2. La no-práctica y la cuestión de la desuetudo	228
2. LA SUPUESTA INEPTITUD DEL CONVENCIONALISMO	231
2.1. La trampa en el desafío del erizo	233
2.1.1. Preámbulo	234
2.1.2. Los términos de la trampa en «el modelo de reglas».....	237

	Pág.
2.2. Raciocinio y redención del convencionalismo	240
2.2.1. Entendimiento común, no pactos.....	242
2.2.2. La autonomía conceptual de las reglas convencionales	246
2.3. Colofón	251

TERCERA PARTE

DOCTRINA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

CAPÍTULO VII. EL ESQUEMA DUALISTA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO	255
1. <i>USUS</i>	257
1.1. Elementos analíticos (vinculatoriedad, generalidad y publicidad)	257
1.2. Antigüedad.....	258
1.3. Continuidad.....	260
1.4. Uso pacífico	261
1.5. Razonabilidad	262
1.6. Certeza	264
1.7. Consistencia.....	264
2. <i>OPINIO JURIS</i>	265
2.1. Normas jurídicas consuecudinarias sin <i>opinio juris</i>	266
2.1.1. Reglas esenciales	266
2.1.2. Interacciones discursivas integracionales	268
2.2. Racionalización de la <i>opinion juris</i>	271
2.2.1. Deseos consensuales.....	271
2.2.2. Expectativas comunitarias de reciprocidad	271
2.3. Sopesar opinio(nes).....	274
3. EL RECORRIDO DE LOS COMPORTAMIENTOS A LAS REGLAS	277
3.1. Ritual de lo habitual	279
3.2. De tendencias a expectativas, y de expectativas a convenciones	280
3.3. La relevancia de las expectativas y las reglas sociales	285
 CAPÍTULO VIII. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO INTERNACIONAL	 293

	Pág.
1. ESCEPTICISMO Y PERPLEJIDAD EN EL NÚCLEO DE LOS COMPONENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL	295
1.1. La (nada) excepcional vinculatoriedad de la costumbre.....	295
1.2. ¿Costumbres con elementos disociados?	298
1.2.1. Primera etapa. Lo hecho y lo dicho	299
1.2.2. Segunda etapa. La escala móvil.....	301
1.2.3. Tercera etapa. Legítima integración.....	301
1.3. El objeto y la forma en que se lo busca	302
1.4. El problema del vestigio iusnaturalista	307
1.4.1. La contingencia democrática en el derecho consuetudinario	310
1.4.2. La racionalidad habitual de los «malos Estados»	314
2. LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL	318
2.1. Preámbulo al escenario de la sistematicidad del derecho internacional.....	319
2.2. Normas internacionales, entre la costumbre y el tratado	321
2.3. La perspectiva del juez internacional.....	325
2.3.1. La costumbre instantánea	327
2.3.2. La generalidad	331
2.3.3. <i>Jus cogens</i>	332
2.4. Orden consuetudinario y dualismo internacional	335
CONCLUSIONES	341
BIBLIOGRAFÍA	351

AGRADECIMIENTOS

Este libro es una versión un tanto distinta de la tesis de doctorado que desarrollé en la Universitat de Girona bajo la dirección de Jordi Ferrer Beltrán. Su culminación representa la consecución de un objetivo que me fijé hace varios años pues, desde inicié mis estudios universitarios me propuse en culminar con un doctorado. Este extraño objetivo para un chico que con dieciocho años no tiene idea de qué es la academia o hacer un doctorado, paulatinamente fue reforzado durante mis estudios de grado y posgrado en mi *alma mater*, la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), debido a la curiosidad intelectual que supieron cultivar y el entusiasmo que me generaron algunos de los profesores que durante este periodo tuve la fortuna de encontrar. Así, a Germán Sandoval le debo agradecer por «presentarme» a la filosofía jurídica y alimentar mi curiosidad y gusto por esta; un gusto que fue reforzado con los años también por los encuentros que tuve la fortuna de tener con Rodolfo Vázquez Cardozo, y una materia en la que también fui formado y en la que he profundizado gracias al rigor, pero también a la amistad, de Rolando Tamayo y Salmorán.

He de admitir que la primera vez que se me metió en la cabeza la idea de dedicarme a la vida académica se debe la influencia de los constitucionalistas Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte. Su pasión por la discusión de las ideas (y su aterrizaje en la vida cotidiana), y el entusiasmo por la formación de los jóvenes universitarios, me resultó contagiosa. Así, tuve la fortuna de laborar como asistente de Pedro Salazar el Instituto de Investigaciones Jurídicas, y tener mis primeras aproximaciones a la investigación, así como la oportunidad de aprender y ser alentado por un académico ejemplar. Tengo que resaltar el papel de Pedro, quien siempre confió en que tenía talento para esta profesión, nunca perdió pista de mi persona, siempre me apoyó en mis

distintos proyectos, y ha sido pieza clave para que pueda realizar mi doctorado en Girona.

Tampoco puedo dejar de agradecer a Socorro Apreza quien, habiendo sido mi profesora y luego mi jefa en la Facultad de Derecho de la UNAM, no solo me ha apoyado incondicionalmente, sino que también ha resultado muy importante en mi formación, tanto académica como profesional y, en particular, para aprender a plantear cara a las adversidades y siempre cumplir con los objetivos que uno se propone.

No puedo dejar de mencionar que mi realización del doctorado en Girona ha sido posible gracias a la «beca Jorge Carpizo MacGregor» que otorgan la Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Dos instituciones en las que me formé, trabajé y, a las cuales estimo mucho.

Respecto del periodo formativo en la Universidad de Girona, debo agradecer a Jordi Ferrer Beltrán por confiar en mí, aceptarme como estudiante de doctorado en el grupo de investigación de la Càtedra de Cultura Jurídica, recibirme en varias ocasiones en su casa y, además, aceptar fungir como el director de esta tesis.

Los roles que formalmente reconocen las instituciones son limitados, pero ello no quiere decir que otras personas no cumplan un papel decisivo en la labor de investigación que un doctorando realiza. En este sentido, en primer lugar, amerita el más grande reconocimiento Pablo E. Navarro, quien ha leído con paciencia esta tesis, ha discutido profundamente muchos de sus pasajes conmigo, me ha dado pistas para reflexionar y destrabarme cuando no veía por dónde continuar la investigación. También, con una gran muestra de amistad, en los buenos y en los malos momentos, me ha aconsejado y alentado, siempre manifestando su apoyo incondicional.

Un papel muy importante también lo han desempeñado Diego Dei Vecchi y Pablo Rapetti. Diego ha tenido mucha paciencia para exponerme muchos problemas contemporáneos de filosofía, escuchar y debatir mis inquietudes, y también leer y realizar observaciones a diversos pasajes de mi tesis, e incluso a escritos que no llegaron a formar parte del texto final. Siempre atesoraré aquellas caminatas que hacíamos para ir a jugar fútbol, cuando yo tomaba la ocasión para sacar provecho del conocimiento y el intelecto de Dei Vecchi y plantearle mis inquietudes e ideas. Por su parte, Pablo fue quien me recibió en su casa cuando llegue a Girona, pero también me ofreció su amistad y su apoyo en este camino. Incluso cuando estaba atiborrado de deberes, si le enviaba un escrito a Rapetti o le planteaba una inquietud, él la discutía con la mayor seriedad y siempre me otorgó una retroalimentación que sin duda ha sido clave para mi investigación, y que se ha traducido en enseñanzas muy valiosas.

Agradezco a Maribel Narváez, que siempre me escuchó con entusiasmo y debatió mis ideas. Las pláticas con ella siempre resultaron estimulantes. Todavía no estoy seguro de haber comprendido muchas de las ideas que me transmitió, pero cuando he creído haber comprendido, me resultó iluminador.

Debo reconocer a Josep Joan Moreso, a quien en diversos momentos tuve ocasión de encontrar, y con quien pude platicar sobre la materia, y a quien también mandé algunas partes de los desarrollos de mi tesis, y siempre recibí pronta y detallada retroalimentación.

Para mi fortuna, en Girona he encontrado a grandes personas que además de su inteligencia me han ofrecido una amistad para también pasar grandes momentos fuera de la Universidad. Así, tengo un cariñoso agradecimiento para Jorge Baquerizo, Margarita Martínez, Edgar Aguilera, Isabel Alfaro, Carolina Sierra, Laura Manrique, la gran Emma Manrique (que siempre supo cómo hacerme sonreír), Gustavo Poblete, Renzo Cavani, Marco Segatti, Santiago Sánchez Gavier, Federica Scopsi, Laura Ruiz y Marc Hernández Vallés.

También tengo que agradecer la amistad y estímulo de mis compañeros en la Càtedra de Cultura Jurídica durante este periodo. Muchas gracias a Diego Papayannis, Carmen Vázquez, Caro Fernández Blanco, Andrej Kristan, Jorge Sendra, Esteban Pereira, Carlo Vittorio Giabardo, Alexander Vargas, Lucila Fernández Alle, José Sánchez, Miguel Fernández Núñez y Víctor Cervantes Furió. Asimismo, por Cataluña han pasado diversos profesores, doctorandos y gente involucrada en la academia en general, con varios de los cuales pude cultivar amistad e intercambiar ideas. Así, agradezco a Alejandro Chehtman, Daniel Mendonca, Natalia Castro, Luca Malagoli, María Cristina Redondo, Paolo Comanducci, Giovanni B. Ratti, Matija Žgur, Donald Bello Hutt, Pedro Caballero Elbersci, Pedro Haddad, Lorena Ramírez Ludeña, Josep Vilajosana, Jonatan Valenzuela, Manuel Vial, Shivprasad Swaminathan, Francesco Ferraro, Federico Arena, Sebastián Figueroa, Marcela Chahuán, Arthur Carpes, Vitor de Paula, Luis Alfaro, César Higa, Jaime Oportus, Alejo Giles, Sebastián Agüero, Álvaro Núñez Vaquero, Pau Luque, Daniel González Lagier, Juan Ruiz Manero, Ilse Torres, David Duarte, Ana Escher, María Victoria Kristan, Julieta Rabanós, Natalia Scavuzzo, Elena Marchese, Michele Ubertone, Alba Lojo, Rubén Marciel, Dori Kimel y Vale Trotti.

En estos tiempos también tuve la ocasión de ser invitado a discutir algunos temas de esta tesis en diversos lugares. Así, agradezco al *Lisbon Legal Theory Group* de la Universidad de Lisboa, al grupo de investigación del Istituto Tarello de la Universidad de Génova, y al grupo de investigación en Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra.

Con el auspicio de la *Land Steiermark Fellowship*, he tenido la oportunidad de ser realizar un periodo de investigación en el grupo Graz Jurisprudence de la Universidad de Graz en Austria. Así, también he podido discutir algunos

temas aquí expuestos con sus miembros. Por ello, agradezco a su director Matthias Klatt por recibirme, y a sus integrantes, Johann Heinemann, Melanie Maurer, Flavio Baumgarten y Pedro Marques Neto.

En el plano más íntimo, nunca me alcanzarán las palabras para agradecer y retribuir a mi *mamma*, Ignazia. Su amor nunca cesa de sorprenderme, y con este me ha apoyado en todos los proyectos que he embarcado. A pesar de la distancia física que nos ha separado en los años del doctorado, nunca la sentí lejana y, como ha sido toda mi vida, siempre ha estado presente con una palabra, un gesto o simplemente un beso y un abrazo cuando lo necesito —e incluso cuando no. Todo lo bueno que haga de mi vida en gran parte es mérito de ella.

Aunque ya no se encuentra en este plano existencial, agradezco infinitamente a mi *babbo*. Hasta el último de sus días me manifestó su amor y el orgullo que sentía por mí, eso siempre me motivó y me motiva todavía para ser mejor cada día, y sé que hasta el último de mis días seguiré sintiendo ese amor y ese orgullo de su parte.

Mi familia también me ha apoyado de manera importante, por lo cual les estoy siempre agradecido. En particular, para hacer este doctorado han sido muy relevantes mi tío Paolo Mattei-Gentili, y mi prima Paola Mattei-Gentili. También tengo que agradecer a mi *zia* Teresa Conti por recibirme en incontables ocasiones en su casa en Roma durante los años que he estado en Europa.

A pesar de haber estado lejos, mis amigos más íntimos de la vida siempre se mantuvieron y se mantienen cercanos, disponibles, en las buenas y en las malas, y no puedo dejar de agradecerles por ello. Gracias a Jessica Garza, Viviana Díaz Ordaz, Andrés Aguirre, Pablo Cavia, Carlos Dorantes, Aldo Eguiluz, Óscar Meza, Eduardo Espitia, Abraham De Nova, Alan Bonfiglio, Mariana Gallardo, Omar Estefan, Omar Ortiz, Rafael Vargas, Tonatiuh Ramírez Guevara, Martha López y Diego Gatica.

Asimismo, por un breve período, en Girona tuve la oportunidad de compartir piso con Marco Masulli y Pasquale Russo, con quienes forjé una buena amistad, me divertí mucho con ellos, y a quienes también agradezco.

Finalmente, gracias a mi novia Dulce Ponce Patrón, por todo su apoyo, sus sonrisas y, sobre todo, por todo su amor.

INTRODUCCIÓN

Esta obra es impulsada primordialmente por la sospecha que despierta la subestimación que en una parte considerable de la teoría jurídica actual es posible constatar en torno a la costumbre como fuente del derecho; esto es, de la existencia y del funcionamiento de las normas consuetudinarias en el derecho contemporáneo, al menos el occidental. Por ejemplo, Guastini señala que, de manera general, la costumbre desarrolla un papel modesto en los ordenamientos jurídicos contemporáneos siendo raros los casos en que se recurre a esta para disciplinar relaciones concretas¹. Por su parte, Celano considera que en ordenamientos que confían de manera cada vez más decidida en la legislación y la codificación como fuentes normativas, el espacio para la costumbre como fuente de derecho es tendencialmente nulo, reduciéndose de manera tendencialmente exclusiva a un pseudoconcepto².

A pesar del rincón remoto al que se ha relegado a la costumbre como fuente del derecho en la teoría, continúan existiendo ámbitos en los que la doctrina considera que esta cumple un papel relevante y, en ocasiones, primordial. El derecho internacional público es el caso más patente, pero el derecho constitucional, el derecho mercantil y el derecho familiar, por mencionar algunos casos, todavía consideran que su funcionamiento sería incomprensible si no se concede un espacio a la costumbre como fuente de regulación. Incluso, resulta más desconcertante el menosprecio de varios teóricos a la costumbre cuando se constata que esta es esencial para una de las teorías torales del positivismo jurídico contemporáneo, que fundamenta la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos modernos en la constatación de que cuentan con

¹ GUASTINI, 1998: 649.

² CELANO, 1996: 276.

una regla de reconocimiento, una regla que es principalmente producto de las prácticas que los jueces llevan a cabo en la identificación y aplicación del derecho, esto es, una norma consuetudinaria. Por supuesto, me refiero a la teoría de Hart.

Si la regla de reconocimiento es una norma consuetudinaria, esto invita a pensar: ¿qué impediría que esta regla reconozca a los productos de otras prácticas consuetudinarias como componentes normativos del ordenamiento jurídico que sustenta? Si las prácticas de los jueces son las que conforman la norma última del sistema, ¿qué impide que sus prácticas generen normas pertinentes para supuestos ordinarios de identificación y aplicación del derecho? Después de todo, la identificación e interpretación de las disposiciones jurídicas se concreta en las prácticas específicas de los jueces. ¿Será posible que gran parte del problema que afrontan las normas consuetudinarias como fuente del derecho es uno nominal, de etiquetas?

Con estas consideraciones, el problema teórico que se identifica es tanto un menosprecio de la costumbre como fuente del derecho, pero también oscuridad conceptual entorno a las normas de origen consuetudinario y su funcionamiento en los ordenamientos jurídicos. Como se ha insinuado, una de las hipótesis que alienta el desarrollo de esta obra es que parte de la oscuridad que envuelve al *derecho consuetudinario* es un problema nominal, esto es, muchas normas y fenómenos que suelen ser abordados en las explicaciones jurídicas – tanto en las teóricas como en las doctrinales – no suelen ser identificadas como normas jurídicas consuetudinarias o englobadas como parte del derecho consuetudinario. Sin embargo, si se analizan los diversos aspectos conceptuales que conciernen a las normas consuetudinarias, se comprobará que estas tienen incidencia en diversos aspectos de nuestra comprensión de los ordenamientos jurídicos, y que diversas normas son productos conceptuales de una fuente consuetudinaria, a pesar de que nuestra tradición no suele denominarlas como «normas jurídicas consuetudinarias» o «derecho consuetudinario».

Tomando prestada una popular expresión en la teoría jurídica, los cuestionamientos planteados invitan a *tomarse a la costumbre en serio*. Esto es, si estamos dispuestos a aceptar que la reiteración de ciertas conductas en un grupo social puede crear normas, es menester investigar cómo es que esto sucede y, en especial, cómo es que estas normas pueden llegar a formar parte del derecho. Este es el enfoque que en lo particular motiva los primeros cuatro capítulos englobados en la primera parte denominada «De las costumbres a los sistemas jurídicos». El capítulo V está dirigido a mostrar que la costumbre (en forma de convenciones) es una fuente ineludible para la creación de un producto institucional como lo es el derecho y, que tener presente el modo en que la costumbre crea y modifica productos convencionales asiste en comprender mejor diversos fenómenos del desarrollo del derecho. Por su parte, el capítulo VI es una defensa de una visión convencionalista del derecho frente a sus crí-

ticos, esto es, de una visión que coloca a la costumbre como fuente necesaria y central para la creación y el desarrollo del derecho. En este entendido, la segunda parte del libro se denomina «Los cimientos consuetudinarios del derecho». Los capítulos VII y VIII se enfocan en el análisis de aspectos más propios de la doctrina jurídica en torno a las normas consuetudinarias, motivo por el cual la tercera parte del libro se intitula «Doctrina del derecho consuetudinario». El capítulo VII refiere al análisis de los supuestos componentes de las normas consuetudinarias de acuerdo con la dogmática tradicional; el *usus* y la *opinio juris*, para buscar otorgar una exposición analítica de sus componentes, esto es, una comprensión desmitificada, lógica y sistemática de las normas jurídicas consuetudinarias. El capítulo VIII supone una suerte de prueba de lo desarrollado como un marco de análisis para dar cuenta de la costumbre como fuente primordial de normas en el derecho internacional público.

Como se puede observar, realizar un estudio analítico del papel de la costumbre como fuente del derecho, y de la operatividad de las normas consuetudinarias al interior de los ordenamientos jurídicos, implica una revisión de varios aspectos centrales de la teoría general de derecho, desde los fundamentos de todo orden jurídico, los fundamentos de la normatividad del derecho³,

³ El concepto «normatividad» no es unívoco, y los debates acerca de cuándo podemos afirmar que algo tiene normatividad, o las condiciones necesarias para la normatividad, son bastas no solo en la filosofía jurídica. Por este motivo, el concepto de «normatividad» abre las puertas a diversos tipos de exploraciones filosóficas y con diversos fines. Cuando se evoca el término «normatividad», esto llama la atención de muchos estudiosos pero que pueden perseguir intereses y objetivos muy disímiles. También, los tipos de exploraciones, fines, y presupuestos filosóficos de los autores que evocan el término «normatividad» no siempre son explicitados, y esto da lugar a decepciones y motivos de controversia por parte de aquellos que al leer un texto que habla de «normatividad» no han encontrado lo que esperaban, y esto les parece motivo suficiente para descalificar ese empleo que consideran erróneo del término «normatividad». Así, existe una corriente de pensadores que considera que la única forma adecuada de hablar de normatividad refiere a la justificación moral de los deberes o, lo que Raz denominaría *normatividad justificada*. Pero Raz destaca que cuando se habla de la normatividad en el derecho también se suele referir a algo distinto, a la *normatividad social*, para explicar la existencia y vinculatoriedad de normas a partir de estándares sociales de comportamiento, sin indagar en sus méritos (RAZ, 1974: 134). En este tenor, probablemente, si una persona lee un texto que evoca el término «normatividad» y espera una indagación sobre la *normatividad justificada*, se decepcionará mucho cuando encuentre que la indagación trata de la *normatividad social*. Después de todo, pensadores como Spaak consideran que las indagaciones sobre la normatividad social solamente revelan lo evidente pues enfatizan la eficacia social del derecho, motivo por el cual el único sentido de «normatividad» que es interesante explorar, y por ende es genuino, puesto que revela la relevancia del derecho, es la *normatividad justificada* (SPAAK, 2017).

No es este el lugar para profundizar en estos debates, puesto que no es el objetivo de este texto. Pero sí conviene advertir que quien en este texto espere encontrar una indagación acerca de la *normatividad justificada* a partir de la costumbre como fuente del derecho se va a decepcionar. No obstante, considero necesario decir algo para defender esta elección en contra de quienes consideran que no hay algo interesante por explorar en la *normatividad social* y que, además, piensan que la única «normatividad» digna de dicho nombre es la *normatividad justificada*. En primer lugar, a la luz de consideraciones analíticas, el pretendido imperio de la *normatividad justificada* se revela totalmente injustificado (epistémicamente) puesto que no hay que hacer indagaciones muy profundas para encontrar que existen diversos tipos de normas o reglas, e incluso sistemas normativos, moralmente indiferentes e incluso contrarios a la moral, que la gente sigue y utiliza en diversos ámbitos de su vida cotidiana como sustentos de algún tipo de deber, y nada gana el análisis filosófico en excluirlas de su campo de estudio por

problemas de composición y reconstrucción de los sistemas jurídicos, el papel de los jueces en la determinación del derecho, los condiciones de la interpretación judicial, la autoridad del derecho, entre otros. No obstante, para tomarse en serio la revisión que implica un análisis crítico de la teoría contemporánea a la luz de las normas consuetudinarias, no se puede partir directamente del análisis del derecho, sino de la costumbre guiados por las preguntas: ¿cómo es posible que una serie de hechos sociales reiterados produzca normas?, ¿qué nos permite afirmar que en un grupo existe o rige una norma consuetudinaria?

Con esto en mente, el capítulo I se enfoca en elucidar, antes que nada, las condiciones epistémicas preliminares a partir de las cuales es posible conocer las normas consuetudinarias de un grupo social. Me refiere a los aspectos elementales, pues el trabajo desarrollado implica un *modelo de análisis conectivo*, por lo cual algunos aspectos ulteriores relativos a la identificación de normas consuetudinarias se irán revelando de manera más detalladas conforme se aborde su estudio relacionado con distintos ámbitos de análisis. La segunda parte del capítulo aborda el problema de la ontología de normas, un aspecto necesario para determinar la naturaleza del producto normativo de nuestras costumbres, pero también para saber de qué manera estos productos componen los sistemas jurídicos que articulan los ordenamientos normativos a los que denominamos derecho.

Concebir al derecho como conjuntos sistematizados de normas es uno de los aspectos más representativos del positivismo jurídico contemporáneo, así como posiblemente el avance teórico más significativo de una exposición esquematizada y racional de los componentes del derecho, y de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. En este sentido, el capítulo II parte de un análisis de la caracterización de los sistemas jurídicos como sistemas

el solo hecho de que no están justificados moralmente. De hecho, el análisis de la «normatividad» no suele ser dominio exclusivo del derecho y de la moral, y se ha problematizado incluso en el ámbito de la filosofía del lenguaje para indagar sobre la naturaleza de las reglas del lenguaje, en donde hablar de reglas o normas en términos de justificación moral resulta francamente extravagante. Así, estos estudios se enfocan en la *normatividad social*.

Entonces, señalar que en la *normatividad social* no hay nada interesante por explorar, parece una exageración. Como lo veo, afirmar que algo tiene «normatividad» puede sensatamente implicar la sencilla proposición de que ese fenómeno está gobernado por reglas o normas, normas sociales; creadas como consecuencia de algún tipo de práctica social que, a su vez, guía la conducta de los sujetos para actos futuros. Explicar el modo en que esto sucede en diversos ámbitos dista mucho de ser evidente. Pensemos en cómo surgen las reglas del lenguaje, cómo se consolidan, cuáles son las motivaciones que tenemos para seguir las, y por qué las consideramos o llamamos reglas o normas y no de otro modo si carece de sentido indicar que las reglas de algún lenguaje deban tener justificación moral. En esta misma línea, dista mucho de ser evidente el modo en que la costumbre evoluciona para dejar de ser solamente un hábito y para crear normas, normas consuetudinarias, que bien podríamos considerar que sean moralmente indiferentes o contrarias a la moral y, sin embargo, existen, hay poblaciones que las siguen, y no es obvio cuál sea el motivo de su vigencia si, incluso, pueden ser contrarias a criterios de racionalidad o eficiencia. Menos evidente aún es explicar cómo una práctica consuetudinaria puede crear derecho o llegar a ser adoptada por un sistema jurídico.

normativos para analizar si existe un espacio para las normas consuetudinarias en estos y, de existir, cuál es ese espacio y los motivos que lo explican.

Como se puede anticipar, las normas consuetudinarias efectivamente encuentran lugar en el interior de los sistemas que componen el orden jurídico⁴. En el capítulo II se expone de manera sintética la forma en que operan en el interior de los sistemas, pero el capítulo III busca profundizar en esta operatividad para señalar la forma en que las normas consuetudinarias pueden ser fuente de desprolijidad al interior de los sistemas, el modo en que asisten en la creación, difusión y continuidad de normas irregulares, pero también la manera en que la costumbre y sus normas impulsan a los operadores del derecho para constantemente buscar su optimización.

En la base de los sistemas siempre se encuentra una norma última a partir de la cual se rastrea la pertenencia y validez del resto de las normas que pertenecen a los sistemas jurídicos. Estas normas pueden ser denominadas reglas de identificación o, utilizando la terminología de Hart, *regla de reconocimiento*. Como se ha adelantado, estas son normas consuetudinarias; no obstante, su caracterización, las condiciones de su existencia y funcionamiento no se encuentran exentas de debate. Por tales motivos, el capítulo IV consiste en una elucidación acerca de las condiciones de existencia de las reglas de reconocimiento y de la manera en que proporcionan unidad e identidad al ordenamiento jurídico de una comunidad.

Las reglas de reconocimiento, como en general las normas consuetudinarias, son productos convencionales. Esto es, toda teoría del derecho que afirme que su base normativa tiene una regla de reconocimiento asume como consecuencia una caracterización convencionalista del derecho (en alguna medida), pues sus componentes son resultados de convenciones. Pero la caracterización convencionalista del derecho no se ha encontrado exenta de críticas, tanto por parte de una línea del positivismo jurídico como también por algunos de los

⁴ Este trabajo no es el primero que busca mostrar que la existencia y funcionamiento del derecho consuetudinario, como derecho no escrito, no solo no es algo irrelevante, sino que tampoco es un «cuento de hadas». Las estrategias para hacer esto suelen ser variadas. No obstante, existe cierta tendencia a centrarse las peculiaridades de la práctica judicial, algunos haciendo una suerte de análisis de las peculiaridades de la actividad judicial para mostrar como los jueces han «encontrado» y no creado derecho consuetudinario (*i.e.* normas jurídicas consuetudinarias) sin apelar a ningún derecho natural, como lo ha hecho SACHS (2019), y algunos han complementado este tipo de análisis con una suerte de estudio histórico para mostrar que alguna forma de doctrina judicial (como la *prescripción positiva*) ha sido útil para que los jueces identifiquen derecho consuetudinario, como en el caso de DUXBURY (2017). Este tipo de análisis tiene sus virtudes, las cuales he procurado rescatar para mi investigación, pero también sus aspectos debatibles o lagunas.

En este trabajo he abordado una estrategia distinta, y hasta donde he podido encontrar, original o no explorada en profundidad con antelación. La idea que he seguido es que una norma jurídica (de cualquier tipo), para ser tal, es porque pertenece a un conjunto normativo denominado *derecho*. Como consecuencia, me he centrado en el modo en las normas consuetudinarias pueden llegar ser parte de un sistema normativo y operar en su interior, así como lo que esto implica para la noción del derecho como un sistema.

detractores contemporáneos del positivismo. Por lo tanto, el capítulo V parte de un estudio de los fundamentos filosóficos del convencionalismo para comprender con mayor profundidad las condiciones de existencia de las normas consuetudinarias en tanto productos convencionales, y de sus posibilidades para crear diversos tipos de productos convencionales. También se abordan los problemas conceptuales que afrontan las reglas convencionales relativos a la caracterización de su obediencia y el mantenimiento de su identidad a lo largo del tiempo. Este preámbulo conceptual acerca de las condiciones de la convencionalidad se revela de particular utilidad para afrontar las críticas dirigidas hacia el positivismo convencionalista que son abordadas en el capítulo VI.

En este sentido, en el capítulo VI primero se afronta la crítica desde la corriente positivista que considera que el convencionalismo no es propicio para dar cuenta ni de las autoridades jurídicas ni de las normas que no son productos de las convenciones sociales. Posteriormente se aborda la crítica del anti-positivismo contemporáneo a partir de la exposición de su principal promotor, Dworkin. En este tenor, se realiza una exposición de la caracterización que efectúa del positivismo convencionalista (así como del convencionalismo en general), y se identifica cuáles son los aspectos mal comprendidos del convencionalismo. El capítulo concluye para realizar una explicación acerca del tipo de razonamiento intuitivo, heurístico, de los agentes que la teoría convencionalista asume, la autonomía –pero no la indiferencia– conceptual de los productos convencionales de cara a las proposiciones de los participantes y sus posibles desacuerdos teóricos y, finalmente, el alcance del convencionalismo de cara a los siempre inciertos límites del derecho.

El capítulo VII aborda el examen del tradicional esquema dualista que la doctrina jurídica propugna como elementos que componen y caracterizan a las normas jurídicas consuetudinarias; esto es, el *usus* más la *opinio juris sive necessitatis*. En este sentido, primero se analizan cuáles son los elementos que analíticamente componen al *usus* y su explicación. Posteriormente se aborda el examen de la *opinio juris*; elemento que suele concentrar los aspectos polémicos de la caracterización de las normas jurídicas consuetudinarias. En esta línea, se analizan las propuestas que proponen erradicar a la *opinio* de la caracterización doctrinal, como aquellas que prefieren sustituir su histórica e insatisfactoria definición por una explicación acerca del raciocinio de los agentes que puede llevar a formar una *opinio* de que al menos cierta conducta habitualmente realizada es más que un mero hábito, y que además se encuentra acompañada de un elemento deóntico o normativo; esto es, no hay posibilidad de hablar propiamente de normas sin alguna suerte de estado mental (colectivo) en los agentes, y la *opinio* es lo que da cuenta de esto. Por lo tanto, el capítulo concluye con una exposición apoyada en la teoría de juegos y en los supuestos del razonamiento heurístico como adecuado para explicar el actuar de los agentes en condiciones de incertidumbre, el modo en que la

dimensión pública de este comportamiento puede evolucionar para dar lugar a hábitos sociales, hábitos que poco a poco consolidan expectativas grupales, para finalmente consolidar la idea colectiva, la *opinio*, de que ciertas conductas acostumbradas son exigibles socialmente, esto es, conllevan reglas, con lo que se justifica tanto el propio actuar como la crítica a quien infringe la regla asociada con la práctica social habitual.

El capítulo VIII supone una suerte de examen de todo lo expuesto a la luz de los problemas doctrinales y teóricos que atañen al derecho internacional público en torno a la costumbre como su principal fuente de normativa. Con este fin, la primera parte está enfocada en esclarecer algunos aspectos conceptuales que es usual encontrar en la doctrina internacionalista en torno a la caracterización de las normas, y los problemas epistémicos que se enfrentan en este ámbito para determinar la existencia de una norma consuetudinaria vigente. Por otro lado, la segunda parte está enfocada en demostrar que el hecho de que el derecho internacional se base primordialmente en la costumbre no lo condena a ser una suerte del derecho primordialmente estático y carente de elementos sistemáticos. Por el contrario, se defiende que este derecho, con sus elementos contemporáneos, si bien es cierto que en lo general es disperso, cuenta con instituciones judiciales y administrativas que alientan cierta centralización de la normativa internacional, permitiendo realizar reconstrucciones sistemáticas, lo que es verificable a partir de la existencia tanto de reglas de adjudicación como de reglas de cambio, así como reglas que procuran establecer jerarquías normativas. La presencia de estas normas secundarias permite afirmar que en efecto existen reglas de reconocimiento a nivel internacional y, por lo tanto, es un derecho estructurado con una dimensión dinámica considerable. Finalmente, frente al entusiasmo que pueda suponer la evolución y expansión del derecho internacional contemporáneo, se exponen los motivos por los cuales se considera que esto no debe hacernos caer en el equívoco de aceptar las tesis del monismo internacional; esto es, que el derecho internacional y el derecho nacional encuentran su fundamento de existencia y validez en una o unas normas últimas comunes, por lo tanto, componiendo *un único* derecho, es decir, siendo en alguna medida dependientes el uno del otro.

Una precisión antes de entrar al cuerpo del trabajo. Salvo señalamiento en contrario, todas las traducciones efectuadas a lo largo de esta investigación son de mi autoría.

PRIMERA PARTE
**DE LAS COSTUMBRES
A LOS SISTEMAS JURÍDICOS**

CAPÍTULO I

LAS NORMAS Y LAS COSTUMBRES

Mediante el uso natural del lenguaje hacemos referencia a la presencia de distintos tipos de normas y reglas¹ en diversos ámbitos de nuestras vidas: normas morales, reglas de etiqueta, reglas de los juegos, normas jurídicas, reglas gramaticales, reglas sociales, por mencionar algunas. En su empleo, es distintivo que las identifiquemos con las nociones de un «patrón», «criterio», «modelo» o «estándar» que, a diferencia de otros sustantivos identificados con estas nociones, como las leyes de la naturaleza o las de la lógica, tiene por objeto el comportamiento humano, pues suministran criterios de evaluación de la conducta, lo que significa que permiten distinguir entre acciones «correctas» e «incorrectas», «justificadas» e «injustificadas», «adecuadas» e «inadecuadas», «validas» o «invalidas»². Las normas refieren a acciones *debidas* que tienen la finalidad de obtener un estado de cosas. Por tanto, se dice que las normas son *prescriptivas*, pues establecen como debería ser el mundo³.

Pero saber que las normas que versan sobre la conducta humana son prescriptivas y funcionan como criterios de evaluación de la conducta resulta poco informativo. Si se desea saber más acerca de las normas en general, nos encontramos con la cuestión epistémica de que la presencia de normas siempre se predica con referencia al contexto de un ámbito práctico. Puesto

¹ Utilizaré indistintamente los términos «reglas» o «normas» para referirme a los mismos productos; es decir, considero que dichos términos son sinónimos, refieren al mismo concepto o idea. No obstante, como se verá inmediatamente, existen autores como VON WRIGHT que utilizan estos términos para distinguir entre dos modalidades diversas de estos conceptos. VON WRIGHT, 1963: 6- 7.

² CARACCILO, 2008: 92.

³ CARACCILO, 1997: 165- 166; VON WRIGHT, 1963: 12.

que las normas rigen distintos contornos de nuestras vidas, aunque sea implícitamente, solemos añadirles algún adjetivo para distinguirlas y clasificarlas de acuerdo con el ámbito práctico en el que operan. El ámbito práctico al cual adscribimos a las normas también determina las condiciones epistémicas de su identificación. Por ejemplo, las condiciones de verdad de los enunciados que refieren a la identificación de las reglas del ajedrez no son las mismas que las de los enunciados que versan sobre normas de etiqueta.

También, cada ámbito está compuesto por distintos tipos de normas en relación con la función que realizan. En el ajedrez, por ejemplo, están las reglas que especifican qué es un peón y las normas que señalan cuáles son los movimientos permitidos y prohibidos con los peones. Los fenómenos que se presentan en los distintos ámbitos son amplios, así como también lo son los distintos tipos de normas que los abarcan. Sin pretender ser exhaustivos, en el derecho algunos tipos habituales de normas que encontramos son: constitutivas, regulativas, de competencia, cualificadoras, técnicas⁴. Sin embargo, nuestra tradición jurídica se encuentra dominada por una distinción aún más general respecto de dos medios de producir normas: la costumbre y la ley⁵.

La costumbre y la ley son consideradas las fuentes primordiales a partir de las cuales se crean las normas que componen al derecho. A las normas que encuentran su origen en las disposiciones contenidas en la legislación, les adscribimos el adjetivo de «legisladas», mientras que a aquellas cuya fuente es la costumbre las denominamos «consuetudinarias». No obstante, esta distinción doctrinal todavía requiere alguna precisión, pues no todas las normas jurídicas que no son consuetudinarias tienen su origen en la legislación como, por ejemplo, las normas creadas por actos administrativos o como resultado de las resoluciones judiciales⁶. Otra distinción usual es la de «normas escritas» en oposición a las consuetudinarias⁷, pero, aunque como categoría abarca más posibilidades, sigue siendo inadecuada debido a los equívocos a los que puede conducir. Es posible que la forma en que tengamos conocimiento de la existencia de algunas normas consuetudinarias sea por un medio escrito. También, como se verá, en el derecho existe la posibilidad de afirmar la existencia de normas no escritas y que no son consuetudinarias⁸. Por ende, la distinción

⁴ BAYÓN, 1991: 243-245.

⁵ BOBBIO, 1962: 17. Adicionalmente, es pertinente señalar que en la doctrina del *Common Law* se suele señalar al *case law* o jurisprudencia (como se suele identificar a esta forma de creación del derecho en sistemas de derecho civil) como una tercera forma, distinta de la ley y la costumbre, de crear derecho. GARDNER, 2012: 54. No obstante, en el tercer capítulo sostendré que el *case law*, basado en prominentemente en un sistema de precedentes judiciales, en realidad es una forma de producción jurídica que surge de la interacción de procedimientos consuetudinarios y promulgatorios de hacer derecho.

⁶ KELSEN, 2003 [1945]: 135.

⁷ BEDERMAN implícitamente utiliza esta categoría, refiriéndose a las comunidades primitivas que no se rigen por la ley como «preliteradas». Véase BEDERMAN, 2010.

⁸ En similar tenor, FULLER propone hablar de «derecho hecho»; cuyo prototipo de normas son las legisladas, y «derecho implícito», cuyo prototipo de normas son las consuetudinarias. Sin embargo, la

que ocuparé es la de normas de origen *promulgado* en oposición a las normas *consuetudinarias*⁹. La elección seguramente no se encuentra exenta de controversias, pero me declino por ella debido a que el verbo «promulgar» cuenta con una amplia tradición en la doctrina jurídica e implica que la autoridad normativa es identificable, que el acto mediante el cual prescribe una conducta o estado de cosas es consciente y ha sido publicado¹⁰, sea en una ley, una sentencia o un decreto.

Es importante tener en mente que, no obstante, ambos tipos de normas se encuentran conceptualmente englobadas en una categoría referente a un ámbito de la vida social, pues predicamos que son «jurídicas», esto es, conceptualmente pertenecen a lo que denominamos *derecho* y, si entendemos al derecho como un sistema normativo, esto exige ciertos compromisos conceptuales difíciles de asumir para las normas consuetudinarias a menos que se realicen ciertas precisiones. Analizar las implicaciones y consecuencias de afirmar que en el derecho hay normas consuetudinarias es lo que centrará mi atención de manera especial en los capítulos posteriores. El presente capítulo es preliminar, y su objeto es esclarecer los modos ordinarios en los que se suele decir que se identifican normas a partir de las costumbres, posteriormente se profundiza en los problemas ontológicos que se siguen de aceptar la existencia de normas que son conocidas por medio de la costumbre. Esto es necesario porque, una vez que se tiene claro el tipo de objetos con los que se trabaja y las condiciones en las que se los identifica de modo ordinario, habrá mayor lucidez conceptual para abordar los problemas que las normas consuetudinarias conllevan cuando se busca dar cuenta de su existencia, funcionamiento e identificación en el ámbito del derecho.

Esto es, este capítulo procurará ser un análisis de lo que son las normas consuetudinarias en oposición a las normas de origen promulgado, todavía con independencia de las condiciones necesarias para predicar que además son «jurídicas». Por ahora interesa saber qué propiedades preliminares son necesarias, y en qué sentido, para predicar que ciertos parámetros de acción son «normas consuetudinarias» y no de otra índole. Un estudio más profundo y detallado sobre los elementos constitutivos de las normas consuetudinarias, los parámetros para identificarlas y su operatividad será ofrecido en el capítulo VII.

distinción sufre de los mismos vicios anteriormente mencionados y, además, insinúa un debate teórico entre derecho positivo y derecho natural. FULLER, 1968: 64.

⁹ Las normas de origen promulgado, esto es, dictadas por una autoridad, suelen ser consideradas no solo el prototipo de normas formales, sino también de normas jurídicas, caracterizando a las normas de origen consuetudinario no solo como normas no formales, sino como un caso atípico dentro del fenómeno jurídico. Véase BRENNAN, ERIKSSON, GOODIN y SOUTHWOOD, 2013: 5-6.

¹⁰ Asimismo, von Wright menciona justamente estas características de las normas consuetudinarias como distintivas de las que él denomina «prescriptivas», y señala que las normas consuetudinarias no son dadas por autoridad alguna y no requieren el acto de promulgación, por lo que no necesitan estar «escritas» literalmente. VON WRIGHT, 1963: 9.

1. NOCIÓN DE NORMA CONSUETUDINARIA Y CONSIDERACIONES CONCEPTUALES PRELIMINARES

Elucidar *una* noción de normas consuetudinarias y, más aún, de las normas consuetudinarias que son jurídicas, dista de ser una labor sencilla, pues son demasiado heterogéneas, y rigen en muy diversos campos de la vida social y del derecho. Así, una norma consuetudinaria históricamente reconocida en el derecho internacional público es el denominado «principio de territorialidad», que prohíbe el uso de la fuerza de un Estado en detrimento de la integridad territorial o independencia política de otro Estado. Dicha norma consuetudinaria parece muy distinta a la del *tequio* de las comunidades mixtecas y zapotecas en México, que establece como obligatorio el trabajo colectivo y no remunerado que todo miembro debe a su comunidad, y a partir de la cual, además, se derivan otras normas consuetudinarias como aquella que establece que para poder participar de las decisiones comunitarias o para ser elegido a un cargo público se debe haber cumplido con el debido *tequio*. A su vez, las normas anteriores son muy diferentes de las normas consuetudinarias que existen en materia mercantil, por ejemplo, a partir de la institución de la *carta de porte* en contratos de transporte de mercancías, donde cualquiera de las partes tiene la facultad de exigirla y la otra la correlativa obligación de su emisión, y a partir de la cual se deriva la exigibilidad de otras tantas normas, algunas también consuetudinarias.

Por el momento, dejando de lado las cuestiones concernientes a su juridicidad, aunque las normas mencionadas son muy distintas en materia y objeto, esto no significa que no tengan nada en común; después de todo, si las englobamos en la categoría «norma consuetudinaria» es porque comparten algunas características. Por tal motivo, se partirá por individuar los rasgos que estas normas conllevan con el fin de obtener una noción general de norma consuetudinaria que se contraponga a las de origen promulgado.

1.1. La costumbre, sus componentes y sus normas

Existe un consenso en acentuar que cuando se habla de normas consuetudinarias se trata de normas que no provienen de ningún texto normativo como una ley o un código, aunque podrían ser descritas o formuladas en alguna memoria o texto. Un aspecto relevante por considerar es que remiten a prácticas descriptivamente desarrolladas por ciertos grupos en los que se manifiesta que tales conductas no solo son realizadas asiduamente, sino que, además, son debidas. Esto presenta una primera cuestión por advertir pues, como se señaló, las normas por definición son producto del discurso

*prescriptivo*¹¹ y, por ende, a pesar de las apariencias, no son descriptivas de la realidad. En este sentido, von Wright considera que las normas consuetudinarias se asimilan a lo que él denominaba «reglas», pues determinan o cuasi definen ciertos patrones de conducta¹², y comparten similitud con las *prescripciones*, en cuanto ejercen «presión normativa» sobre los miembros de la comunidad para que se ajusten a esos patrones de conducta¹³.

Aunque las observaciones de von Wright son esclarecedoras, permanece por solventarse la brecha *humeana* que aparentemente presentan las normas consuetudinarias entre un *ser* y un *deber ser*. Si las normas no describen al mundo, entonces afirmaciones comunes del lenguaje natural que definen a ciertas conductas efectivamente llevadas a cabo como «normas consuetudinarias» o «reglas sociales»¹⁴ solamente podrían entenderse en sentido figurado o transpuesto, esos hechos o sucesos no son propiamente normas¹⁵. Pero, si la norma consuetudinaria no es idéntica a una serie de hechos, entonces ¿qué relación existe entre los sucesos del mundo y la norma consuetudinaria? Después de todo, solo podemos afirmar que existe una norma consuetudinaria a partir de que se verifican ciertos sucesos, ciertas conductas convergentes y reiteradas por parte de los miembros de un grupo. La relación entre hechos y la afirmación de que existen normas consuetudinarias no es sencilla y será

¹¹ Lo que no significa que todas sean prescriptivas, pues entre ellas encontramos normas como las permisivas, las constitutivas o las reglas técnicas, por mencionar algunas, que no son estrictamente prescriptivas.

¹² En este sentido, las «reglas» de von Wright parecerían ser equivalentes a las «reglas constitutivas» de Searle. No obstante, considero que es posible afirmar que Searle da un paso más allá al distinguir entre reglas regulativas y constitutivas, en donde las primeras meramente regulan alguna forma de comportamiento, mientras que las segundas crean una nueva forma de comportamiento al definirlo. Véase SEARLE, 2011 [1969]: 33.

¹³ VON WRIGHT, 1963: 6.

¹⁴ En efecto, dejando de lado el aspecto jurídico, las normas consuetudinarias no son sino reglas sociales. POSTEMA, 2007: 286. Por decirlo con Celano, de entre las reglas sociales de una sociedad, varias son irrelevantes; pero otras son jurídicas —normas jurídicas consuetudinarias— en la medida en que son susceptibles de ser aplicadas por los tribunales. CELANO, 1996: 256- 257. En qué consista el hecho de que sean «jurídicas» será profundizado en el próximo capítulo. También es relevante resaltar que la noción amplia de regla social puede abarcar una gama muy extensa de reglas o normas de diversos tipos cuyo rasgo común es el de pertenecer al conjunto de reglas de esa sociedad. En este sentido, la noción amplia conlleva un conjunto con normas variopintas como: toda norma jurídica, reglas de etiqueta, normas de moralidad convencional, las reglas de las universidades y otras instituciones con fines específicos, las reglas políticas, por mencionar algunas. Sin embargo, la noción ordinaria de regla social que solemos utilizar excluye varias de las posibilidades ejemplificadas, si bien, ciertamente, no con límites precisos. De tal manera, no solemos asociar al catálogo de reglas bajo las que institucionalmente se rige una universidad con la categoría de «reglas sociales», pero, a la par, es un lugar común que al interior del desarrollo de la vida institucional de una universidad se identifiquen otras reglas, no escritas, mediante las cuales sus miembros se conducen. Estas últimas son identificables como reglas sociales que perviven entre los miembros de una universidad. Es este sentido de regla social al que referiré en el resto del trabajo; sentido que equiparo con el de norma consuetudinaria, pues estas normas surgen y perduran en virtud de las prácticas habituales de un grupo social.

¹⁵ Por ejemplo, Nino señala que en contextos explicatorios sobre causas y consecuencias de fenómenos sociales, como el sociológico, el sentido de «norma» se identifica con la idea de prácticas sociales, regularidades de conducta y actitudes que constituyen hechos sociales relevantes para explicar las causas de otros fenómenos de la misma índole. NINO, 1992: 29.